

Newsletter

Prawa zamówień publicznych

Zawsze profesjonalnie
o zamówieniach publicznych

wPrzetargach.pl

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

<https://www.wprzetargach.pl/>

Spis treści

- 4 Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej
- 6 Czy zamawiający może poprawić ofertę, w której są dwie różne ceny jednostkowe?
- 7 Odmowa udostępnienia dokumentacji projektowej na wniosek, jako informacji publicznej, przed jej udostępnieniem na stronie internetowej, jest zgodna z prawem
- 11 Postępowanie zamawiającego, gdy cena oferty jest napisana rozbieżnie cyfrowo i słownie
- 15 Jak zamawiający powinien badać stawkę VAT w złożonych ofertach?
- 18 W razie niewykonania przez wykonawcę wszystkich robót, określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe podlega proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części robót
- 20 Zaniechanie otwarcia najdroższej oferty przed upływem terminu składania ofert skutkuje unieważnieniem postępowania
- 22 Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ujawnienie źródeł zapytań do treści SIWZ i naruszenie zasady uczciwej konkurencji
- 23 Czy wykonawca może wycofać ofertę i żądać fizycznego zwrotu egzemplarza oferty?
- 25 Czy do obowiązków wykonawcy należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego?
- 27 Kiedy zamawiający może odmówić odbioru robót budowlanych?
- 30 Czy przedmiot umowy leasingu lub dzierżawy stanowi potencjał podmiotu trzeciego?
- 32 Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy
- 36 W jakich sytuacjach wykonawca jest obowiązany zawiadomić zamawiającego, że projekt budowlany jest wadliwy?

- 39 Czy przepisy prawa budowlanego określają zasady odbioru wykonanych robót budowlanych oraz wskazują, który z uczestników procesu budowlanego jest obowiązany do odbioru wykonanych robót budowlanych?
- 42 Obowiązek odbioru robót przez zamawiającego nie oznacza obowiązku odbioru tylko tych robót, które są wolne od wad
- 44 Niemożliwa do usunięcia wada w unieważnieniu postępowania
- 49 Kiedy kara umowna będzie rażąco wygórowana?
- 56 Wybór oferty na podstawie art. 24aa ust. 2 lub art. 94 ust. 3 Pzp
- 58 Czy wykonawca może samodzielnie uzupełnić dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu?
- 61 Czy złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z jednodniowym opóźnieniem może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy?
- 63 Termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty
- 64 Rozbieżność, która wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej
- 67 Zmiana podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca w postępowaniu i na etapie realizacji zamówienia

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej¹

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi między innymi okoliczność, że względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Izba w pełni podziela przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów – na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do dnia 30 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza nie zaaprobowała stanowiska odwołującego, że zamawiający może czekać z odbiorem odpadów od mieszkańców C. do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: „potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta C. ma charakter trwały, stały, nieprzerwany.”

Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych.

Nawet, gdy zamawiający w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów prowadzonym w 2014 r., w wyniku którego została zawarta umowa z

¹ Wyrok z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1415/17

odwołującym Nr ... na okres od 24.06.2015 do 30.06.2017 r. przewidział udzielenie zamówień uzupełniających, które zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mogą być udzielone z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług (...), tj. zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług (...), 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 – nie stanowiło to jednak podstawy roszczenia podmiotowego odwołującego do zawarcia umowy z wolnej ręki. Odwołanie jest skierowane przeciwko wyborowi przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, przy czym odwołujący w rzeczywistości kwestionuje nie wybór tego trybu, ale konkretne podstawy jego zastosowania, gdyż jak wynika ze strony 5 akapit 2 odwołania – odwołujący uznawał, że pierwszeństwo winno mieć zastosowanie zamówienia z wolnej ręki – jako zamówienia uzupełniającego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Nie można również pomijać, że zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających nie daje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia podstawowego prawa domagania się udzielenia zamówienia uzupełniającego. Z tego względu nie zachodzi sytuacja zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany z mocy ustawy. Reasumując, zarzuty i wnioski odwołania okazałyby się uzasadnione wówczas, gdyby zamawiający udzielił wykonawcy R. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zamówienia z wolnej ręki na znaczny/cały okres realizacji, tj. do dnia 30.06.2019 r., lub wielokrotnie powtarzał bez uzasadnionej przyczyny udzielenie tego zamówienia w trybie z wolnej ręki na kolejne krótkie okresy, gdyż łączne przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie byłyby spełnione. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane –

jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.

Czy zamawiający może poprawić ofertę, w której są dwie różne ceny jednostkowe²

Przystępujący podał dwie różne ceny jednostkowe w formularzu ofertowym (poz. 19-135 zł i poz. 20-125 zł) w pozycjach, gdzie miał podać takie same ceny.

Przystępujący twierdzi, że nie ma to wpływu na wybór oferty, gdyż obie z tych cen jednostkowych, po zastosowaniu przewidzianych w specyfikacji działań arytmetycznych, cyt. „zmiana ceny jednostkowej (ze 125 na 135) nie prowadziłaby do zmiany rankingu ofert”. Przystępujący wskazał zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. i na poprawienie ceny jednostkowej ze 125 zł na 135 zł, chociaż przystępujący nie wskazał podstaw do takiego działania ani do innego działania – poprawienia ze 135 zł na 125 zł. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. brzmi „Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...) niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Jednak przystępujący nie wskazał przyczyn, dla których zamawiający miałby poprawić kwotę 125 zł na kwotę 135 zł, a nie na odwrót. Przystępujący tylko stwierdził, że cyt. z protokołu rozprawy „w ofercie została omyłkowo wpisana kwota 125 zł, zamiast 135 zł, co wyniknęło z pomyłki wpisującego, który zamiast klawisza „3” wcisnął klawisz sąsiadujący „2””. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający nie mógł potraktować zamieszczenia w ofercie dwóch wartości cen jednostkowych, jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż ta omyłka nie jest tego typu omyłką, że widać ją niejako na pierwszy rzut oka, a zamawiający wie jak taką omyłkę poprawić.

² Wyrok z dnia 19 czerwca 2015 r., KIO 1195/15

Odmowa udostępnienia dokumentacji projektowej na wniosek, jako informacji publicznej, przed jej udostępnieniem na stronie internetowej, jest zgodna z prawem³

W dniu 11 maja 2017 r. M. G. wystąpił do Prezydenta (...) z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w postaci projektu budowlanego zamówionego przez Wydział Inwestycji Miejskich (...) pt. „[...]”. Pismem z dnia 17 maja 2017 r. udzielono odpowiedzi wnioskodawcy wskazując, że informacja będąca przedmiotem wniosku stanowi element opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych i będzie załączona do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieorganicznego na wykonanie robót budowlanych. Wskazano jednocześnie, że na podstawie art. 42 Pzp specyfikacja zostanie udostępniona na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu (...). Wyjaśniono, że udostępnienie opisu przedmiotu zamówienia mogłoby naruszyć zasady przygotowywania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 7 Pzp oraz wskazano, że przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej nie stosuje się, gdy udostępnienie informacji publicznej narusza przepisy innych ustaw, określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji publicznej (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej).

M. G. złożył za pośrednictwem Prezydenta Miasta (...) skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w S. na bezczynność tego organu w przedmiocie rozpatrzenia wniosku z dnia 11 maja 2017 r. o udostępnienie informacji publicznej, zarzucając m. in. naruszenie: art. 61 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. W odpowiedzi na skargę Prezydent Miasta (...) wniósł o jej oddalenie, wskazując w uzasadnieniu, że do spraw wszczętych w trybie dostępu do informacji publicznej podmiot zobowiązany do jej udzielenia stosuje przepisy tej ustawy przy uwzględnieniu szczególnych unormowań Pzp, wprowadzających m.in. czasowe ograniczenie

³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 24 sierpnia 2017 r., II SAB/Sz 61/17

możliwości udostępniania określonych informacji. W zakresie zatem przygotowania, wszczęcia i przeprowadzania zamówienia publicznego, Pzp stanowi prawo szczególne, określające odrębne zasady dostępu do wytwarzanych i otrzymywanych przez zamawiającego dokumentów. Ponadto, organ wskazał, że należy odróżnić „dokumenty urzędowe” w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej „dokumentów wewnętrznych” służących realizacji zadania publicznego, ale nie przesądzających o kierunkach działania organu. W tym znaczeniu dokumentacja projektowa, w ocenie organu, nabierze oficjalnego charakteru w momencie załączenia do publikowanej na stronach Biuletynu Informacji Publicznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do czasu jej ogłoszenia przedmiotowa dokumentacja nie posiada waloru oficjalności pozwalającej na przyjęcie, że stanowi informację publiczną.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w S. (dalej jako „WSA”) nie zgodził się z powyższą argumentacją zważył.

W ocenie WSA stanowisko organu przedstawione w piśmie z dnia 17 maja 2017 r., co do charakteru wnioskowanej przez skarżącego informacji oraz możliwości jej udostępnienia na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie przebudowy ul. [...] w S. w ramach zadania budżetowego „[...]”, jest prawidłowe. Nietrafny jest natomiast, zdaniem WSA, pogląd wyrażony w odpowiedzi na skargę, jakoby dokumentacja projektowa do momentu jej publikacji na stronach Biuletynu Informacji Publicznej wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, stanowiła dokument wewnętrzny, który z racji definicji, nie jest informacją publiczną. Pogląd ten nie ma jednak wpływu na uznanie, że żądana dokumentacja projektowa, stanowiąca informację publiczną, może zostać udostępniona w trybie art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej dopiero w momencie jej załączenia do publikowanej na stronach Biuletynu Informacji Publicznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach ogłoszenia przetargu na przeprowadzenie ww. prac budowlanych.

Jak wynika z jednolitego i ugruntowanego poglądu reprezentowanego w orzecznictwie sądów administracyjnych informacją publiczną jest każda wiadomość wytworzona lub odnosząca się do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących zadania publiczne, w zakresie wykonywania tych zadań. Informacja publiczna dotyczy sfery faktów i obejmuje treść wszelkiego rodzaju dokumentów, dotyczących podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej, przy czym chodzi nie tylko o dokumenty przezeń bezpośrednio zredagowane i technicznie wytworzone przez podmiot zobowiązany, ale również takie, których używa on do zrealizowania powierzonych prawem zadań nawet, gdy prawa autorskie należą do innego podmiotu (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2006 r., sygn. akt I OSK 123/06, Lex nr 291357 oraz z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. akt I OSK 1774/10, Lex nr 745166). Dokumentacja projektowa wykonana na zlecenie Miasta S., dotycząca przebudowy ul. [...] w S., oceniana poprzez pryzmat przedstawionej interpretacji art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, stanowi bezspornie dokument zawierający informację publiczną. Jest to bowiem dokument urzędowy powstały w celu zrealizowania powierzonych gminie zadań.

Mając powyższe na uwadze, uznać trzeba przedmiot żądania określony we wniosku skarżącego z dnia 17 maja 2017 r., jako przedmiot mieszczący się w przykładowym katalogu informacji publicznej zawartym w art. 6 ust.1 pkt 4 lit. a ustawy o dostępie do informacji publicznej. Żądana przez skarżącego dokumentacja odnosiła się bowiem do „sprawy publicznej”, jaką jest kwestia sposobu realizacji zadania publicznego i wydatkowania środków publicznych na ten cel i sporządzona została na zlecenie podmiotu publicznego w celu realizacji jego zadań.

Niemniej, jak już wyżej wskazano, Prezydent Miasta (...), jako organ władzy publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, nie miał obowiązku udzielenia żądanej przez stronę informacji publicznej z uwagi na treść art. 42 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 8 ust. 2 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”.

Stosownie do treści art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi, pod warunkiem że nie ograniczają obowiązków przekazywania informacji publicznej do centralnego repozytorium informacji publicznej, o którym mowa w art. 9b ust. 1, zwanym dalej „centralnym repozytorium”. Innymi słowy, informacja publiczna może zatem podlegać udostępnianiu nie tylko na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej, ale także na zasadach i w trybach szczególnych, unormowanych w odrębnych przepisach. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 u.d.i.p.). Specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert (art. 42 ust. 1 Pzp).

W ocenie Sądu, zgodzić się należy ze stanowiskiem organu, że w rozpatrywanej sprawie, udostępnienie dokumentacji projektowej, której żąda skarżący, i która stanowi załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnianych na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, nie może być udostępniona przed ogłoszeniem o zamówieniu, bowiem mogłoby spowodować to naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Ustawodawca dbając o proporcjonalność i przejrzystość postępowania o zamówienie publiczne wprowadził takie ustawowe ograniczenie czasowe, wskazując jednoznacznie, od którego momentu dokumentacja projektowa może być udostępniona. A zatem dopiero po terminie jej udostępnienia w sposób określony w art. 42 ust. 1 Pzp stanowić ona będzie przedmiot udostępniania w trybie i na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Tym samym, mając na uwadze powyższe przepisy, wskazać należy, iż udostępnianie projektu przebudowy ul. [...] w S. na wniosek złożony w trybie dostępu do informacji publicznej, przed formalnym wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest prawnie możliwe, stanowiłoby bowiem, jak już wyżej wskazano, jawne naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a więc podstawowych zasad praw zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 Pzp. Reasumując, Sąd stwierdził, iż zarzut bezczynności organu w niniejszej sprawie należy uznać za nieuzasadniony. Z tych wszystkich względów, wobec braku podstaw do uwzględnienia skargi, WSA w Szczecinie, na podstawie art. 151 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, skargę oddalił.

Postępowanie zamawiającego, gdy cena oferty jest napisana rozbieżnie cyfrowo i słownie⁴

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jednocześnie zarzucając treści złożonej oferty, że jest niezgodna z Pzp. Uzasadnieniem tej niezgodności miała być okoliczność, że odwołujący wbrew przepisom Pzp złożył dwie oferty, czy też w ramach jednej oferty dwa oświadczenia woli co do ceny. Wykonawca zamiast określić słownie cenę na jeden milion sto osiemdziesiąt tysięcy złotych, co odpowiadało by wartości wyrażonej liczbowo 1.180.000 zł, użył zwrotu jeden milion sto osiemdziesiąt tysięcy osiemset złotych. Rozbieżność polegała więc na omyłce takiej, że w cenie wyrażonej słownie znalazło się słowo osiemset, które nie powinno się tam znaleźć a znalazło się przez nieuwagę odwołującego.

⁴ Wyrok z dnia 24 stycznia 2018 r., KIO 75/18

Zamawiający wywód złożenia dwóch ofert wyprowadził z faktu, że pomimo złożenia jednego formularza ofertowego złożono dwie oferty, ponieważ w miejscu podania całkowitego wynagrodzenia podano dwie różne ceny. Inną cenę podano liczbowo (1.180.000 zł) a inną cenę podano słownie (1.180.800 zł). W tej sytuacji zamawiający uznał, że otrzymał dwa oświadczenia woli co do ceny całkowitej a przez to otrzymał dwie oferty, które złożył ten sam/jeden wykonawca. W ocenie zamawiającego na gruncie przepisów Pzp nie było możliwości naprawienia tak złożonej oferty i oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp. Zamawiający uznał również, że w zaistniałej sytuacji wykonawca złożył dwie oferty.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza.

Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, że zostały złożone dwie oferty, uznając ten wywód zamawiającego za nie znajdujący oparcia w rzeczywistym stanie rzeczy jak i w obowiązującym stanie prawa. Dla złożenia dwóch ofert co do zasady należałoby oczekiwać złożenia dwóch formularzy cenowych i dalszych wymaganych SIWZ dokumentów, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Dopiero w takiej sytuacji można byłoby uznać, że jeden wykonawca/odwołujący złożył dwie oferty w jednym postępowaniu.

Po drugie odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przyznał okoliczności, że złożył dwie oferty a przywoływał inne okoliczności w sprawie powołując się na wystosowanie następnego dnia po złożeniu oferty sprostowania, w którym powoływał się na oczywistą omyłkę pisarską. W tym stanie rzeczy, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej powstała rozbieżność między ceną liczbowo podaną a słownie należy traktować jako błąd/pomyłkę pisarską w ofercie a nie jak to zakwalifikował zamawiający złożenie dwóch oświadczeń woli co do całkowitego wynagrodzenia a w konsekwencji złożenia dwóch ofert przez jednego wykonawcę. W konsekwencji, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie było to złożenie w tym samym postępowaniu dwóch ofert przez jednego wykonawcę, jak to zakwalifikował zamawiający.

Po trzecie jeżeli chodzi o skutki tego błędu/pomyłki należy rozważyć tryb postępowania z art. 87 ust. 2 Pzp, który wskazuje okoliczności gdzie zamawiający poprawia w ofercie z urzędu oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe czy też inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Według Krajowej Izby Odwoławczej zaistniała rozbieżność w ofercie odwołującego przypisuje sytuację do dyspozycji oczywistej omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp).

Po czwarte w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zaistniała rozbieżność w ofercie w podaniu innej kwoty cyfrowo jak i innej kwoty słownie poddaje się pod sytuację opisaną w art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem może żądać wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Cena wykonania zamówienia stanowi treść oferty i to zasadniczą w myśl istotnych elementów oferty w rozumieniu kodeksu cywilnego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej należało udzielić odpowiedzi na pytanie czy podanie rozbieżnych kwot ceny (słownie i cyfrowo) jest okolicznością gdzie zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawcy co do treści oferty czy też tak jak twierdzi zamawiający nie może żądać w takiej sytuacji wyjaśnień a jedynie odrzucić ofertę na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

Po piąte przepis art. 87 ust. 1 Pzp zawierający prawo zamawiającego zwracania się o wyjaśnienia co do treści złożonych ofert nie definiuje i nie wymienia w sposób wyczerpujący tych sytuacji. Jedynie stwierdza się w nich, że wyjaśnienia mają odnosić się do treści złożonej oferty a cena jest przecież treścią oferty.

Po szóste dysponując stosowną wiedzą i doświadczeniem należy stwierdzić, że sytuacje takie mają miejsce w praktyce obrotu gospodarczego. Potwierdziły to również obie strony przywołując na rozprawie na te okoliczności regulacje prawa to jest prawo wekslowe i czekowe z 1934 roku, które stanowi o wyższości zapisy słownego nad cyfrowym w razie kolizji jak i uchylony przepis dawnej ustawy o zamówieniach, który również przy cenie ryczałtowej dawał pierwszeństwo zapisowi słownemu. Czyli takie zdarzenia w obrocie miały i mają miejsce skoro istnieją bądź istniały na tę okoliczność regulacje rangi ustawowej.

Po siódme według oceny Krajowej Izby Odwoławczej art. 87 ust. 1 Pzp daje zamawiającemu prawo żądania wyjaśnień w takiej sytuacji jaka zaistniała w niniejszej sprawie i obowiązek po stronie wykonawcy udzielenia wyjaśnień.

Po ósme zagadnieniem wielokrotnie rozstrzyganym w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej było czy wykonawca może domagać się od zamawiającego, aby ten ze swojego prawa skorzystał. Z reguły rozstrzygnięcia orzecznictwa sądowego i izbowego co do prawa żądania stosownego zachowania się zamawiającego przez wykonawcę były pozytywne. Również w tej sytuacji w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej prawo zamawiającego przekształca się po stronie wykonawcy w prawo do żądania odebrania od niego wyjaśnień w związku z powstałą rozbieżnością.

Po dziewiąte odnosząc się do przywoływanego orzecznictwa jak i opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które wskazują na konieczność wywiedzenia prawidłowej ceny z innych fragmentów oferty to nie wyklucza powyższe zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przy użyciu w tym celu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza badając w sprawie stan rzeczy nie znalazła informacji w pozostałej treści oferty, które dałyby możliwość samodzielnego ustalenia przez zamawiającego, która cena jest prawidłowa to jest czy cyfra czy słownie podana kwota. Nie oznacza to jednak, że zamawiający przed poprawieniem błędu w ramach omyłki pisarskiej to jest art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp nie ma prawa a wykonawca nie ma prawa od niego żądać w razie bezczynności zamawiającego, z skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp to jest zadać pytanie, która cena jest ceną oferty w związku z rozbieżnością ceny podanej cyfrowo i ceny podanej słownie.

Po dziesiąte aktualnie jak powyżej wskazano ustawodawca nie rozstrzyga tego zagadnienia (to jest jak poprzednio, że słownie jest nadrzędne do cyfry w przypadku rozbieżności). Ustawodawca nakazuje poprawienie oczywistych omyłek pisarskich. Natomiast brak podstaw formalnych i prawnych do ograniczania się do orzecznictwa sądowego, które wskazuje, że oczywistość omyłki powinna być bezsporna nie tylko co do faktu jej zaistnienia ale jak i co do sposobu poprawienia tejże omyłki. Ustawodawca usunął przepis regulujący

wyższosc zapisu słownego nad cyfrowym, co nie oznacza jednak, że aktualnie jak twierdzi zamawiający, dyskwalifikuje to ofertę zawierającą rozbieżność cenową, z prawa do jej poprawienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w zaistniałej sytuacji wykonawca ma prawo domagania się procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp to jest domagania się zwrócenia zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnienia co do treści złożonej oferty w części pozycji „całkowite wynagrodzenie” a nie uprawnia zamawiającego do stwierdzenia, że wykonawca złożył dwie oferty a co nakazuje odrzucić jego ofertę.

Po jedenaste takie wyjaśnienie wykonawcy nie stanowi ani zmiany oferty ani negocjacji, ponieważ oświadczenie co do ceny znajduje się już w złożonej ofercie i nie stanowi wyniku negocjacji w tym wypadku ceny.

Po dwunaste Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała wezwania do wyjaśnień, ponieważ wykonawca/odwołujący czynność wykonał składając z własnej inicjatywy sprostowanie co do myłki w ofercie w dniu 29 grudnia 2017 roku. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1 Pzp, których naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, która jest jednym z trzech kryteriów oceny ofert (cena – 70 %; jakość – 15% oraz termin wykonania – 15 % – przy czym z informacji otwarcia ofert pozostali wykonawcy zaoferowali jednakowy termin 12 tygodni).

Jak zamawiający powinien badać stawkę VAT w złożonych ofertach?

Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Obowiązek weryfikacji stawki VAT wynika także wprost z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W przypadku wystąpienia

w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłki, powodującej niezgodność oferty ze specyfikacją, która to omyłka nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty. Jednak może to nastąpić w przypadku, gdy zamawiający ustanowi w specyfikacji wskazanie sposobu obliczania ceny, a szczególnie, gdy zamawiający zobowiąże wykonawców, aby zastosowali określoną stawkę podatku od towarów i usług.

Jeżeli zamawiający w formularzu ofertowym wskaże stawkę podatku VAT, wtedy badanie oferty może skutkować jej poprawieniem, jeżeli nie doprowadzi to do istotnych zmian w jej treści. Wskazanie przez zamawiającego stawki podatku VAT może również prowadzić do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy różnica spowodowałaby istotne zmiany w jej treści, albo gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki.

W wyroku z dnia 31 marca 2014 r., KIO 489/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Oceniając zasadność stanowiska odwołującego co do wskazanej stawki VAT, wskazać należy, że skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie podwyższenie ceny jego oferty poprzez niezastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (por. wyrok z dnia 20 marca 2014 r., KIO 430/14).

Podanie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Podanie w ofercie wyższej stawki podatku VAT powoduje, że oferta tego wykonawcy staje się relatywnie droższa, a tym samym mniej konkurencyjna dla tego wykonawcy”. Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się także z poglądem wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 listopada 2012 r., KIO 2294/12, „że w ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli

zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna. Nieracjonalne byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną. Pogląd przeciwny jest nie do pogodzenia z zasadami wyrażonymi w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy o finansach publicznych (...), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów”.

Jeżeli zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki VAT, nie może dojść do innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wystąpi ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności (zob. wyrok z dnia 3 września 2013 r., KIO 2024/13).

Jeżeli zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny lub w innej jej części wskazał stawkę lub stawki podatku VAT obowiązującą (obowiązujące) w tym konkretnym postępowaniu, a wykonawca do tego wymogu się nie zastosował, to oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oferta z błędną stawką podatku VAT nie nadaje się do porównania z innymi ofertami, które zostały prawidłowo obliczone i nie zawierają takiego błędu. Podanie w ofercie wyższej stawki podatku VAT powoduje, że oferta tego wykonawcy staje się relatywnie droższa, a tym samym mniej konkurencyjna dla tego wykonawcy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia indywidualne interpretacje podatkowe uzyskiwane przez wykonawców stanowić mogą dla zamawiającego jedynie wskazówkę co do sposobu interpretacji i stosowania określonych przepisów podatkowych, a ich rozstrzygnięcia i uzasadnienia oddziaływać nań jedynie poprzez zawartą tam argumentację i autorytet organów podatkowych, które je wydają. W każdym przypadku zamawiający

będzie mógł inaczej ocenić znaczenie adekwatnych przepisów i odrzucić ofertę podającą stawkę VAT, którą właściwe organy podatkowe uznają za prawidłową.

Również organy orzekające (Krajowa Izba Odwoławcza, sądy okręgowe) w sprawie prawidłowości decyzji zamawiającego dotyczącej odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty ze względu na podaną stawkę VAT mogą w kwestii prawidłowości stawki VAT zająć stanowisko odmienne od wyrażonego przez organy podatkowe.

Błędne obliczenie kwoty podatku VAT może być także konsekwencją omyłki rachunkowej w sytuacji, gdy wykonawca zastosował prawidłową stawkę podatku VAT (np. 22%), a podana kwota VAT, stanowiąca wynik działania arytmetycznego (iloczyn ceny netto i stawki VAT) będzie nieprawidłowa.

W razie niewykonania przez wykonawcę wszystkich robót, określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe podlega proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części robót⁵

W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w at. 647 i następne k.c., strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty, jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art. 632 § 1 k.c., jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był wyższy od założonego w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 389/14

Istota wynagrodzenia ryczałtowego, wskazująca na zasadę jego niezmienności w toku realizacji umowy, jednolicie była określana w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroki: z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10).

Dopuszczalność podwyższenia ryczałtu, czy rozwiązania umowy z przyczyn niezależnych od stron umowy, przewidziana została w art. 632 § 2 k.c., dotyczy jednak tak znacznej zmiany stosunków, która prowadziłaby do dalece niekorzystnych konsekwencji dla wykonawcy, pozbawiających go w zasadzie umówionego wynagrodzenia, a nawet poniesienia rażącej straty. Taka sytuacja nie miała miejsca w rozpoznawanej sprawie.

Żądanie zapłaty wynagrodzenia tak ryczałtowego, jak i innego rodzaju, uzależnione jest od wykonania robót określonych w umowie. Skarżący upatruje naruszenia zaskarżonym wyrokiem art. 632 § 1 k.c. przez przyjęcie niedopuszczalności ograniczenia wynagrodzenia ryczałtowego, nawet w sytuacji niewykonania przez przyjmującego zamówienie całości robót objętych umową.

Takie zapatrywanie nie zostało wyrażone w zaskarżonym wyroku. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przedstawiony został pogląd, że w razie niewykonania przez przyjmującego zlecenie wszystkich robót, za które w umowie określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, podlega ono proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części, co nie przekreśla ryczałtowego charakteru tego wynagrodzenia (por. wyroki z dnia 16 sierpnia 1972 r., III CRN 202/72 i z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84). Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną pozwanego, pogląd ten podzielił. W miarodajny sposób odzwierciedla on zarówno istotę wynagrodzenia ryczałtowego, jak i zasadę zapłaty wynagrodzenia za faktycznie wykonane prace.

Zaniechanie otwarcia najdroższej oferty przed upływem terminu składnia ofert skutkuje unieważnieniem postępowania⁶

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tj. do dnia 9 czerwca 2016 r. do godz. 11.00., do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert. Podczas otwarcia ofert, które miało miejsce dnia 9 czerwca o godz. 12.00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia i odczytania siedmiu ofert.

Oferta ósma złożona przez P. nie została otwarta podczas publicznego otwarcia ofert, bowiem omyłkowo została uznana za zwykłą korespondencję i dostarczona do Komisji Przetargowej już po publicznym otwarciu ofert.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił także, że oferta P. została otwarta przez pracownika Zamawiającego po godzinie 11.00 i przed terminem wyznaczonym na otwarcie ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sprawie ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia na skutek braku publicznego otwarcia oferty P. doszło do naruszenia zasady jawności, która jest fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne. Jawność otwarcia ofert jest jednym z praktycznych sposobów realizacji zasady jawności, wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp.

Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 Pzp). Istotą tego przepisu jest z jednej strony zapobieżenie rozpatrywaniu przez zamawiających ofert złożonych po upływie terminu na ich składanie a z drugiej uniemożliwienie zapoznawania się z treścią ofert przed ich otwarciem. Jawna czynność otwarcia ofert ma także doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać

⁶ Wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1069/16

otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny.

W analizowanej sprawie, Zamawiający nie dokonał publicznego, jawnego otwarcia jednej z ofert, która została złożona w terminie na składanie ofert a dodatkowo pracownik Zamawiającego dokonał otwarcia tej oferty jeszcze przed terminem otwarcia ofert tj. przed godziną 12.00, co stanowi jaskrawe naruszenie przepisów art. 86 ust. 1, 2 i 4 Pzp.

Brak podania do publicznej wiadomości – odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej niezasadne było stanowisko Odwołującego, że skoro oferta P. jest ofertą najdroższą spośród złożonych ofert, a dodatkowo przekraczającą znacznie budżet przeznaczony na realizację zamówienia, to błąd Zamawiającego polegający na braku publicznego otwarcia tej oferty nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Brak dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka wada postępowania jest nieusuwalna, oraz wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ujawnienie źródeł zapytań do treści SIWZ i naruszenie zasady uczciwej konkurencji⁷

Odwołujący nie wykazał, że na skutek ujawnienia źródeł zapytania do treści SIWZ pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali informacje pozwalające na ustalenie istotnych elementów oferty odwołującego, którą odwołujący ma zamiar złożyć w postępowaniu. Obowiązek wykazania tej okoliczności obciążał odwołującego z mocy art. 190 ust. 1 Pzp.

Odwołujący jednakże poprzestał jedynie na twierdzeniach o możliwości powzięcia przez wykonawców informacji o aspektach technicznych oferty odwołującego, które są objęte know-how i mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba uważa, że samo ujawnienie źródeł zapytania nie prowadzi jeszcze do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie zamawiający zachował się w sposób jednakowy wobec wszystkich zaproszonych wykonawców i wskazał źródła zapytań pochodzące od każdego z nich. Każdy w wykonawców zadawał pytania odnoszące się do kwestii technicznych i w jakimś zakresie przedstawiał swoje propozycje rozwiązań wątpliwości związanych z treścią SIWZ. Zatem na takich samych zasadach jak pozostali wykonawcy pozyskali wiedzę o możliwym sposobie rozwiązań technicznych, jaki być może zaproponuje odwołujący, tak samo on uzyskał tę wiedzę o swoich konkurentach. Jednakże nie oznacza to w ocenie Izby, że oferty w tym zakresie przestały być konkurencyjne. Poza bowiem rozwiązaniami technicznymi wykonawcy muszą oszacować ryzyko związane z daną ofertą, wycenić wartość oferty, a także żaden z wykonawców dopóki nie złoży oferty nie jest związany wskazanym w pytaniu rozwiązaniem technicznym, które mogło mu służyć jedynie jako przykład. Odwołujący powinien był zatem wykazać, które elementy pytań uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty, gdyż ich charakter oraz ujawnienie powoduje, że poznanie źródła zapytania pozbawia odwołującego możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

⁷ Wyrok z dnia 11 maja 2011 r., KIO 928/11

Ocena naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 38 ust. 2 Pzp musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danego przypadku.

Nie w każdym bowiem przypadku ujawnienie czy też szerzej znajomość źródeł zapytania, musi skutkować naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. W szczególności gdyby tak było, to ustawodawca nie uprawniłby zamawiającego w art. 38 ust. 3 Pzp do zwołania zebrania wykonawców, na którym to wykonawcy nie uczestniczą przecież anonimowo, a zadają pytania, zatem źródło zapytania znane jest wszystkim wykonawcom biorącym udział w takim zebraniu.

Dlatego Izba stoi na stanowisku, że to na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia, że w tym konkretnym przypadku naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 2 Pzp doszło także do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Tego trudu odwołujący nie podjął poprzestając na ogólnych twierdzeniach. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 38 ust. 2 Pzp nie potwierdził się.

Czy wykonawca może wycofać ofertę i żądać fizycznego zwrotu egzemplarza oferty?

Zgodnie z 84 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający niezwłocznie zwraca ofertę, która została złożona po terminie.

Oświadczenie o wycofaniu oferty wywiera skutki prawne, jeżeli zostało ono złożone zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Niezależnie od użytego w piśmie sformułowania, że „wykonawca żąda fizycznego zwrotu oferty bezpośrednio osobie upoważnionej”, nie ma wątpliwości, że na gruncie przepisów Pzp nie można utożsamiać wycofania oferty ze zwrotem egzemplarza oferty, będącego nośnikiem treści oświadczenia woli.

Wycofanie oferty jest czynnością prawną, która dotyczy wycofania wcześniej złożonego oświadczenia woli i dochodzi do skutku, jeśli zostanie dokonana przed upływem terminu składania ofert. Zwrot egzemplarza oferty jest natomiast czynnością materialno-techniczną, dodatkowo niemającą umocowania w przepisach Pzp, ponieważ z żadnego przepisu Pzp nie wynika, że w przypadku wycofania oferty egzemplarz oferty podlega zwrotowi.

Skuteczność wycofania oferty nie jest w żadnej mierze warunkowana tym, czy zamawiający zwróci wykonawcy ofertę (rozumianą jako nośnik oświadczenia woli). Tym samym pozbawione jakichkolwiek podstaw jest żądanie fizycznego zwrotu oferty bezpośrednio osobie upoważnionej.

Zamawiający nie ma możliwości odmówić wykonawcy wycofania oferty, jest to bowiem czynność prawna wykonawcy, która dochodzi do skutku, o ile zostanie dokonana przed upływem terminu składania ofert. Skutek ten występuje z chwilą gdy oświadczenie o wycofaniu oferty doszło do zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią i jest niezależny od zachowania zamawiającego.

Ponieważ wycofanie oferty może nastąpić tylko przed terminem składania ofert, z chwilą złożenia zamawiającemu oświadczenia o jej wycofaniu, dla oceny skuteczności tego wycofania nie mają znaczenia okoliczności, które wystąpiły po otwarciu ofert. Nie może więc zniweczyć skutków złożonego oświadczenia o wycofaniu oferty fakt, że wykonawca lub jego przedstawiciel podczas otwarcia oferty wyrazi wolę podtrzymania oferty i dalszego uczestnictwa w postępowaniu.

Wobec złożenia oświadczenia o wycofaniu oferty dalszy udział wykonawcy w postępowaniu będzie możliwy wyłącznie w sytuacji ponownego złożenia oferty (niezależnie czy tej samej czy zmienionej treści) przed upływem terminu składania ofert, natomiast wszelkie oświadczenia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą wywoływać skutków prawnych.

Wycofana oferta stanowi załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Czy do obowiązków wykonawcy należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego?⁸

Do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego. Wykonawca jest jedynie obowiązany odczytać projekt i wykonać roboty budowlane zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji.

Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku,

⁸ Wyrok z dnia 18 kwietnia 2016 r., I ACa 1502/15

że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.

Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuację, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

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

Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (zob. wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, LEX nr 637702).

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r., I ACa 1502/15, Sąd Apelacyjny w Krakowie przyłączył się do utrwalonego już poglądu orzecznictwa i doktryny wyrażonego

na kanwie przepisu art. 651 k.c., zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej wad (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173).

Kiedy zamawiający może odmówić odbioru robót budowlanych?

Na podstawie umowy o roboty budowlane wykonawca zobowiązany jest do wykonania obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz do oddania tak wykonanego obiektu inwestorowi, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz – na etapie zakończenia inwestycji – do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, prawie zawsze rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych robót. Przepis art. 647 k.c. stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót.

Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12).

Odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy o roboty budowlane będzie wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12). Inwestor (zamawiający) obowiązany jest zatem dokonać odbioru robót budowlanych, chociażby te roboty zostały wykonane wadliwie, chyba że wady obiektu są na tyle istotne, że nie pozwalają

przyjąć, że wykonawca w ogóle wykonał dzieło stanowiące przedmiot umowy. O niewykonaniu robót budowlanych nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość.

Czynność odbioru obiektu budowlanego jest czynnością jednostronną i obowiązkiem inwestora, do którego powinien on przystąpić po zakończeniu robót i przedstawieniu ich do odbioru. Celem dokonania odbioru robót jest potwierdzenie ich wykonania co do zakresu, jakości oraz tego czy zostały one wykonane zgodnie z umową o roboty budowlane. Odbiór robót budowlanych ma istotne znaczenie w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, skoro potwierdza wykonanie robót budowlanych, stanowiąc tym samym podstawę do zapłaty umówionego wynagrodzenia lub też wskazuje na niewykonanie lub nienależyte wykonanie obiektu poprzez stwierdzenie istnienia wad. W przypadku stwierdzenia istnienia wad obiektu odbiór otwiera ewentualną drogę do odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione wady i w ten sposób wyznacza początkowy bieg terminów właściwych dla odpowiedzialności z tytułu rękojmi.

Stwierdzenie występowania wad robót powinno znaleźć odzwierciedlenie w protokole odbioru, łącznie ze wskazaniem tego w jaki sposób i wedle jakich standardów wady te mają zostać usunięte. Protokół odbioru może też zawierać konkretne inne ustalenia, między innymi odnoszące się do kwestii obniżenia wynagrodzenia wykonawcy.

Obowiązku inwestora odbioru robót nie można zatem sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjęcie, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą. W takim przypadku wykonawca

pozostawałby w niepewności co do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (zob. wyroki Sąd Najwyższego: z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, z dnia 30 października 2002 r., V CKN 1287/00, z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03, z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10).

Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru, chyba że przedmiot zamówienia będzie mógł być uznany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą istotne (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2009 r., II CSK 61/09).

Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a jedynie z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/07, z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03 i z dnia 12 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, natomiast strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Umowa o roboty budowlane określa warunki przedmiotowo istotne i umowa spełniająca je podlega przede wszystkim przepisom tego działu. Należy do nich wykonanie obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, dopuszczającymi pewien margines odstępstw. Nie można uznać, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania do wybudowania obiektu budowlanego i wskutek tego nieważne.

Rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych jest ważne, ponieważ rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania robót. W wyroku z dnia 21 marca 2014 r., I ACa 842/13, Sąd Apelacyjny w Białymstoku zwrócił uwagę, że jakość wykonanych robót ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy doszło do wykonania

przez wykonawcę zobowiązania umownego, czy roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, a ich rezultat nadaje się do wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem, czy też dotknięte są one tego rodzaju wadami, które wyłączają ich funkcjonalność, przydatność i wykorzystanie zgodnie z celem umowy.

W ocenie Sądu samo stwierdzenie wad robót przy ich odbiorze nie w każdym wypadku powodować będzie skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie niepowstania związanego z nim zobowiązania wzajemnego zapłaty wynagrodzenia.

Z niewykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wówczas, gdy objęte umową świadczenie nie zostanie w ogóle spełnione albo nie zawiera ono cech konstytutywnych, charakteryzujących dany rodzaj świadczenia. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania.

Wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w wyznaczonym w tym celu terminie lub obniżenia wynagrodzenia (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 1998 roku, I CKN 520/97, z dnia 8 stycznia 1999 roku, I CKN 957/97, z dnia 14 lutego 2007 roku, II CNP 70/06).

Czy przedmiot umowy leasingu lub dzierżawy stanowi potencjał podmiotu trzeciego?

Zgodnie z art. 22a ust. 1 i 2 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w

odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Należy zauważyć, iż przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego (art. 709 [1] k.c.)

Tym samym takie umowy, jak umowa leasingu, a także dzierżawy, zapewniają wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą, brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ust. 1 Pzp.

Powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. Istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu właściciela i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp tylko w przypadku zawnionego działania wykonawcy

Na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zatrzymanie wadium jest bezterminowe. Zamawiający jest obowiązany zatrzymać wadium wraz z odsetkami tylko wówczas, gdy było ono przechowywane na oprocentowanym rachunku bankowym.

Celem przepisu art. 46 ust. 4a Pzp jest ograniczenie możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. W orzecznictwie zwraca się uwagę na sankcyjny i dyscyplinujący wykonawców charakter instytucji zatrzymania wadium przez zamawiającego oraz konieczność oceny zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy. Przepis art. 46 ust. 4a Pzp opiera się na zasadzie winy wykonawcy. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje w przypadku zawnionego działania. Zamawiający przed zatrzymaniem wadium powinien zbadać przyczyny nie wykonania wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Istotny jest także cel art. 46 ust. 4a Pzp.

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 maja 2012 r., P 47/11, Trybunał Konstytucyjny zwrócił natomiast uwagę, że z wykluczenia wykonawcy nie można jednak wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium nie jest dopuszczalne, np. jeżeli uzyskanie określonych dokumentów zależało od zachowania osób trzecich. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, za niezuzpełnienie dokumentu obciążające wykonawcę

powinno się uznawać dopiero działanie fraudem lege, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. Reasumując, zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń (lub nieuzupełnienia dokumentów i oświadczeń). Tym samym nie każde uchybienie może być kwalifikowane jako niewykonanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający nie będzie mógł zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp było następstwem okoliczności, na które przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie mógł mieć wpływu.

W wyroku z dnia 11 marca 2014 r., I ACa 789/13, Sąd Apelacyjny w Białymstoku zwrócił natomiast uwagę, że do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego.

W wyroku z dnia 18 czerwca 2014 r., I ACa 275/14, Sąd Apelacyjny w Białymstoku zwrócił natomiast uwagę, że poprzestanie tylko literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego „nie sposób zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze - doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu.” Sąd Apelacyjny przychylił się do stanowiska, że za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie fraudem lege, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy.

Kwestia zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a była także przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w wyrokach: z dnia 7 lipca 2011 r., II

CSK 675/10, z dnia 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12 oraz z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17.

W wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, Sąd Najwyższy uznał, że wykładania art. 46 ust. 4a Pzp, powinna być zawężająca, zaś zatrzymanie wadium na jego podstawie uzasadnia tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń.

W wyroku II CSK 448/12, Sąd Najwyższy zwrócił natomiast uwagę, że w przypadku art. 46 ust. 4a Pzp obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinonego działania. W ocenie Sądu Najwyższego „W każdym wypadku podlegają zatem badaniu przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Interpretacja tego przepisu wymaga uwzględnienia jego celu, a zatem powinien być stosowany wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców.

Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, niepubl., przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego i możliwe staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. W konsekwencji uznać należy, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a będzie uzasadniało tylko zawinione działanie wykonawcy polegające na celowym i umyślnym niewykonaniu wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów i oświadczeń.”

W wyroku I CSK 422/12, Sąd Najwyższy uznał, że przepis art. 46 ust. 4a Pzp „z uwagi na wysoką sankcyjność i restrykcyjność powinien być stosowany

wyłącznie dla zapobiegania znikom wykonawców. Obowiązek zatrzymania wadium powstaje zatem tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na niezpełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. W każdym wypadku odmowy zwrotu wadium zatrzymanego w związku z niewywiązaniem się przez wykonawcę z obowiązku uzupełnienia dokumentów i oświadczeń badaniu podlegają także przyczyny niewykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie powstaje wówczas, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest zatem jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego”.

W uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 27/17, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „sąd rozstrzygając spór o zwrot wadium mając na względzie cel art. 46 ust. 4 powinien każdorazowo badać, czy zamawiający zatrzymując wadium – powodowany częstokroć dyscypliną finansów publicznych – korzysta ze swojego prawa zgodnie z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem (art. 5 k.c.). Stosowanie klauzuli generalnej w uzasadnionych przypadkach pozwoli łagodzić restrykcyjny charakter przepisu.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że sankcja zatrzymania wadium znajduje zastosowanie tylko w przypadku całkowitej bierności wykonawcy. W wyroku z dnia 22 marca 2011 r., KIO 465/11, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny, dlatego instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla zamawiających. Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej, jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne

tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1999 r., I KZP 45/99).

W wyroku z dnia 11 marca 2014 r., KIO 401/14, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła natomiast pogląd, że „sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca celowo mimo wezwania, w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw itp.” (podobnie w wyroku z dnia 20 sierpnia 2013 r., KIO 1894/13).

Przed dokonaniem zatrzymania wadium zamawiający powinien rzetelnie zbadać, czy przyczyny stanowiące podstawę zatrzymania leżą po stronie wykonawcy. Do oceny rzeczywistego ziszczenia się przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest niezbędna wiedza, z jakich przyczyn wykonawca nie zastosował się do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. czy niezłożenie wymaganych oświadczeń lub dokumentów było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu.

W jakich sytuacjach wykonawca jest obowiązany zawiadomić zamawiającego, że projekt budowlany jest wadliwy?

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

W wyroku z dnia 5 września 2011 r., V ACa 373/11, Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, że z art. 651 k.c. nie da się wywieść obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu. Nie oznacza to jednak, że wykonawca jest zwolniony od obowiązku zwrócenia uwagi na to inwestorowi. Jeśli wykonawca dostrzeże, że

projekt jest wadliwy, ma obowiązek zawiadomienia o tym inwestora. Chodzi tu o wady w projekcie niewymagające wiadomości specjalnych.

Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i wykonać roboty zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.

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

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

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

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora, gdy dostarczona przez niego dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu ich wykonaniu (ich wykonanie zgodnie z dostarczonym projektem budowlanym spowoduje powstanie obiektu wadliwego). W tym przypadku chodzi jednak o sytuacje, w których stwierdzenie, że dostarczony przez inwestora projekt nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08).

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

O tym, że dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić inwestora (czyli działanie bez nieuzasadnionej zwłoki przy dołożeniu przyjętej w danych stosunkach

staranności). Termin ten rozpoczyna bieg od momentu uzyskania przez wykonawcę informacji o nieprzydatności dokumentacji, terenu budowy, maszyn lub urządzeń do prawidłowego wykonania robót albo o jakichkolwiek innych okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu takich robót.

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

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

Czy przepisy prawa budowlanego określają zasady odbioru wykonanych robót budowlanych oraz wskazują, który z uczestników procesu budowlanego jest obowiązany do odbioru wykonanych robót budowlanych?

Przepisy ustawy – Prawo budowlane (dalej jako „pr. bud.”) nie odnoszą się do problematyki odbioru wykonanych robót budowlanych oraz nie wskazują, który z uczestników procesu budowlanego jest bezpośrednio obowiązany do odbioru wykonanych robót budowlanych. Z art. 18 ust. 1 pkt 4 pr. bud. wynika jedynie, że do obowiązków inwestora należy m.in. zapewnienie odbioru robót budowlanych przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych.

O ile w przypadku kierownika budowy, kierownika robót, projektanta oraz inspektora nadzoru inwestorskiego przez odpowiednie kwalifikacje zawodowe

należy rozumieć uprawnienia budowlane udzielane w specjalnościach i specjalizacjach technicznobudowlanych, o których mowa w przepisach pr bud., to w przypadku osób, które będą dokonywały odbiorów częściowych i odbioru końcowego, odpowiednie kwalifikacje zawodowe należy rozumieć także jako nabytą wiedzę i posiadane doświadczenie w zakresie robót budowlanych. Przepisy pr. bud. nie wskazują natomiast, jakie kwalifikacje zawodowe należy posiadać do odbioru wykonanych robót budowlanych. W praktyce nie ukształtował się jednolity pogląd co do podmiotów uprawnionych do odbioru wykonanych robót budowlanych.

Według pierwszego poglądu odbioru wykonanych robót budowlanych nie powinien dokonywać ustanowiony inspektor nadzoru inwestorskiego, ponieważ do jego podstawowych obowiązków należy sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania. Według drugiego poglądu w przypadku, gdy ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego jest obowiązkowe, udział inspektora nadzoru inwestorskiego w czynnościach odbioru wykonanych robót budowlanych jest obowiązkowy.

Jeżeli nie ma obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, udział w odbiorze wykonanych robót budowlanych osób mających uprawnienia budowlane zależy od inwestora. Ponieważ nie sprzeciwiają się temu przepisy pr. bud., w praktyce inspektor nadzoru inwestorskiego bierze udział w czynnościach związanych z przygotowaniem odbioru końcowego robót budowlanych oraz w czynnościach odbiorów częściowych i odbioru końcowego.

W praktyce przyjmuje się również, że właściwymi uprawnieniami do odbioru wykonanych robót budowlanych są uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi, ponieważ celem odbioru końcowego wykonanych robót budowlanych jest sprawdzenie zgodności wykonanych robót budowlanych w szczególności z warunkami pozwolenia na budowę, projektem budowlanym oraz przepisami pr. bud. i zawartą umową o roboty budowlane.

Ponieważ celem odbioru wykonanych robót budowlanych jest również sprawdzenie wykonanych robót budowlanych z projektem budowlanym, pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej oraz ustalenie, czy roboty budowlane zostały wykonane bez wad, w odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym wykonanych robót budowlanych powinien uczestniczyć kierownik budowy.

Z art. 22 pkt 9 pr. bud. wynika natomiast obowiązek zgłoszenia przez kierownika budowy obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy, uczestniczenia w czynnościach odbioru oraz zapewnienia usunięcia stwierdzonych wad. W praktyce istnieje natomiast pogląd, że osoba upoważniona do odbioru wykonanych robót budowlanych nie powinna pełnić w czasie realizacji robót budowlanych jakichkolwiek samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Pogląd taki nie znajduje natomiast uzasadnienia w przepisach pr. bud.

Przepis art. 654 k.c. nie określa, jaka część robót musi być ukończona, aby mogło powstać roszczenie o dokonanie odbioru częściowego, dlatego ukończenie jakiegokolwiek części robót budowlanych stanowi podstawę do roszczenia o dokonanie odbioru częściowego. Ponieważ skutek dokonania odbioru częściowego wymagalna staje się odpowiednia część wynagrodzenia, w dniu odbioru częściowego rozpoczyna bieg termin przedawnienia roszczenia o zapłatę tej części wynagrodzenia.

Jeżeli inwestor bez uzasadnionego powodu odmawia dokonania odbioru częściowego, dopuszcza się zwłoki. Uzasadnionym powodem stanowiącym podstawę do odmowy dokonania odbioru częściowego mogą być w szczególności wady wykonanych robót budowlanych lub wykonanie ich w sposób sprzeczny z umową.

Obowiązek odbioru robót przez zamawiającego nie oznacza obowiązku odbioru tylko tych robót, które są wolne od wad

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna stanowi umowne zastrzeżenie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego następuje przez zapłatę określonej sumy. Odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona. Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

W konsekwencji w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki (art. 476 k.c.) dłużnika (tak m.in.: wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 6 października 2010 r., II CSK 180/10, LEX nr 970070, 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867, 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 grudnia 2015 r., I ACa 866/15, LEX nr 1979440).

Strony mogą się umówić, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy, w postaci kary umownej, będzie przysługiwało wierzycielowi także wtedy, gdy nienależyte wykonanie umowy jest następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531).

Stosownie do art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia istnienia i zakresu rozszerzonej odpowiedzialności spoczywa na stronie, która żądanie takie zgłasza, tj. w niniejszej sprawie na powodzie. Materiał dowodowy sprawy nie uzasadnia przyjęcia, że powód podał obowiązkowi wykazania podstawy faktycznej i prawnej powództwa.

W umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawa i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w

zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, LEX nr 274211).

Przez roboty dodatkowe rozumieć należy świadczenia wykonywane poza istniejącym zobowiązaniem dotyczącym robót budowlanych, którego zakres określa projekt – art. 649 k.c. W sprawie okoliczności faktyczne dotyczące braku projektu wykonawczego, konieczność wprowadzenia zmian do projektu z inicjatywy inwestora i wynikające z braków tej dokumentacji dawały podstawę do przyjęcia, że czas wykonania obiektu budowlanego (bez części mieszkalnej) musiał ulec wydłużeniu o czas wskazany przez biegłego Z. H.

Podpisanie przez inwestora protokołu odbioru stanowi swego rodzaju pokwitowanie spełnienia świadczenia ze strony wykonawcy, co uzasadnia domniemanie faktyczne, że oddany obiekt wykonany został zgodnie z umową, ale jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa nie została wykonana lub wykonana nienależycie.

Wynikający z art. 647 k.c. obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 września 2017 r., I ACa 413/17

[http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/\\$N/152500000000503_I_ACa_000413_2017_Uz_2017-09-28_001](http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/$N/152500000000503_I_ACa_000413_2017_Uz_2017-09-28_001)

Niemożliwa do usunięcia wada w unieważnieniu postępowania

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. W odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 Pzp.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i powinni brać pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

Nie można także pominąć faktu, że aktualnym stanie prawnym możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na niemożliwą do usunięcia wadę mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy zostały przez ustawodawcę, w świetle literalnego brzmienia art. 146 Pzp

znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się na inne, niż wskazane w art. 146 ust. 1 Pzp podstawy podlegania umowy unieważnieniu.

Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

W wyroku z dnia 10 września 2014 r., KIO 1804/14 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do „niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” zwróciła uwagę, że „Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej „takie wady zostały wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy, jednak nie wyczerpują one wszystkich wadliwości postępowania, jakich może dopuścić się zamawiający, a które powinny skutkować unieważnieniem postępowania. W orzecznictwie wskazuje się na to, że również okoliczności uprawniające Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy stanowią przesłankę dla samodzielnego dokonania przez zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Kluczowym argumentem przemawiającym za taką możliwością jest fakt, że zamawiający unieważniając przed zawarciem umowy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone wadą uprawniającą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do żądania unieważnienia umowy, zapobiega szkodom, jakie mogą powstać w związku z wykonaniem lub częściowym wykonaniem umowy.

Oznacza to, że dodatkową przesłanką, jaką należy brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny dopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest wymóg, aby wada była wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania”.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może zatem mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10).

Nie ulega zatem wątpliwości, że do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek.

Do tych przesłanek należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp.

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

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp.

Warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest bowiem wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146 Pzp.

Z analizy art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 1 i 6 Pzp można wyprowadzić kilka doniosłych wniosków.

Po pierwsze, unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy.

Po drugie, zamawiający jest obowiązany uzasadnić przesłanki unieważnienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp, a wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia.

Po trzecie, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna ale dodatkowo ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

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, wpływ naruszeń przepisów Pzp musi zatem prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych (np. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego) – wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania (np. zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego).

W wyroku z dnia 22 lutego 2017 r., KIO 262/17, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. „Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe.”.

W wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r., KIO 2389/16, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada o istotnym znaczeniu. Nie może to być wada zwykła – jakkolwiek wada postępowania.”.

Pomiędzy dokonaniem przez zamawiającego czynności lub zaniechaniem dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp a wynikiem postępowania musi zatem zaistnieć związek pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej.

Dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp musi dotyczyć kluczowych etapów, czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania i wtedy nawet wpływ o charakterze minimalnym powinien skutkować wystąpieniem z wnioskiem o unieważnienie umowy.

W wyroku z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1291/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli – w sytuacji

ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu – doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W przepisie tym określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie jednak zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”

Kiedy kara umowna będzie rażąco wygórowana?

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Na gruncie Pzp kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. Dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod uwagę zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika zobowiązań umownych oraz wagę tych naruszeń. Przede wszystkim dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane. Dłużnik może również żądać obniżenia kary gdy jest ona rażąco wygórowana.

Miarkowanie kary umownej polega na jej zmniejszeniu dla wyeliminowania dysproporcji między wysokością kary a odpowiadającym jej interesom wierzyciela. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. sądom przysługuje samodzielna kompetencja ukształtowania kary umownej w oparciu o dwie przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części lub rażącego wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1869/15).

Sąd może miarkować karę umowną w dwóch przypadkach określonych w art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, lub gdy pomiędzy odszkodowaniem, jakie wierzyciel otrzymałby w razie dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, a karą umowną zachodzi rażąca dysproporcja.

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, a brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Sądu najbardziej ogólnym kryterium oceny jest „stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego i dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Sąd zwrócił również uwagę, że dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Przy czym, zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13).

W wyroku z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę, że stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., I ACa 539/13, zwrócił natomiast uwagę, że orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza możliwość uwzględnienia stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną.

Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej

naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14).

W wyroku z dnia 25 września 2013 r., VI Ga 173/13, Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, że wysokość kary umownej w kwocie 12.500 zł, w stosunku do wartości całego zobowiązania głównego 29.000 zł, wynosząc więc blisko połowę całego wynagrodzenia (43%), stanowiła zbyt znaczącą część wynagrodzenia powodów, biorąc także pod uwagę skomplikowany zakres zamówienia i czasookres zwłoki.

Kara umowna jest również rażąco wygórowana, jeżeli zachwiana zostanie relacja pomiędzy wartością kary umownej za zwłokę w wykonaniu etapu (części) robót budowlanych a wartością wynagrodzenia za wykonanie tego etapu robót budowlanych z uwzględnieniem okresu opóźnienia (jeżeli wartość kary umownej za zwłokę w wykonaniu etapu (części) robót budowlanych jest równa bądź zbliżona do wartości wynagrodzenia za wykonanie etapu robót budowlanych z uwzględnieniem okresu opóźnienia).

Zastrzeżenie kary umownej za zawinione zachowanie dłużnika tylko co do zasady wyklucza możliwość jej miarkowania. W wyroku z dnia 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15, Sąd Najwyższy uznał natomiast, że wina dłużnika sama przez się nie wyłącza możliwości obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Kara umowna w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

W wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 3531 k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolę jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że

ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego uznała, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (zob. wyrok z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1189/10).

Zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje natomiast samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jeżeli nie dochodzi do różnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek naruszenia tych zasad. Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

W wyroku z dnia 10 maja 2016 r., KIO 654/16, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego

zwróciła uwagę, że „Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 3531 k.c. strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p., zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła z twierdzeniami, że uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać („Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie

uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”).

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła jednak uwagę, że „Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów P.z.p. zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. P.z.p.), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 P.z.p.). Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem.”. W ocenie składu orzekającego „o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze.”.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła także stanowiska odwołującego, zgodnie z którym kary umowne mogą przysługiwać wyłącznie gdy niewykonanie

lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z winy wykonawcy oraz uznała, że „Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy.”.

W wyroku z dnia 11 listopada 2008 r., KIO/UZP 779/08, skład orzekający zgodził się z zamawiającym, że „kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny (...), szczególnie istotny właśnie w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta. Jakkolwiek kwestia ta znalazła się poza zainteresowaniem art. 483 i nast. Kodeksu cywilnego, nie można stwierdzić, iż ustawodawca, ustanawiając tę instytucję, jak również np. odszkodowanie, zadatek, odstępnę czy umowę przedwstępną, nie zdawał sobie sprawy z ich znaczenia dla dbałości o należyte wykonanie umowy, jak również o trwałość stosunku umownego między stronami. Tym bardziej, iż w przypadku jednostek budżetowych, które nie mogą zatrzymać dla siebie uzyskanej kary umownej, a muszą przeprowadzić skomplikowane procedury związane z zawarciem umowy, funkcja odszkodowawcza ma często mniejsze znaczenie niż owa funkcja prewencyjna.”. Skład orzekający zwrócił również uwagę, że stwierdzenie, iż zamawiający może arbitralnie nałożyć kary umowne nie znajduje potwierdzenia w praktyce, ponieważ wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw i mogą nie zgodzić się z nałożeniem kary umownej lub wnieść o jej miarkowanie przez sąd.

Wybór oferty na podstawie art. 24aa ust. 2 lub art. 94 ust. 3 Pzp

Przepis art. 94 ust. 3 Pzp ma charakter fakultatywny („zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert”, nie zaś „wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert”) – analogicznie art. 24aa ust. 2 Pzp. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający nie ma obowiązku wybrania oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (wyrok KIO 1594/12).

W opinii „Uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” Urząd Zamówień Publicznych, odnosząc się do możliwości wielokrotnego wyboru kolejnej oferty na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, stwierdził, że „W sytuacji gdy wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia umowy, zamawiający dokonuje wyboru kolejnej „najkorzystniejszej oferty” spośród ofert pozostałych bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny (...). Powyższe oznacza, że zostaje wybrana oferta następna w kolejności i uprawnienie powyższe przysługuje zamawiającemu tylko raz. Inne rozumienie tego przepisu mogłoby bowiem prowadzić w wyjątkowych sytuacjach do obowiązku wyboru oferty najmniej korzystnej, jeżeli wszyscy wyżej sklasyfikowani wykonawcy odmówiliby podpisania umowy, co byłoby wprost sprzeczne z zasadą celowości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi (arg. z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...), a także celem przepisów ustawy, którym jest m.in. wybór oferty najkorzystniejszej”.

Przepis art. 94 ust. 3 Pzp w powiązaniu z art. 180 ust. 1 Pzp wskazuje, że w sytuacji uznania, iż wybrany wykonawca uchyła się od zawarcia umowy, nie rodzi to po stronie innego wykonawcy prawa domagania się od zamawiającego wybrania jego oferty (zob. KIO 338/17 i KIO 1594/12).

Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp, również uchyli się od zawarcia umowy, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (postępowanie obarczone będzie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego). Jeżeli w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która nie podlega odrzuceniu, a wykonawca uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia

należytego wykonania umowy, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest niezasadne.

Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (tak też w wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., KIO 1717/13).

W przypadku tzw. procedury odwróconej odpowiednikiem art. 94 ust. 3 Pzp jest art. 24aa ust. 2 Pzp.

Zob. także: [Terminy wynikające z art. 94 ust. 1 Pzp w przypadku wyboru oferty, po uchyleniu się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza](#)

Czy wykonawca może samodzielnie uzupełnić dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu?⁹

W wyroku z dnia 28 listopada 2017 r., KIO 2343/17, KIO 2344/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że samodzielne uzupełnianie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, niepoprzedzone wezwaniem przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez wykonawców, jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków, sprzeciwia się temu bowiem zarówno literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, jak i zasada równego traktowania wykonawców wskazana art. 7 ust. 1 Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość i zgodność z obowiązującymi przepisami. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obligatoryjną, poza wyjątkami przewidzianymi w treści tego przepisu, czynnością podejmowaną z inicjatywy Zamawiającego. Dlatego w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej fakt, iż Przystępujący T. samodzielnie uzupełnił dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku

⁹ Wyrok z dnia 28 listopada 2017 r., KIO 2343/17, KIO 2344/17

udziału w postępowaniu nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego.

W treści art. 26 ust. 3 Pzp ustawodawca posłużył się klauzulami bezwzględnie obowiązującymi, że to zamawiający wzywa wykonawców oraz, że dokumenty składane są na wezwanie zamawiającego, z czego można wysnuć wniosek, że inicjatywa w materii uzupełniania dokumentów znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego (por. wyrok KIO z 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1521/11, wyrok KIO z 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2209/11, wyrok KIO z 19 maja 2014 r., sygn. akt KIO 846/14, wyrok KIO z 26 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2629/13).

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego uzupełniania wadliwych czy też niepełnych dokumentów oferty.

Uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno się odbywać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w drodze procedury opisanej w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp.

To na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to on bada wszystkie przedstawione mu wraz z ofertami dokumenty i oświadczenia. Jest to zdaniem Izby, jedyna droga, na której powinny i mogą być uzupełniane w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku akceptacji możliwości samouzupelniania przez wykonawcę brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń, doprowadzić mogłoby to do prób wielokrotnego uzupełniania takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność, co w świetle orzecznictwa Izby jest niedopuszczalne (por. wyrok KIO z 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 61/15). Ponadto mogłoby to prowadzić

do akceptacji sytuacji, w której wykonawcy uzupełnialiby dokumenty zawierające błędy nie mając precyzyjnej informacji o tych błędach, która powinna zostać wskazana przez Zamawiającego w treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (por. wyrok KIO z 11 lipca 2016 r., KIO 1122/16).

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że wzywaniem wykonawcy T. do złożenia dokumentu, w którego posiadanie Zamawiający wszedł wraz z otrzymanymi wyjaśnieniami z dnia 23 października 2017 r. byłoby nazbyt daleko idącym formalizmem, skutkującym przedłużeniem postępowania, gdyż Zamawiający wzywając wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia dokumentu otrzymałby w odpowiedzi albo ten sam dokument, albo prośbę o zaliczenie przedstawionego już Załącznika nr 9 na poczet żądania Zamawiającego. Zakres wezwania kierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest zdeteterminowany treścią tego przepisu i nie można przesądzić, że Zamawiający na skutek takiego wezwania otrzymałby tożsamy dokument jak ten złożony samodzielnie przez Przystępującego T.. Zamawiający nie może mieć nawet pewności czy na skutek takiego wezwania Przystępujący w terminie złoży żądany dokument, tym bardziej nie może więc zakładać a priori, że treść tego dokumentu byłaby zbieżna z dokumentem złożonym wraz z wyjaśnieniami.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 26 ust. 3 Pzp, dokonując oceny spełnienia przez Przystępującego T. warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentu uzyskanego z pominięciem procedury wezwania do jego uzupełnienia na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Nie była zaś sporna w postępowaniu odwoławczym okoliczność, iż pierwotnie złożony przez T. Załącznik nr 9 zawierał błąd w opisie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w ramach Zadania nr 1, co przyznał sam Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień. W tym stanie rzeczy wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia tego dokumentu było czynnością obligatoryjną.

Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie

czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy T. G. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie (...) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...).

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wobec wadliwego sposobu uzupełnienia dokumentu, który potwierdzać miał spełnienie przez Przystępującego T. warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, merytoryczna treść poprawionego bez wezwania Załącznika nr 9 nie może podlegać badaniu i ocenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Skoro jego samodzielne uzupełnienie, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, było nieskuteczne, to treść tego dokumentu nie mogła zostać poddana analizie ani przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku postępowania odwoławczego.

Czy złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z jednodniowym opóźnieniem może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy?¹⁰

Z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający obowiązany jest do odrzucenia na tej podstawie oferty nie tylko w sytuacji, gdy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w sytuacji nie udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego należy traktować na równi z sytuacją, w której wyjaśnienia w

¹⁰ Wyrok z dnia 1 marca 2018 r., KIO 282/18

ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę. Niewątpliwie w ustawie Pzp brak jest regulacji dotyczących instytucji przywrócenia terminu. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest to związane jest z ogólnym założeniem, jakie powinno przyświecać wykładni przepisów tejże ustawy, wywodzonym z celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest efektywne i sprawne udzielenie zamówienia publicznego. Działanie zamawiających nakierowane jest nie tylko na uzyskanie świadczenia odpowiedniego pod względem jakości i ceny, ale również na możliwie szybkie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku upływu terminu wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi na wezwanie zamawiający nie może pozostawać w niepewności wyrażającej się w oczekiwaniu na doręczenie przez wykonawcę wyjaśnień.

Gdyby przyjąć odmienne stanowisko, to należałoby odpowiedzieć na pytanie, jak długo zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z podjęciem następnym kroków w postępowaniu, w tym z podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty takiego wykonawcy oraz dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, iż zagadnienia te nie zostały uregulowane przez ustawodawcę, jak i mając na uwadze podstawowe zasady udzielania zamówień, należy zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej uznać, iż przekroczenie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie wyjaśnień należy traktować tak jak sytuację zaniechania złożenia tychże wyjaśnień przez wykonawcę.

W postępowaniu zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i wskazał termin złożenia wyjaśnień do 30 stycznia 2018 r. Wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na wezwanie zostały doręczone zamawiającemu drogą email w dniu 31 stycznia 2018 r. o godz. 8:32, a zatem wyjaśnienia zostały złożone po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego.

W związku z powyższym decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 z związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy ocenić jako prawidłową i zgodną z przepisami ustawy Pzp.

Termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty¹¹

(...) termin wyznaczony na udzielenie wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinien być realny, który w toku normalnych czynności umożliwiłby przeciętnemu wykonawcy przygotować rzetelne wyjaśnienia wszystkich okoliczności, mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, a następnie przekazać je we właściwej formie, treści i terminie. Niewątpliwie przed złożeniem oferty w postępowaniu wykonawca powinien dokonać z należytą starannością kalkulacji ceny, nie oznacza to jednak, że powinien dysponować wszystkimi niezbędnymi informacjami oraz dowodami, które mógłby w sposób techniczny przekazać Zamawiającemu w przypadku skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że nawet jeśli wykonawca dysponuje przygotowanym wcześniej kompletem informacji i dokumentów w zakresie wyliczenia ceny ofertowej, może mieć pomimo to trudności, chociażby z przyczyn organizacyjnych, z ich przekazaniem w ciągu jednego dnia wyznaczonego na udzielenie wyjaśnień. Tym samym termin jednodniowy należy bez wątpienia uznać za obiektywnie zbyt krótki.

Tak jak wskazał Prezes Urzędu bez znaczenia przy tym pozostaje, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie określa minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcy na udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Jak podano w Informacji o wyniku kontroli, obowiązek wyznaczenia realnego terminu, tj. możliwego do dotrzymania przez wykonawcę działającego z należytą starannością, wynika z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Także zdaniem Izby, bez znaczenia dla przedmiotowego naruszenia pozostaje podniesiona przez Zamawiającego okoliczność krótkiego terminu realizacji zamówienia. Zamawiający powinien bowiem przygotować i przeprowadzić postępowanie w taki sposób, aby zapewnić wszystkim wykonawcom

¹¹ Uchwała z dnia 18 maja 2017 r., KIO/KD 18/17

odpowiedni czas na udzielenie stosownych wyjaśnień i uzupełnień, bez naruszania podstawowych zasad zamówień publicznych, a także zapewnić odpowiedni czas na rzetelne zbadanie i ocenę ofert. Izba zwraca uwagę, że kwestia określenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia została oceniona jako naruszenie ustawy Pzp (pkt 3. Informacji o wyniku kontroli), w związku z tym nie może stanowić uzasadnienia dla wyznaczenia wykonawcy zbyt krótkiego terminu na wyjaśnienia w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Także próba wysłania przez wykonawcę wyjaśnień w terminie określonym przez Zamawiającego i jej niepowodzenie, stanowi obiektywne potwierdzenie, że wyznaczenie jednego dnia na złożenie wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny mogło znacząco utrudnić wykonawcy udzielenie odpowiedzi, a w konsekwencji przyczyny techniczne – bez względu na jakość wyjaśnień – spowodowały, że nie dotarły one skutecznie do Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe wyznaczenie wykonawcy A. Sp. z o.o., jednodniowego terminu na udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozbieżność, która wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej¹²

W postępowaniu zamawiający wezwał wykonawcę E. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, ponieważ cena ta była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający co do zasady ma obowiązek w takiej sytuacji wezwać wykonawcę do wyjaśnień, z jednym wszakże wyjątkiem, mianowicie: gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Innymi słowy, Ustawodawca w ww. przepisie przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

¹² Wyrok z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2499/18

Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprowadzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, mamy do czynienia z takim właśnie wyjątkiem, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 6.000.000 zł, zaś w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty. Z tych dwóch ofert, jedna (oferta wykonawcy E.) ma cenę 6.398.500,50 zł brutto i jest tylko o około 6% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, druga natomiast (oferta odwołującego) ma cenę 14.445.322,50 zł brutto i jest ponad dwukrotnie wyższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT.

Cena drugiej oferty przesądziła o wysokiej średniej arytmetycznej złożonych ofert i o tym, że cena oferty wykonawcy E. okazała się niższa o ponad 30% od tej średniej.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że o tak wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co świadczyłoby o tym, że co do zasady cena rynkowa zamówienia jest wysoka, ale przesądziła o tym cena jednej oferty.

Fakt, że cena tylko jednej oferty (oferty odwołującego) jest tak wysoka, zwłaszcza w porównaniu do szacunku zamawiającego, nakazuje przyjąć, że to cena oferty odwołującego jest zawyżona, nie zaś – że cena oferty wykonawcy E., jest zaniżona.

Innymi słowy: w postępowaniu mamy do czynienia z trzema kwotami i dwie z nich: wartość szacunkowa powiększona o VAT oraz cena oferty wykonawcy E. oscylują wokół 6.000.000 zł, natomiast tylko jedna kwota, tj. cena oferty odwołującego oscyluje wokół kwoty 14.000.000 zł.

Gdyby w postępowaniu złożono więcej ofert z ceną zbliżoną do ceny odwołującego, można byłoby przyjąć, że to wartość zamówienia jest niedoszacowana i cena oferty wykonawcy E. jest zaniżona.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej mamy jednak do czynienia z sytuacją, w której tylko cena oferty odwołującego oscyluje wokół 14 mln zł, pozostałe wartości w postępowaniu są natomiast zbliżone do kwoty 6.000.000 zł.

Powyższe świadczy o tym, że cena oferty odwołującego jest zawyżona. Ta zawyżona cena skutkowałą wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert, co spowodowało, że oferta wykonawcy E., mimo że zbliżona do szacunku zamawiającego, okazała się być niższa od średniej arytmetycznej ofert.

Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy E., a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty odwołującego została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert.

Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy E. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji nie zachodziła także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy E. jest ceną rażąco niską.

Zmiana podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca w postępowaniu i na etapie realizacji zamówienia¹³

Istotą sporu była kwestia, czy w świetle art. 36b ust. 1 Pzp wykonawca zobowiązany jest do podania obligatoryjnie i niezmiennie wszystkich firm podwykonawców i czy niepodanie tych informacji stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyrokach KIO 192/17 oraz KIO 234/17.

Chcąc udzielić odpowiedzi na niniejsze pytanie należy w pierwszej kolejności przywołać przepisy Pzp mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, uwzględniające zmiany wprowadzone ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórymi innymi ustawami.

Zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług (art. 36b ust. 1a Pzp).

¹³ Wyrok z dnia 4 września 2017 r., KIO 1756/17

Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w art. 36b ust. 1a Pzp, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 36b ust. 1b Pzp).

Według art. 36b ust. 2 Pzp, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powołał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Istotna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest również treść przepisu art. 36ba Pzp zgodnie z którym, jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy (art. 36ba ust. 1 Pzp).

Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36ba ust. 2 Pzp). Ponadto zgodnie z art. 25a ust. 5 Pzp na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu: składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (pkt 1), zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1, Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej analiza przywołanych wyżej przepisów prowadzi do wniosku, że ustawa dopuszcza zmianę podmiotu wskazanego w ofercie jako przyszły podwykonawca. Zmiana taka jest możliwa zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i na etapie jego realizacji, poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, mimo złożenia takiej deklaracji w ofercie.

Nie ulega więc wątpliwości, że mimo wskazania konkretnego podwykonawcy w ofercie, może dojść do zmiany tego podmiotu. Skoro więc ustawodawca dopuszcza możliwość zmiany podmiotu wskazanego w ofercie jako podwykonawca, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (podanie ich firm) nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Należy więc stwierdzić, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą - w świetle znowelizowanych przepisów - stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów m.in. art. 87 oraz art. 89 Pzp.

Należy ponadto zwrócić uwagę, że przepis art. 36b ust. 1 Pzp w odniesieniu do wykonawców posługuje się pojęciem zamiaru, co pozwala twierdzić, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu w dacie składania oferty znane.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza

zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. Jakkolwiek niniejsze postępowanie, ze względu na wartość nieprzekraczającą tzw. progów unijnych, nie podlega przepisom przywołanej dyrektywy, to należy zwrócić uwagę, że przepisy krajowe w tym zakresie nie są zróżnicowane w zależności od wartości zamówienia i znajdują zastosowanie również do postępowań o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zatem ich wykładnia powinna być dokonywana przez pryzmat przepisów wspólnotowych. Wykładnia taka prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że zamiar, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 Pzp, odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Należy również zwrócić uwagę na treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje, czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, jeśli tak – to podaje wykaz proponowanych podwykonawców jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie dokument ten dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Nieuprawnionym byłoby natomiast traktowanie w inny sposób wykonawców, którzy takich informacji nie podali w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykonawców, którzy składając JEDZ podaliby jedynie firmy podwykonawców, które są im znane, z pominięciem firm podwykonawców, co do których nie mieliby pewności, czy będą brali udział w realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga również, że przepis art. 36b ust. 1 Pzp nie wprowadza granicy czasowej, kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Przede wszystkim Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, przeciwnie – wobec możliwości dokonania zmiany podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie realizacji zamówienia. Należy więc stwierdzić, że skoro brzmienie tego przepisu nie odnosi wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie można wobec wykonawcy, który nie podał firm

podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dotyczy to również sytuacji, w której Zamawiający zażądał podania firm podwykonawców w formularzu oferty – z powodu wskazanych powyżej nie sposób bowiem uznać tych informacji za niezmienną treść oferty.

Przyjęcie stanowiska Zamawiającego – jakoby niewskazanie w ofercie firm podwykonawców stanowiło podstawę do odrzucenia oferty – prowadziłoby do nadmiernego formalizmu, skutkującego automatycznym odrzucaniem ofert niezawierających wyczerpującej listy firm podwykonawców. Podkreślenia wymaga, że nowelizacja przepisów ustawy miała na celu odejście od takiego nieuzasadnionego formalizmu (zgodnie z preambułą Dyrektywy 2014/24/UE celem wprowadzenia uregulowań było odformalizowanie postępowania). Należy również zwrócić uwagę, że wykonawca który podałby jako podwykonawcę podmiot, o który wiadomo jest, że z różnych przyczyn tym podwykonawcą nie będzie (a został wskazany tylko w celu nieodrzućenia oferty, tak by na późniejszym etapie dokonać zmiany podwykonawcy), potraktowany byłby – w świetle przyjętej przez Zamawiającego interpretacji – lepiej niż wykonawca podający informację zgodną z rzeczywistym stanem faktycznym, że takiemu podwykonawcy nie są mu jeszcze znani. Dopuszczenie do takiej sytuacji byłoby nieracjonalne i niczym nieuzasadnione, a co więcej – sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O zasadności czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie może świadczyć podniesiona przez Zamawiającego na rozprawie okoliczność, że Odwołujący nie wskazał precyzyjnie zakresu robót budowlanych, które zamierza powierzyć podwykonawcy. Okoliczność ta nie została wskazana przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, nie mogła więc stać się przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji nie może podlegać ocenie Izby. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach tego odrzucenia, tj. o wszystkich okolicznościach faktycznych, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty.

W niniejszej sprawie jedyną okolicznością zakomunikowaną wykonawcom jako powód odrzucenia oferty Odwołującego było niepodanie w ofercie firm podwykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie.

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl