NEWSLETTER
PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

NEWSLETTER PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH *to cykl 24 publikacji poświęconych stosowaniu przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych*



Październik, 2017

Spis treści **Str.**

1. Nieistotność innej omyłki nie zależy od tego, czy jej poprawienie zmieni ranking wykonawców 5

2. Czy przepis art. 26 ust. 6 Pzp ma zastosowanie na zasadzie analogii legis również do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp? 7

3. Czy zamawiający może zastrzec sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia ilości zamawianego asortymentu i pozbawić wykonawcę prawa do wniesienia z tego tytułu roszczeń w stosunku do zamawiającego? 8

4. Czy art. 179 ust. 1 Pzp wymaga posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na chwilę składania odwołania? 10

5. Czy wypowiedzenie umowy z nierzetelnym wykonawcą może stanowić podstawę do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki? 13

6. Obowiązki wykonawcy w zakresie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa 15

7. Czy w postępowaniu na dostawę 10 tramwajów, obowiązek wykazania się wcześniejszą dostawą 5 tramwajów, jest żądaniem rażąco wygórowanym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia? 17

8. Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagania określone przez zamawiającego są również w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, treścią oferty 21

9. Czy zamawiający i wykonawca decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym charakterem? 23

10. Umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach kara umowna będzie naliczana 27

11. Czy wykonawca może wycofać ofertę i żądać fizycznego zwrotu egzemplarza oferty? 29

12. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi 31

13. Zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lekkomyślność, niedbalstwo wykonawcy, a wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp 34

14. Zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą znaku towarowego bez możliwości zastosowania rozwiań równoważnych 39

15. Jaka jest relacja między art. 24 ust. 1 pkt 15 a art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp 41

16. Dopuszczalność wniesienia wadium przez wpłatę gotówki na rachunek zamawiającego prowadzony w banku …… 43

17. Kto odpowiada za szkody powstałe na terenie budowy, gdy doszło do przekazania terenu budowy bez sporządzenia protokołu przekazania? ……..….. 46

18. Czy w sytuacji, gdy zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia jest obowiązany żądać dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 Pzp? ……... 48

19. Naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu na dostawy autobusów …….. 50

20. Odwrócony mechanizm rozliczania podatku VAT w zamówieniach publicznych …….. 53

21. Czy będzie naruszeniem przepisów Pzp zamieszczenie na stronie internetowej SIWZ w dniu 27 grudnia, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia? …….. 56

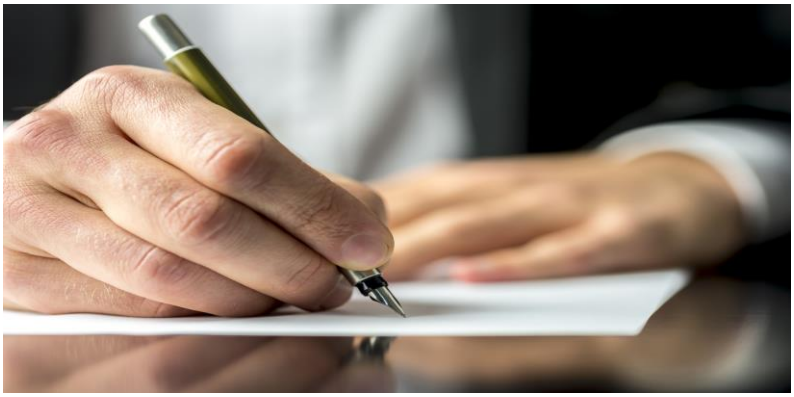
22. Wniesienie przez wszystkich wykonawców wadium w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego, który został wcześniej zamknięty nie stanowi podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp …….. 61

wPrzetargach.pl

6 DNI W TYGODNIU
21 DNI W MIESIĄCU
250 DNI W ROKU

AKTUALNOŚCI I WYDARZENIA
KOMENTARZE DO ORZECZEŃ
ZAPYTAJ EKSPERTA
PROCEDURY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
ORZECZNICTWO
INFORMACJE O WYNIKACH KONTROLI
WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...
Bezpłatne publikacje

PROFESJONALNIE
O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH



Nieistotność innej omyłki nie zależy od tego, czy jej poprawienie zmieni ranking wykonawców

Omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp będą zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w wypełnieniu lub przedłożeniu wszystkich elementów oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp.

Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający jest obowiązany poprawić 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.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy wskazać, że w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dla przyjęcia jej wystąpienia nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości" wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z treścią, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jeśli poprawienie omyłki popełnionej w ofercie jest niedopuszczalne, to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, jest naruszeniem tego przepisu.

W przypadku innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W wyroku z dnia 22 czerwca 2017 r., KIO 1083/17; KIO 1095/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Orzecznictwo wydane w związku z powołanym przepisem wypracowało dyrektywy uzdrowienia oferty dotkniętej omyłkami. Przede wszystkim omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę. Po drugie powinny mieć one charakter nieistotny, co ocenia się z reguły z zastosowaniem kryterium wartości, liczby pozycji ofertowych, w których znajdują się omyłki w stosunku do całości świadczenia oraz przedmiotowego znaczenia poprawianych elementów w stosunku do całości świadczenia wykonawcy.

Przyjmuje się również, że zamawiający powinien móc we własnym zakresie ustalić sposób poprawienia oferty. Źródłem tego poglądu jest nie tylko wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, ale również to, że celem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest odtworzenie oświadczenia wykonawcy zniekształconego skutkiem popełnienia omyłki, nie zaś ukształtowania przez zamawiającego nowego oświadczenia woli wykonawcy. Tego rodzaju działanie zamawiającego, nawet jeśli dotyczy nielicznych pozycji oferty, o relatywnie niedużej wartości w stosunku do ceny całej oferty nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Pzp.

Wyjątkowy charakter przywołanego przepisu, który stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 in fine Pzp zakazu dokonywania zmian w treści ofert, uzasadnia restrykcyjną wykładnię przepisów dopuszczających korektę błędów oferty. Niezmienny charakter oferty akcentuje również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawach C-599/10 SAG ELV Slovensko, C-366/Manova, C-131/16 Archus i Gama.”

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Argumentowanie nieistotności omyłki przez wskazanie, czy jej poprawienie zmieni sytuację wykonawcy w postępowaniu przez zmianę miejsca oferty w rankingu ofert, może mieć jedynie znaczenie posiłkowe.”

W wyroku KIO 1083/17; KIO 1095/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że liczba poprawionych pozycji i ich wartość w odniesieniu do całości zamówienia nie ma istotnego znaczenia, *jednak zamawiający powinien wskazać, że poprawione omyłki nie powodują istotnych zmian w treści oferty wykonawcy.*



Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, treścią oferty.

Czytaj więcej >>>

Czy przepis art. 26 ust. 6 Pzp ma zastosowanie na zasadzie analogii legis również do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp?

W wyroku z dnia 19 maja 2017 r., KIO 859/17; KIO 867/17; KIO 894/17, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 6 Pzp do dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Brak jest podstaw do odmawiania zamawiającemu podstaw do wykorzystania w toku oceny oferty tych wiadomości, które już posiada i żądanie złożenia dokumentów zawierających te informacje jedynie dla poprawności formalnej.

Podobny pogląd Izba wyraża w odniesieniu do rozdzielnicy 500V dla kontenerów G.74/1 (strony 977 - 978 oferty przystępującego) i G.801 (strony 1181 - 1182 oferty przystępującego) dokonał zmiany na równoważne niemal wszystkich urządzeń i aparatów wchodzących w jej skład. Zamieniony został również element sterownika na model równoważny, wykorzystywany dodatkowo zgodnie z wymaganiami SIWZ w pozostałych czterech kontenerach (G.53/1, G.602, G.71, G.52/1).

Podzielono pogląd przystępującego, że skoro w pozostałych kontenerach wykorzystano dokładnie ten sam sterownik jak w rozdzielnicy 500V, dublowanie dokumentacji jest zbędne. Jeśli w jednym miejscu oferty znajduje się dokument poświadczający jego zgodność z normami, to gdy dany element pojawi się również w innym miejscu oferty, nie jest niezbędne ponowne składanie tego dokumentu.”



Czy zamawiający może zastrzec we wzorze umowy prawo odstąpienia od umowy w sytuacji gdy stopień zaawansowania prac związanych z wykonaniem robót budowlanych nie będzie gwarantował możliwości wykonania tych robót w terminie?

Czytaj więcej >>>

Czy zamawiający może zastrzec sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia ilości zamawianego asortymentu i pozbawić wykonawcę prawa do wniesienia z tego tytułu roszczeń w stosunku do zamawiającego?

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę gazów medycznych i technicznych wraz z dzierżawą zbiorników i butli wykonawca (dalej „odwołujący") złożył odwołanie wobec postanowienia zawartego we wzorze umowy, w który zamawiający postanowił, że „Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia ilości zamawianego asortymentu i związanej z tym wartością umowy do faktycznie zamawianego asortymentu w okresie obowiązywania niniejszej umowy. Wykonawca nie może wnosić z tego tytułu roszczeń w stosunku do Zamawiającego" oraz „Wartość przedmiotu umowy może ulec zmniejszeniu stosownie do postanowień, o których mowa w § 2 ust. 2 niniejszej umowy".

W wyroku z dnia 2 stycznia 2017 r., KIO 2346/16, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest objęcie treścią SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Co oczywiste, niezbędnym elementem opisu przedmiotu zamówienia jest jego opisanie w aspekcie ilościowym, np. poprzez podanie właściwych jednostek miary i ilości zamawianych towarów.

Ponadto, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty", zaś zgodnie z ust. 2 art. 29 Pzp „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencję'.

Ujęcie w Specyfikacji asortymentowo-cenowej, stanowiącej Załącznik nr 5 do SIWZ, 25 zamawianych pozycji, dla których zamawiający podał jednostki i ilości należy uznać za prawidłową realizację przez zamawiającego obowiązku

opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie ilościowym, a jednocześnie realizację opisu przedmiotu zamówienia w tym aspekcie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odpowiadające wskazanym przez zamawiającego pozycjom asortymentowym jednostki i ilości nie budziły wątpliwości odwołującego.

Jednocześnie jednak postanowienie § 2 ust. 2 projektu umowy odbiera opisowi zamówienia w aspekcie ilościowym zawartemu w Specyfikacji asortymentowo-cenowej cechy jednoznaczności, o której mowa w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zastrzeżenie przez zamawiającego w § 2 ust. 2 projektu umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się i nakazał zamawiającemu modyfikację projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ, poprzez usunięcie kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy, tj. § 2 ust. 2 oraz § 7 ust. 10 albo, poprzez nadanie § 2 ust. 2 treści, która zawierała będzie wskazanie gwarantowanych, minimalnych ilości zamawianych dostaw.

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...

Dla skutecznego przesłania informacji wykonawcy nie ma znaczenia godzina nadania informacji, oraz to czy miało to miejsce w dniach wolnych od pracy >>>

Wykonawca informuje, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, tylko w sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy będzie prowadzi do powstania takiego obowiązku >>>



Art. 179 ust. 1 Pzp nie wymaga posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na chwilę składania odwołania, ale dopuszcza możliwość posiadania tego interesu w przeszłości

KIO 2130/14; KIO 2132/14; KIO 2148/14

Po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowywanie treści zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu …

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 zarzuty i żądania powinny być zawarte w odwołaniu i być postawione w sposób wyraźny

Czytaj więcej >>>

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp odwołanie może złożyć wykonawca, uczestnik konkursu lub inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu Odwołujący bezspornie miał interes w uzyskaniu zamówienia. Składając ofertę, miał na celu zawarcie umowy na wykonanie zamówienia, za wykonanie którego przysługiwałoby mu określone wynagrodzenie.

Oferta Odwołującego została odrzucona, w ocenie Odwołującego, w oparciu o wadliwą podstawę prawną, z jednoczesnym pominięciem i niezastosowaniem przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Wskutek powyższego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, opierając się na niewłaściwej podstawie prawnej oraz niezasadnie zatrzymał wadium. Podkreślenia wymaga fakt, że w orzecznictwie sporna jest kwestia, czy zatrzymanie wadium przez Zamawiającego podlega rozpoznaniu Izby, czy też kwestia ta należy do rozpoznania przez sądownictwo powszechne. Kwestią poruszoną przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie jest jednak problematyka samego zatrzymania wadium, ale także kwestia, czy wadium to zostało wniesione prawidłowo. Prawidłowość wniesienia wadium jak najbardziej podlega rozpoznaniu przez Izbę, podobnie jak kwestia podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy w przypadku braku zabezpieczenia oferty wadium (przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). A te właśnie okoliczności legły u podstawy wniesionego odwołania.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na chwilę składania odwołania, ale dopuszcza możliwość posiadania tego interesu w przeszłości, co wynika z zawartego w tym przepisie stwierdzenia: ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący na chwilę składania oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia posiadał interes w uzyskaniu zamówienia.

Kolejną przesłanką, jaką wymienia omawiany przepis ustawy, jest możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego doprowadziło do zatrzymania przez niego wadium (a właściwie kopii gwarancji bankowej), przez co Odwołującemu może grozić poniesienie znacznej szkody majątkowej w wysokości 1.000.000,00 złotych, stanowiącej kwotę wadium, w przypadku podjęcia przez Zamawiającego próby zaspokojenia się z tej wadliwej co do formy gwarancji, jaką złożył Odwołujący.

Zamawiający podnosił, że składając odwołanie Odwołujący nie zmierza do uzyskania zamówienia, ale podstawą odwołania jest kwestia odzyskania wadium. W ocenie Izby jednak, przesłanki określone w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały określone jednoznacznie. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, Odwołujący spełnia każdą z wymienionych w tym przepisie przesłanek i jako wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, przysługuje mu prawo wniesienia odwołania. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, odwołanie dotyczy naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i oparte jest na zarzutach wynikających z ustawy, rozpoznanie których leży w kognicji Izby.

Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący w chwili wniesienia odwołania posiadał interes w jego rozstrzygnięciu.

Zgodnie z treścią podstawowego dokumentu wadium: „zobowiązanie z tytułu niniejszego wadium wygasa w momencie zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium w celu jego zwolnienia, ale wygasa w każdym przypadku najpóźniej w dniu 15 lutego 2017 r. Wszelkie roszczenia o wypłatę spełniające powyższe warunki muszą zostać nam dostarczone w okresie ważności niniejszego wadium.” Z treści tego postanowienia, a w szczególności z wyrażenia "zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium" jednoznacznie wynika, że bank będący wystawcą wadium określił, że jego zobowiązanie wynikające z treści dokumentu wadium wygasa z chwilą przekazania bankowi oryginału wadium. Oznacza to, że jednym z elementów niezbędnych dla powstania zobowiązania banku z tytułu wadium, było przekazanie przez bank oryginału dokumentu wadium. Gdyby przekazanie takiego oryginału dokumentu wadium nie było niezbędne dla powstania zobowiązania banku, bezprzedmiotowy byłby zawarty w dokumencie wadium zapis o wygaśnięciu wadium na skutek zwrotu oryginału dokumentu wadium. Tym samym, powstanie zobowiązania banku z tytułu wadium jest immanentnie związane z przekazaniem oryginału wystawionego przez bank dokumentu wadium i posiadanie oryginału tego dokumentu daje pewność, że w okresie ważności wadium bank wykona swoje obowiązki wynikające z faktu wystawienia dokumentu wadium.

W świetle powyższych rozważań, Izba zauważa, że niesłusznie wadium zostało uznane za wniesione skutecznie przez Odwołującego.

Izba ocenia czynność Zamawiającego, polegającą na ocenie ważności, prawidłowości wniesienia wadium, na chwilę jego wniesienia. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie, obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja prawidłowości złożonego wadium.

Na chwilę wniesienia wadium, Odwołujący do swojej oferty załączył dokument wadium jedynie w kopii. Tym samym, Zamawiający nie mógł mieć pewności, czy podstawowy dokument wadium (który w oryginale znajdował się w posiadaniu Odwołującego) nie został zwrócony do banku - wystawcy gwarancji bankowej. Zwrot tego dokumentu do banku ma podstawowe znaczenie, bowiem w chwili zwrotu oryginału dokumentu, wadium wygasało. Brak oryginału wadium powodował, że Zamawiający nie posiadał wiedzy, co się dzieje z wadium, a przede wszystkim, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium. Posiadacz oryginału dokumentu wadium mógł bowiem bez wiedzy i woli Zamawiającego doprowadzić do wygaśnięcia wadium. Tym samym nieprzekazanie Zamawiającemu oryginału dokumentu wadium powodowało brak pewności, że oferta została należycie zabezpieczona wadium.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, a zatem prawidłowość wniesienia wadium. Należy rozważyć, czy w świetle złożonych dokumentów, oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium na chwilę jej złożenia. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium. Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie Zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie Zamawiającemu wypłacona. W niniejszym postępowaniu Zamawiający takiej pewności nie miał, co wynika nie tylko z faktu, że otrzymał dokument wadium jedynie w kopii, ale także z faktu, że Zamawiający nie miał wpływu na to, co będzie się działo z oryginałem wadium i czy posiadacz oryginału tego dokumentu nie doprowadzi (poprzez zwrot dokumentu bankowi) do wygaśnięcia wadium.

Co więcej, podobne zdanie wyraził Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie: „Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej wymaga dostarczenia dokumentu gwarancji zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Przekazanie kopii dokumentu gwarancji należy uznać za niewystraczające, gdyż nie zabezpiecza możliwości skorzystania z gwarancji przez uprawnionego.”

W trakcie rozprawy Zamawiający wskazywał, że po dniu złożenia odwołania, uzyskał w banku kwotę wadium. Należy jednak zauważyć, że nie podlega ocenie Izby okoliczność, czy Zamawiający rzeczywiście uzyskał z banku wypłatę wadium, a więc na to, co Zamawiającemu się udało lub nie udało, bo na to mogą mieć wpływ różne czynniki. Podstawą oceny jest okoliczność, czy dokumenty złożone do oferty dały Zamawiającemu absolutną pewność, co do możliwości zabezpieczenia się z kwoty wadium. W tym wypadku takiej pewności Zamawiający nie mógł mieć.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy dodać, że skoro oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, to bezpodstawne było wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.



Czy wypowiedzenie umowy z nierzetelnym wykonawcą może stanowić podstawę do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki?

KIO/KD 13/14

Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwością. Z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia.

Do możliwości udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w sytuacji gdy zamawiający wypowiedział umowę z nierzetelnym wykonawcą odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 6 sierpnia 2010 r., KIO/KD 58/10, uchwale z dnia 20 maja 2013 r., KIO/KD 43/13, uchwale z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14 oraz uchwale z dnia 31 lipca 2013 r., KIO/KD 64/13.

W uchwale KIO/KD 58/10 Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wyjątkową sytuację niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, decyzję o rozwiązaniu umowy podjętej przez samych zamawiających i przewidzianej w zawartej umowie.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Żaden inwestor nie zakłada podczas zawierania umowy, że od umowy trzeba będzie odstąpić z winy wykonawcy - Zamawiający również nie mógł się spodziewać, że nastąpi tak wiele tak istotnych uchybień (brak organizacji na placu budowy, zawarcie wbrew postanowieniom umowy umów z podwykonawcami, w szczególności w zakresie konstrukcji monolitycznych, niereagowanie na wezwania Zamawiającego etc.). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „fakt, że to Zamawiający sami podjęli decyzję o rozwiązaniu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna - bowiem uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek. W uchwale z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że wyjątkowość sytuacji, o której mowa w

art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, „nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwością. Z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia, tak jak o tym stanowi art. 353 § 1 k.c.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Żaden inwestor nie zakłada podczas zawierania umowy, że od umowy trzeba będzie odstąpić z winy wykonawcy - Zamawiający również nie mógł się spodziewać, że nastąpi tak wiele tak istotnych uchybień (brak organizacji na placu budowy, zawarcie wbrew postanowieniom umowy umów z podwykonawcami, w szczególności w zakresie konstrukcji monolitycznych, niereagowanie na wezwania Zamawiającego etc.). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „fakt, że to Zamawiający sami podjęli decyzję o rozwiązaniu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna - bowiem uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek.

W uchwale z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp „nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwością. Z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia, tak jak o tym stanowi art. 353 § 1 k.c. (Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić). Zdaniem składu Izby zamawiający powinien zakładać, że wypełnianie przez wykonawcę świadczenia musi być uznawane za sytuację normalną czy powszechnie występującą a więc a contrario nie można zakładać, że niewypełnianie przez wykonawcę świadczenia nie może być uznawane za sytuację wyjątkową. Dlatego niewykonanie przez konsorcjum całego lub części zamówienia, mimo prowadzonych z tym podmiotem negocjacji, można uznać za czynnik uprawniający do uznania zaistnienia wyjątkowej sytuacji.”

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE …

Informacje zawarte w umowach z podmiotami publicznymi nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa >>>

Interes publiczny to nie bardzo ważny interes zamawiającego >>>

Moment złożenia oferty to moment wejścia do miejsca składania ofert, a nie moment rejestracji złożonej oferty >>>



Zamawiający jest obowiązany do badania i oceny skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa i do oceny czy wykonawca w istocie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią taką tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł je prawidłowo

Czytaj więcej >>>

Obowiązki wykonawcy w zakresie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „Do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert, a także jednoczesne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Wykonawca powinien uczynić to jednocześnie z samym zastrzeżeniem, nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania zamawiającego w tym zakresie" (zob. wyrok z dnia 8 czerwca 2015 r., KIO 997/15).

W wyroku z dnia 4 lutego 2016 r., KIO 84/16, Krajowa Izba Odwoławcza nakazując odtajnienie koncepcji wykonawcy Z. z uwagi na brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdziła, że „poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego, jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym przekazanych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 Pzp.

W wyroku z dnia 26 lipca 2016 r., KIO 1227/16; KIO 1236/16, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, **że „**Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem, co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej.

Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 Pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem, mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

W sytuacji zatem, gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie" i „wykazanie" oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (…)

Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.

W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona."

W aktualnym stanie prawnym warunkiem koniecznym dla zachowania poufności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożenie przez przedsiębiorcę powołującego się na tajemnicę, nie później, niż w terminie składania ofert lub wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia zastrzegającego, iż dana informacja nie może być udostępniana oraz wykazania, iż ta informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe oznacza, że w dacie przedkładania określonej informacji (co do zasady w dacie składania oferty) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi zaprezentować wywód przedstawiający argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do zasady wywód taki powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy znk. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Warunkiem skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zatem szczegółowe omówienie i wykazanie, że w odniesieniu do danej informacji wszystkie przesłanki zostały spełnione.

Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprawdzie takie „wykazanie" fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, powinna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.



Czy w postępowaniu na dostawę 10 tramwajów, obowiązek wykazania się wcześniejszą dostawą 5 tramwajów, jest żądaniem rażąco wygórowanym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia?

Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., XII Ga 211/14

Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, jak również zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych tramwajów, przegubowych, wieloczłonowych, niskopodłogowych, jednokierunkowych, spełniających wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury (…) w sprawie warunków technicznych tramwajów i trolejbusów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (…) oraz zgodnych ze szczegółowym opisem wymagań technicznych i funkcjonalnych. Zamawiający zastrzegł sobie skorzystanie z prawa opcji zakupu 1 - 5 sztuk fabrycznie nowych tramwajów, zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, o parametrach i wyposażeniu tożsamym jak dla tramwajów objętych podstawowym zamówieniem.

Pierwotnie ustalono, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie 1 dostawę łącznie 5 fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, w których udział niskiej podłogi wyniósł min. 70% oraz, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o wartości co najmniej 35 000 000,00 złotych brutto, z potwierdzeniem jej należytego wykonania bądź wykonywania.

Następnie Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ ustalając, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał należycie 1 dostawę łącznie co najmniej 5 fabrycznie nowych tramwajów niskopodłogowych, w których udział niskiej podłogi wyniósł min. 70% oraz, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji lub homologację w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, o wartości co najmniej 35 000 000,00 złotych brutto, z potwierdzeniem jej należytego wykonania.

Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie wartym zauważenia jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż „Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całokształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny".

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Jak wynika ze złożonego przez Odwołującego zestawienia wykonanych dostaw pasażerskich pojazdów szynowych w ciągu ostatnich 3 lat, jest on drugim co do wielkości na rynku dostawcą tego typu pojazdów, nie ma jednak doświadczenia w dostawie większej ilości tramwajów. Zamawiający realizuje dostawę tramwajów, nie zaś pasażerskich pojazdów szynowych. Nie jest więc jego obowiązkiem uwzględnianie doświadczenia wszystkich podmiotów działających na rynku pojazdów szynowych ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej dostawy. Okoliczność, że inni Zamawiający w prowadzonych postępowaniach na dostawę spalinowych zespołów trakcyjnych dopuszczali wykazanie się dostawami wszelkiego rodzaju pojazdów spalinowych jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Każde bowiem postępowanie charakteryzuje się pewną odrębnością, inne są także potrzeby i oczekiwania poszczególnych Zamawiających, w końcu odrębnie może kształtować się konkurencyjność wykonawców na danym rynku.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z realizacją zapewnienia, a także takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Ze złożonego przez Przystępującego P. zestawienia dostaw tramwajów realizowanych w ostatnich 3 latach wynika, iż zamawiający realizujący takiego typu zamówienia - dostaw do 20 sztuk pojazdów, ustalają warunki udziału odnośnie wiedzy i zdolności technicznych na poziomie od 50% do 83% wielkości zamówienia dla jednej dostawy. Tezy przeciwnej Odwołujący nie udowodnił, za wiarygodne nie można bowiem uznać powołanie się na największe dotychczas realizowane zamówienie tego typu w Europie prowadzone przez T. W. (ponad 200 sztuk tramwajów). A więc wymóg, aby wykonawca posiadał doświadczenie w dostawie podobnej do przedmiotu zamówienia obejmującej 1/3 wielkości tego zamówienia nie jest wymogiem nadmiernym, czy też nieproporcjonalnym.

Co do zasady, doświadczenie wykonawcy związane jest z powtarzalnością realizowanych przez niego dostaw (usług, robót budowlanych). W konsekwencji nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień w

wymaganej wysokości przedmiotowej, których wykonanie świadczyć będzie, w ich ocenie, o należytym przygotowaniu wykonawców do realizacji zamówienia określonej wielkości. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie. Domniemywać należy, iż innego zaangażowania Wykonawcy wymaga dostawa 1 tramwaju a innego dostawa 5 takich pojazdów. Niewątpliwie w tym drugim przypadku konieczne jest spełnienie większego zakresu wymagań, choćby logistycznych, do zrealizowania takiego zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego celem Zamawiającego nie musi być tylko w przypadku przedmiotowego zamówienia sprawdzenie zdolności produkcyjnych danego wykonawcy ale właśnie sprawdzenie, czy w taki sposób potrafi on zorganizować swoje przedsiębiorstwo i kontakty biznesowe, aby w wyznaczonym terminie dokonać dostawy większej liczby pojazdów niż 1 sztuka. Poprawna realizacja zamówienia nie może być kwestią incydentalną, czy jednorazową, gdyż takie jednorazowe wykonanie zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że danemu wykonawcy można przypisać cechę zdolności technicznej do realizacji większych zamówień danego typu. Zdaniem składu orzekającego Izby przy dostawie tramwajów o doświadczeniu wykonawcy świadczyć może skala i rodzaj danej dostawy, bowiem najistotniejszym elementem jest umiejętność wyprodukowania określonej liczby tramwajów o danych parametrach i sprawna realizacja dostaw tych pojazdów.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła postulatów Odwołującego przedstawionych na rozprawie, „aby zmienić zapisy SIWZ w ten sposób, aby dopuścić możliwość wykazania się „wykonaniem dostawy elektrycznych pasażerskich pojazdów szynowych" ewentualnie „wykonaniem dostawy 5 elektrycznych pasażerskich pojazdów szynowych, w tym co najmniej 1 tramwaju". Izba w tym zakresie podziela stanowisko Zamawiającego i obu Przystępujących, że warunek zostałby określony zbyt szeroko, bez uwzględnienia komplementarności z zamawianymi pojazdami oraz z pominięciem minimalnego poziomu zdolności technicznych, który powinien posiadać wybrany wykonawca.

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert") nie dotyczy trybu przetargu nieograniczonego >>>

100. letni okres gwarancji to nieuczciwa konkurencja >>>



Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, również treścią oferty

KIO 1946/16

Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Brak takiego potwierdzenia jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego) odnoszą się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia) i co do zasady są również w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

W wyroku z dnia 28 października 2016 r., KIO 1946/16 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdziła, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane (zob. także wyrok z dnia 1 sierpnia 2016 r., KIO 1276/16).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagania określone przez zamawiającego należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Oznacza to, że zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań

określonych przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp nie można uznać sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie składa dokument, którego treść przeczy wymaganiom określonym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (np. nie potwierdza, że oferowane urządzenie nie posiada wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych lub cech funkcjonalnych). W takim przypadku niedopuszczalne jest również wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, innego dokumentu, który potwierdziłby, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Takie działanie zamawiającego byłoby niedopuszczalne również na gruncie art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, ponieważ prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty, a w konsekwencji zmiany jej treści.

Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego odnoszące się bezpośrednio do właściwości przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy (przedmiotu zamówienia), co do zasady są bowiem w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 4 Pzp służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie zmianie ich treści dokumentu. Jak słusznie zauważono w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 września 2010 r., KIO 1863/10, nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp dotyczą niejasności oświadczeń lub dokumentów, nie służą zaś doprowadzeniu do zmiany treści oferty polegającej na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca nie zaoferował wymaganego przedmiotu w ofercie (zob. wyrok z dnia 1 lipca 2016 r., KIO 990/16).



Czy zamawiający i wykonawca decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym charakterem?

KIO 139/14; KIO 148/14; KIO 150/14

Obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 Pzp.

Co do zasady wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., II CKN 913/97, LEX nr 138655). Strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe co do zasady muszą liczyć się z jego bezwzględnym charakterem. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub koszów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę. Wykonawca może powołać się na wynikającą z art. 629 i art. 632 § 2 k.c. klauzulę tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (rebus sic stantibus). Jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (zob. art. 632 § 2 k.c.). W każdym wypadku rzeczywista istotna zmiana stosunków obejmuje jednak wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane). W orzecznictwie wyrażany jest również pogląd, że strony mogą w umowie zastrzec możliwość modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych.

W wyroku z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 389/14[1], Sąd Najwyższy uznał, że „W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 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.

[1] http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CSK%20389-14-1.pdf

W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r., I ACa 1389/14, Sąd Apelacyjny w Krakowie uznał natomiast, że strony decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., IV CSK 397/10). Nie oznacza to oczywiście przeszkód do umownego obniżenia czy podwyższenia tego wynagrodzenia. W braku jednak wykazania, możliwego na gruncie umowy, zawarcia dodatkowego porozumienia co do sposobu finansowania zamiany technologii zabezpieczenia wykopu, nie jest zasadne żądanie dodatkowego wynagrodzenia, tym bardziej, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 632 § 2 k.c.”.

W wyroku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, Sąd Apelacyjny w Gdańsku odnosząc się do możliwości domagania się wykonawcy zapłaty za prace dodatkowe, gdy w umowie o roboty budowlane przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, stwierdził natomiast, że „Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego.”. Sąd Apelacyjny w Gdańsku zwrócił uwagę, że uznał, że „pozwana udostępniając powodowi informacje, które stanowiły podstawę skalkulowania wynagrodzenia ryczałtowego, przedstawiła je w sposób nieprawdziwy, uniemożliwiając tym samym realne skalkulowanie kosztów prac niezbędnych dla wykonania zlecenia. Dlatego umówione przez strony wynagrodzenie ryczałtowe nie obejmuje wspomnianych prac, bowiem powód nie mógł i nie powinien przewidzieć konieczności ich wykonania oceniając okoliczności przedstawione mu przez pozwaną.”

W ocenie Sądu, gdyby przyjąć inne założenie „nieuczciwy inwestor mógłby ustalić korzystne dla siebie warunki płatności za prace, mając świadomość konieczności ich wykonania i nie informując o tym wykonawcy robót (nie ujmując ich w dokumentacji lub wadliwie je określając), który konieczności wykonania tych prac nie mógłby przewidzieć.”.

Do formy wynagrodzenia ryczałtowego odniósł się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2014 r., I CSK 568/13. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że wynagrodzenie ryczałtowe zostało ukształtowane, jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca) w zasadzie nie może domagać się jego podwyższenia. W ocenie Sądy „Konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego - co podkreśla się także w piśmiennictwie - nie wyklucza jednak żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Zdarza się też niekiedy, że dochodzi do wykonania stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych, bez dokonania przez strony stosownej zmiany umowy. W takich wpadkach przyjmuje się w orzecznictwie - aprobowanym w literaturze - że dopuszczalne jest żądanie przez przyjmującego zamówienie zapłaty

za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, nie publ., z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, nie publ. i z dnia 21 maja 2009 r., V CSK 439/08, nie publ.).

Wynagrodzenie ryczałtowe w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że ryczałt może odnosić się tylko do tego, co zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe powinna być jednoznacznie związane z opisem przedmiotu zamówienia.

W wyroku z dnia 11 lutego 2014 r., KIO 139/14; KIO 148/14; KIO 150/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane, przepis art. 632 § 1 k.c. doznaje ograniczenia w tym sensie, że pierwszeństwo stosowania mają przepisy art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., KIO 809/12, w którym stwierdzono „że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy P.z.p.” (zob. także wyrok z dnia 9 maja 2012 r., KIO 809/12).

W wyroku z dnia 2 marca 2010 r., KIO/UZP 184/10, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „W ramach wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca jest zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia opisanego projektem budowlanym i wykonawczym, niezależnie od tego w jakich wielkościach zostały one ujęte w przedmiarze. Jednak bez względu w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno-gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy art. 140 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 58 § 1 k.c., jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ.” Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z odwołującym, że wykonawca na etapie wykonywania umowy „nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej

dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty. (…) Zatem art. 632 § 1 k.c., na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. (…). Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty (…)"

W wyroku z dnia 9 maja 2012 r., KIO 809/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Z całościowej regulacji przepisów ustawy P.z.p. i aktów wykonawczych wynika bezsprzeczny obowiązek zamawiającego polegający na konieczności precyzyjnego, jednoznacznego i przygotowanego w ściśle określonej formie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. (…). Ww. przepisy ustawy P.z.p. znajdują się w dziale II (postępowanie o udzielenie zamówienia) w rozdziale 2 ustawy P.z.p., zatytułowanym przygotowanie postępowania, za którą to czynność odpowiada kierownik zamawiającego. W konsekwencji są to więc obowiązki obciążające zamawiającego, a nie wykonawcę. Dalej idącym wnioskiem wynikającym z ww. obowiązków jest to, że na gruncie ustawy P.z.p. sprawdzenie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót może być wyłącznie prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych.

Niedopuszczalne jest również przerzucenie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia. Nawet na gruncie przepisów prawa cywilnego gdzie obowiązek precyzyjnego opisania nie jest tak eksponowany uznaje się, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej. Powyższe wynika choćby z uzasadnienia wyroku SN z 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98, który stwierdził, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż 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.

Dostrzeżenia wymaga także, że obowiązek zawiadomienia o wadach, wynikający z art. 651 k.c. dotyczy sytuacji, gdy nieprawidłowość ta zostanie stwierdzona już w procesie realizacji, a nie na etapie poprzedzającym złożenie oferty. Dalej idącym skutkiem przywołanej regulacji ustawy P.z.p. jest to, że obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy P.z.p. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy P.z.p. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy P.z.p. umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. (…) pomimo ryczałtowego wynagrodzenia, wykonawcy realizującego umowę o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą obciążać negatywne, w tym również finansowo, skutki wadliwej dokumentacji projektowej. Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że również na gruncie k.c. wątpliwa jest zgodność z zasadami współżycia społecznego kwestionowanych postanowień. Z art. 651 k.c. wynika jedynie obowiązek poinformowania inwestora o dostrzeżonych

wadach, natomiast brak jest obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad (por. również przywołany wcześniej wyrok SN z 27 marca 2000 r. sygn. akt III CKN 629/98). W literaturze akcentuje się także, że obciążenie wykonawcy niezależną od winy odpowiedzialnością za wady powstałe wskutek nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań wynikających z umowy o roboty budowlane byłoby sprzeczne z ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem prawa (System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, pod red. J. Rajskiego, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2004, s. 416). Nadto w świetle art. 655 k.c. wykonawcy umowy o roboty budowlane należy się umówione wynagrodzenie w sytuacji nawet zniszczenia lub uszkodzenia obiektu, gdy zniszczenie lub uszkodzenie obiektu pozostaje w związku przyczynowym z czynnościami zamawiającego w ramach współpracy, np. nieprawidłowymi wskazówkami co do sposobu wykonania obiektu.”.



Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów 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.

Czytaj więcej >>>

Umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach kara umowna będzie naliczana

W wyroku z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1117/17, KIO 1128/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie było uzasadnione stanowisko Odwołującego co do konieczności wyłączenia kar umownych z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, w tym także dostawcy lub usługodawcy. Celem wprowadzenia wyżej wymienionej sankcji było zabezpieczenie Zamawiającego na wypadek zaniedbań wykonawcy w zapłacie podwykonawcom należnego im wynagrodzenia. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp zawiera postanowienia dotyczące wysokości kar z tytułu

braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Tym samym wyłączenie kar umownych z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, w tym także dostawcy lub usługodawcy pozostawałoby w sprzeczności z art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła także stanowisko, zgodnie z którym „Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych „dla siebie samego". Umowa określona przez Zamawiającego jest umową adhezyjną. Oznacza to, że Wykonawca w sposób dobrowolny może do niej przystąpić i zaakceptować jej warunki lub nie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła natomiast zarzut dotyczący punktu 42 („Pkt 42 - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - w wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek."). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Kara umowna nie przysługuje z ustawy tylko z mocy stron, które zapis ten wprowadzają.

Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy.

Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez druga stronę zapłaty kary umownej. W ocenie Izby określenie, że jakiekolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu.

Co więcej, określenie kary umownej w wysokości 50 000 złotych należnej za każde naruszenie postanowień umowy może doprowadzić do sytuacji, w której kara umowna powinna zostać uznana za rażąco wygórowaną. Zapisy wzoru umowy nie wykluczają bowiem możliwości żądania kary umownej w tej wysokości, nawet w przypadku drobnych formalnych naruszeń postanowień umowy, nie mających żadnego wpływu na wykonanie podstawowego świadczenia wykonawcy określonego w umowie."

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...

Nie można całkowicie wykluczyć przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki wykonawcy niebędącemu monopolistą, jeżeli ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze, tylko on może wykonać konkretne zamówienie >>>

Zamawiający może uprawdopodobnić konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania >>>

Możliwość utraty gwarancji nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze i nie stanowi przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki >>>



Sprawdź, czy można określić termin rozpoczęcia wykonywania zamówienia publicznego poprzez wskazanie daty kalendarzowej?

Czytaj więcej >>>

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.

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...

Pojęcia „oferty" i „treści oferty" nie są tożsame >>>

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante) nie zawsze będzie stanowić podstawę do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki >>>

Zamawiający może dowolnie określić okres rękojmi, byleby treść zmiana lub jej cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współżycia społecznego >>>

Zamawiający jest obowiązany unieważnić każdą dokonaną czynność, jeżeli dokonanie określonej czynności nastąpiło z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania >>>

W trybie przetargu nieograniczonego wszczęciem postępowania nie jest zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej >>>

Nie można całkowicie wykluczyć przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki wykonawcy niebędącemu monopolistą, jeżeli ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze, tylko on może wykonać konkretne zamówienie >>>



W przypadku gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy określenie jego odpowiedniej części, która staje wymagalna wskutek odbioru częściowego, może nastręczać trudności, strony powinny wskazać w umowie o roboty budowlane, jaka część wynagrodzenia staje się wymagalna wskutek dokonania kolejnych odbiorów częściowych.

Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi

(…) świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane określone jest jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po zaofiarowaniu obiektu przez wykonawcę. Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym właśnie odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Czynność odbioru - oprócz elementu faktycznego - składa się z elementu wolicjonalnego obejmującego świadczenie inwestora, że obiekt wykonano zgodnie z umową. Obowiązki i uprawnienia inwestora określają nadto przepisy - art. 18, art. 32 ust. 1 pkt 2, art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz. U. 2013.1409 j.t.). Tak jak to wyżej już zaznaczono odbiór obiektu stanowi w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Niewątpliwie obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy (art. 354 k.c.).

Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaofiarowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną. tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie.

Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, za wyjątkiem art. 654 k.c.

Skoro w regulacjach dotyczących umowy o roboty budowlane brak norm określających bliżej powinność odbioru, za wyjątkiem odbioru częściowego na żądanie to uzasadnione jest tu stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło (Wielkie komentarze - komentarz do kodeksu cywilnego, t. III, cz. 2 pod red. Jacka Gudowskiego, LexisNexsis, Warszawa 2013 r., s. 306-311). Obowiązek odbioru odnosi się więc do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi, by to ocenić niewątpliwie bierzemy tez pod uwagę ogólne kryteria prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 354 § 1 k.c.). W piśmiennictwie zauważa się, że do końca nie jest jasne co ustawodawca miał na myśli mówiąc o odbiorze robót budowlanych.

W prawie budowlanym wielokrotnie wspomina się o odbiorach częściowych i końcowych, nie wyjaśniając bliżej charakteru tych czynności. Przyjmuje się więc, że czynności te można utożsamiać z odbiorem i częściowym przyjmowaniem robót budowlanych przez inwestora od wykonawcy przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane (art. 647, 654 k.c.). Są to czynności z zakresu prawa cywilnego, będące częścią wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane (inwestora i wykonawcy) ale nie powinno dziwić, że wspomina się o nich także w akcie administracyjnym, jakim jest ustawa - Prawo budowlane. Zgodnie bowiem z art. 647 i art. 648 § 2 k.c. zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego.

Wykonawca, jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiekt, wykonanego zgodnie z projektem, który w myśl art. 648 § 2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 pr.bud.),co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem (patrz: Prawo budowlane - komentarz pod red. A.Despot-Mladanowicza i innych, LexisNexis, Warszawa 2012 r.,s140-142). Wykonanie robót budowalnych przejawia się w określonym przez prawo i zwyczaje zachowaniami wykonawcy i inwestora towarzyszącymi sygnalizacji zakończenia robót przez pierwszego oraz odbioru przez drugiego z nich, świadczącego o ich zgodności z założonym przez inwestora celem inwestycji.

Poglądy orzecznicze i komentatorskie wskazują, że wykonanie umowy o roboty budowalne poprzez zaofiarowanie zamawiającemu jej przedmiotu ma miejsce wtedy gdy nastąpiło wykonanie robót określonych w umowie w takim kształcie, iż spełnia ono cechy zamówienia, co oznacza taka postać, ilość i jakość, że może ono zostać wykorzystane do celów, które przyświecały zamawiającemu (inwestorowi). Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22

czerwca 2007 r. rozważał czy dopuszczalna jest modyfikacja art. 647 k.c., podnosząca wymaganie wobec wykonawcy, a jeśli tak, to do jakiego poziomu. Na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi twierdzącej dla której przytoczył następującą argumentację: 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. Jako umowa obligacyjna pozostawia jednak stronom swobodę indywidualnego określania treści, z tym że wówczas staje się umową nienazwaną, mieszaną itp. Interpretacja umowy sugerowana przez skarżącego prowadziłaby natomiast do wniosku, że każde odstępstwo od stanu idealnego (co do którego nie wiadomo, na podstawie jakich kryteriów byłby ustalany) dawałaby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania do wybudowania domu jednorodzinnego (art. 353 1 k.c.) i wskutek tego nieważne.

Projekt i zasady wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika, dlatego stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości takiego obiektu jak dom jednorodzinny. Budynek wzniesiony zgodnie z tymi wymaganiami, jeżeli projekt nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, natomiast ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (V CSK 99/07 OSP 2009/1/7). Taka linia orzecznicza czyli wyłączającą uprawnienie inwestora do odmowy odbioru obiektu z wadami nieistotnymi, usterkami jest podtrzymywana w późniejszym orzecznictwie sądowym.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. przyjął, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Tak też określa się powinność odbioru robót po stronie inwestora w orzecznictwie sądów powszechnych.

Podsumowując rozważania poczynione wyżej Sąd odwoławczy - podzielając przytoczoną linię orzeczniczą - stwierdza, że zgadza się całkowicie z Sądem Okręgowym, iż jedynie w sytuacji gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania istnieją podstawy do odmowy odbioru. Zachodzi tu więc niewątpliwie potrzeba rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Brak podstaw do utożsamiania sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami, w tym nieistotnymi.

Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.). Wykonawca może przy tym niewątpliwie wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót por. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. I ACa 1577/14 LEX nr 1675895).

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 lutego 2016 r., I ACa 1099/15 >>>



Przykładem rażącego niedbalstwa jest sytuacja, w której wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, bez uprzedniego sprawdzenia, czy inny podmiot spełnia dany warunek udziału w postępowaniu, składa oświadczenia lub dokumenty tego podmiotu, z których jednak wynika, że inny podmiot warunku tego nie spełnia.

Zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lekkomyślność, niedbalstwo wykonawcy, a wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp

Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, a wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza

nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.

Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, zwrócił uwagę, że „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy.”. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Przykładem rażącego niedbalstwa jest sytuacja, w której wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, bez uprzedniego sprawdzenia, czy inny podmiot spełnia dany warunek udziału w postępowaniu, składa oświadczenia lub dokumenty tego podmiotu, z których jednak wynika, że inny podmiot warunku tego nie spełnia.

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03, LEX nr 151642 oraz wyroki KIO: z dnia 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, z dnia 11 października 2016 r., KIO 1773/16, z dnia 27 lutego 2015 r., KIO 491/15, z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16, z dnia 17 maja 2016 r., KIO 673/16, z dnia 28 września 2015 r., KIO 2000/15).

Na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp jedną z przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie poda informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub też inaczej, ich podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie (zob. wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 644/17)

W wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r., KIO 1058/17, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a przystępujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, iż przystępujący nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu.” W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „przystępujący nie może zasłaniać się faktem, że nie miał świadomości, co do nie spełniania przez wskazane przez niego zadania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zadania te przystępujący realizował osobiście. (…) Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 października 2014 r., KIO 2106/14 uznała, że „istotą przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp (obecnie - art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp) jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia w przyszłości oraz ochrona uczciwej konkurencji. Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań zamawiającego są winni wprowadzenia go w błąd, co do posiadania

oczekiwanej zdolności podmiotowej lub przedmiotu oferty, są eliminowani z postępowania o udzielenie zamówienia z pominięciem trybu art. 26 ust. 3 pzp".

Krajowa Izby Odwoławcza zwróciła również uwagę na wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14, odpowiadając na pytanie prejudycjalne skierowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, „Czy art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności?

Czy za „winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji« można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy również wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?" udzielił odpowiedzi, iż „artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego" wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.". Co prawda orzeczenie TSUE zostało wydane do stanu prawnego sprzed nowelizacji, jednakże w ocenie Izby znajduje zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Skład orzekający podzielił również stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, iż złożenie przez wykonawcę dokumentów, które wprowadzają zamawiającego w błąd, tj. poprzez świadome ich podanie zamawiającemu - zamierzone działanie - powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania.

W powyższym zakresie wykluczona jest bowiem możliwość wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp**.**

Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w złożonych oświadczeniach i dokumentach nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp

Jednolita i zachowująca aktualność na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, że możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (zob. wyroki z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16, z dnia 2 kwietnia 2015 r., KIO 526/15, z dnia 11 lutego 2015 r., KIO 177/15 i z dnia 13 lipca 2015 r., KIO 1370/15).

Przepisy Pzp nie przewidują również obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacji nieprawdziwej nie można zatem zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3, gdyż nie można twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy. W przeciwnym razie „naprawienie" dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje musiałoby polegać na zaniechaniu ich oceny w postępowaniu bez wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do niego z tytułu podania nieprawdziwych informacji, co byłoby niezgodne z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i poddaniu jej zupełnie innego dokumentu lub dokumentów zastępujących ten złożony pierwotnie (np. poprawionego jednolitego dokumentu lub wykazu osób). Stwarzanie takiej szansy wykonawcom, którzy chcą naprawić swoje działanie będące rezultatem ich zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, należy uznać za niesprawiedliwe i dyskryminujące.

Lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawianiu informacji wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego ma dużo lżejszy charakter i obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca przygotowując ofertę powinien dochować staranności i ostrożności składając oświadczenia chociażby w jednolitym dokumencie. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny.

W wyroku z dnia 20 marca 2017 r., KIO 382/17, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 zwróciła uwagę, że „Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu

Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.”.

Należy zauważyć, że przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie również przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

W art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wina nieumyślna podlega stopniowaniu pozwalającym na wyróżnienie niedbalstwa i lekkomyślności. Niedbalstwo występuje w sytuacji, w której osoba zachowała się w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń, składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 k.c., znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp. W stosunku do profesjonalistów - a za takich należy uznawać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności.

Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, aby składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiadało prawdzie. Z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 k.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Wymienione w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp postaci winy w postaci lekkomyślności i niedbalstwa nie mają charakteru zamkniętego i stanowią minimalny stopień winy skutkujący wykluczeniem z postępowania.



W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kilkakrotnie podnoszono, że „... ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

Zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą znaku towarowego bez możliwości zastosowania rozwiań równoważnych

(…) Instytucja Zarządzająca stwierdziła, iż w zakresie postępowania dotyczącego realizacji projektu pn. „Efektywna edukacja gwarantem rozwoju lokalnego rynku pracy-budowa i wyposażenie Gimnazjum Gminnego w K.”, **beneficjent opisując przedmiot zamówienia użył nazw własnych (…) Microsoft Windows 7 Professional) bez możliwości zastosowania elementów/rozwiań równoważnych.** Tym samym naruszył przepis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie organu wskazanie w zamówieniu konkretnego znaku towarowego, patentu lub pochodzenia oraz określenia „lub równoważne” nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 ww. ustawy. Zgodnie z wypracowanym orzecznictwem Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. (…). Organ nie uwzględnił wyjaśnień beneficjenta, iż użycie znaku towarowego Microsoft Windows wynikał z faktu otrzymywania cyklicznie rozszerzanego oprogramowania z Ministerstwa Edukacji, które to oprogramowanie współpracuje jedynie z ww. środowiskiem. W ocenie organu określone w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki dopuszczające wyjątkowe posługiwanie się znakiem towarowym muszą być spełnione kumulatywnie. Do obowiązków zamawiającego należy udowodnienie ich łącznego wystąpienia. W niniejszej sprawie przesłanki te nie zostały spełnione. Z uwagi na powyższe organ nałożył 10% korektę finansową w łącznej kwocie 556 791,75 zł.

W wyroku z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Łd 1089/12, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi uznał, że uzasadnione są zarzuty strony skarżącej dotyczące użycia w opisie zamówienia systemu operacyjnego nazwy Microsoft Windows 7 Proffesional. Sąd zwrócił uwagę, że „na rynku praktycznie są dostępne trzy rodzaje

oprogramowania a mianowicie Microsoft, Apple i Linux. Jak trafnie podniesiono w skardze wszystkie wymienione typy oprogramowania nie współpracują ze sobą i są tzw. systemami zamkniętymi na konkurencję. Przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie podstawowe (Microsoft Windows 7 Proffesional) i jest ono dostosowane do oprogramowania rozszerzonego, które Gimnazjum w K. otrzymało i nadal otrzymuje z Ministerstwa Edukacji Narodowej. Jest rzeczą zrozumiałą, że wszystkie urządzenia (serwery, stacje robocze, komputery) muszą ze sobą bezkonfliktowo współpracować a taką współpracę mogą zapewnić jedynie systemy operacyjne Microsoft dostosowane do posiadanego już oprogramowania. Jak słusznie podniesiono w skardze gdyby wykonawcy zaproponowali inne niż Microsoft, oprogramowanie podstawowe (np. Apple lub Linux) to nie współpracowałoby ono z posiadanym oprogramowaniem rozszerzonym. Oznaczałoby to, że posiadane przez Gimnazjum w K. różne programy, pomimo obowiązywania na nie licencji, nie nadawałyby się do użytku.

Gimnazjum w K. posiada szereg programów edukacyjnych otrzymanych z Ministerstwa Edukacji Narodowej. W sytuacji gdyby w opisie przedmiotu zamówienia dopisać słowa „lub równoważne" to oznaczałoby dopuszczenie równoważnego oprogramowania operacyjnego co z kolei wiązałoby się z koniecznością wymiany całego oprogramowania dotychczas posiadanego przez Gimnazjum. Nie budzi wątpliwości fakt, że pociągałoby to za sobą znaczne koszty.

W przekonaniu Sądu zrozumiała była decyzja strony skarżącej o wyborze systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Proffesional System ten pozwoli bowiem na bezkonfliktową współpracę ze sprzętem posiadanym przez Gimnazjum w K. oraz pozwoli na pełne wykorzystanie posiadanego przez Gimnazjum oprogramowania.

Decyzja taka jest racjonalna i podyktowana potrzebami zamawiającego.

W ocenie Sądu żaden przepis prawa nie może być automatycznie stosowany w oderwaniu od realiów konkretnego stanu faktycznego z pominięciem skutków jakie może wywołać jego zastosowanie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kilkakrotnie podnoszono, że „... ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nie uwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucenia zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają ich potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy..." (wyroki KIO w spr. (...) i (...) z (...)). Pogląd, że w przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Proffesional nie doszło do naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 Pzp wyraził także Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w postanowieniu z (...) Sąd podzielił argumentację przedstawioną w uzasadnieniu tego postanowienia.



Fakt istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania.

Jaka jest relacja między art. 24 ust. 1 pkt 15 a art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp

Nie ma podstaw łączenia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp z fakultatywną przesłanką z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp polegających na związaniu obu powyższych przesłanek z zaległościami w płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z treścią i celem, jakim jest potwierdzenie istnienia lub braku zaległości z tytułu płatności podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w wystawianych zaświadczeniach przez właściwe urzędy.

Sam fakt istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom będącym w powyżej opisanej sytuacji (zaległości niepotwierdzonych wyrokiem sądu lub z braku ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) - jest uprawniony do ustanowienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Dopiero w przypadku zastosowania przesłanki fakultatywnej, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców środków dowodowych, którymi na gruncie obecnie obowiązującego prawa są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (…) (zob. wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO/KU 11/17).

Przepis § 5 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów zawiera enumeratywny katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w punkcie 2 i 3 nawiązuje do art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, natomiast w pkt 5 nawiązuje do art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Przepis § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie dotyczy zatem przesłanki obligatoryjnej oraz fakultatywnej wykluczenia, o których mowa odpowiednio w art. 24 ust. 1 pkt 15 i art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. Należy również zauważyć, że przepis § 5

rozporządzenia, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów. Żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Jako jedyny dokument przewidziany w rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów pozwalający zamawiającemu na dokonanie zbadaniu wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp został wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia, którego treść wyraźnie koresponduje z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp - „oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności."

Oznacza to, że inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp naruszenie obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, o ile Pzp zamawiający wyraźnie ją jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Dokumenty wymienione w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie wymagają natomiast zawarcia informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co oznacza, że na podstawie tych przepisów zamawiający nie może stwierdzić istnienia lub braku istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

W wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO/KU 11/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Nie mniej, jako jedyny dokument przewidziany w rozporządzeniu pozwalający zamawiającemu na dokonanie weryfikacji wykonawcy pod kątem ww. przesłanki wykluczenia (i tylko tej przesłanki) został wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia, którego treść wyraźnie koresponduje z art. 24 ust. 1 pkt 15

Pzp, tj.: „oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.”

Powyższe oznacza, że inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp naruszenie obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania o ile zamawiający wyraźnie ją wyartykułuje w dokumentacji przetargu - jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

Bezsprzecznie dokumenty, wymienione w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie wymagają zawarcia informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - co oznacza, iż na ich podstawie zamawiający nie jest w stanie stwierdzić istnienia lub braku istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.”



Dopuszczalność wniesienia wadium przez wpłatę gotówki na rachunek zamawiającego prowadzony w banku

Rozbieżność poglądów, co do skuteczności wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Czytaj więcej >>>

W niniejszej sprawie odwołujący wpłacił wymagane wadium na rachunek bankowy zamawiającego w kasie banku P. (...) (termin składania ofert upływał dnia 20 stycznia 2017 r. godzina 9:45).

Powyższą czynność zakwestionował zamawiający twierdząc, że wadium wniesione zostało w sposób nieprawidłowy i odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp, stanowiący że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zdaniem odwołującego, czynność odrzucenia jego oferty z podanej przyczyny jest nieprawidłowa. Wykonawca uznał, że zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 45 ust. 7 Pzp, co w efekcie doprowadziło do błędnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp i odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Podkreślał, że zamawiający odniósł się wyłącznie do literalnego brzmienia przepisów uznając, że wadium w pieniądzu można wnieść wyłącznie przelewem, przy zastosowaniu instytucji prawa bankowego „polecenia przelewu" (art. 63 ust. 3 pkt 1 prawa bankowego). Odwołujący powołał się na wykładnię celowościową przepisu art. 45 ust. 7 Pzp wskazując, że celem wpłacenia wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego. Zaznaczał, że najważniejszym jest, aby wadium zostało wpłacone w odpowiednim terminie i formie dopuszczalnej przez przepisy prawa. Nadmiernym formalizmem byłoby uznanie, że wadium można wpłacić wyłącznie przelewem, a już nie w kasie banku. Wpłacając pieniądze w banku wpłacający podlega również weryfikacji, nie istnieje więc obawa podejmowania przez niego działań niezgodnych z prawem.

Odwołujący przekonywał, że poprzez wpłatę wadium w kasie banku nie ucierpiał ani interes zamawiającego, ani interes publiczny. Celem wskazanej regulacji jest to, aby operacje pieniężne dokonywane były za pośrednictwem banków. Uznał, że wpłata wadium w kasie banku spełnia ten cel, wobec czego przyjął, iż jest dopuszczalna w świetle prawidłowej wykładni art. 45 ust. 7 Pzp. Zaznaczał, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają odwołania do ustawy - Prawo bankowe, zatem przepisy tej ustawy mogą znaleźć tu zastosowanie jedynie posiłkowo. Utrzymywał, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy pojęciem „wpłaca się przelewem na rachunek bankowy zamawiającego" (art. 45 ust. 7 Pzp) a pojęciem „polecenie przelewu" (art. art. 63 ust. 3 pkt 1 prawa bankowego).

Podtrzymał, że w niniejszej sprawie zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisów ustawy Pzp, co spowodowało wydanie wadliwego rozstrzygnięcia. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w tym wyroki: KIO/UZP 980/10, KIO/UZP 407/09, KIO/UZP 141/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29 września 2009 r., X Ga 260/08.

„Zdaniem odwołującego wypowiedziane w nich tezy nie straciły na ważności i nadal pozostają aktualne. Zmianie nie uległ bowiem art. 45 ust. 7 Pzp wskazujący, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wobec powyższego, aktualne pozostają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów - odwołujące się do wykładni celowościowej wskazanego przepisu i podnoszące, że najważniejsze aby pieniądze wpłacone na poczet wadium wpłynęły na konto zamawiającego w odpowiednim terminie i formie. Odwołujący kwestionował stanowisko zamawiającego, że wpłata wadium w kasie banku zamiast przelewem stanowi przykład wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, co uprawniałoby zamawiającego do odrzucenia oferty.".

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., KIO 217/17, zwróciła uwagę, że „art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U z 2015 r., poz. 584 z późn. zm.) dopuszcza dokonywanie płatności gotówkowych związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą gdy jednorazowa wartość transakcji bez względu na liczbę wynikającej z niej płatności, nie przekracza równowartość 15 000,00 zł. W tych okolicznościach, Izba wzięła pod uwagę, że oferta odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium, które jednocześnie gwarantowało w sposób właściwy interesy zamawiającego. Sposób wniesienia tego wadium nie naruszał żadnego z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa z zakresu obrotu pieniężnego.”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Brak wniesienia wadium przelewem, a dokonanie tego poprzez wpłatę gotówki na rachunek zamawiającego prowadzony w Banku P. (...) w okolicznościach tej sprawy nie mógł skutkować odrzuceniem oferty odwołującego z postępowania w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione, lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.”.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp „w odniesieniu do sformułowania „wniesione w sposób nieprawidłowy” - stricte będzie odnosił się do wszelkich odstępstw od koniecznej treści np. dokumentów gwarancji wadialnych - ubezpieczeniowych i bankowych, niezachowania formy przelewu bankowego, ale w kwotach mogących świadczyć o unikaniu nakazanej przepisami odrębnymi formy rozliczeń. Odwołujący wskazał w ofercie numer posiadanego przez siebie rachunku, wyjaśnił również, że dokonując wpłaty na wyznaczony rachunek zamawiającego w banku P. (...), chciał mieć pewność, iż od razu znajdzie się ona na tym koncie, gdyż za datę wniesienia wadium uznaje się moment uznania rachunku zamawiającego.”.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „odrzucenie oferty odwołującego w zaistniałych okolicznościach tej sprawy, byłoby przejawem skrajnego formalizmu.”.



Jeżeli inwestor powierza wykonanie tylko części prac wykonawcy, sam będąc organizatorem tych prac, ma wówczas miejsce tzw. przekazanie frontu robót.

Kto odpowiada za szkody powstałe na terenie budowy, gdy doszło do przekazania terenu budowy bez sporządzenia protokołu przekazania?

Jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie (art. 652 k.c.). Przekazanie wykonawcy terenu budowy należy do obowiązków inwestora. W okresie dzielącym przekazanie i oddanie obiektu na terenie budowy dojść może do powstania szkód.

Od chwili przejęcia terenu budowy do czasu oddania obiektu wykonawca jest (…) „gospodarzem na terenie budowy", obowiązanym w szczególności do koordynowania podwykonawców, ochrony mienia i zabezpieczenia przeciwpożarowego, nadzoru nad bezpieczeństwem i higieną pracy oraz ustalania i utrzymania ogólnego porządku. Wykonawca więc zachowuje teren budowy w swoim władaniu, w ramach którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i porządku. Celem tych czynności jest osiągnięcie zamierzonego rezultatu - wykonania obiektu i oddania go zamawiającemu wraz z przekazanym uprzednio terenem (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1990 r., I CR 750/90).

W wyroku z dnia 4 listopada 2016 r., VI ACa 1158/15, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że:

„Odpowiedzialność wykonawcy na podstawie tego przepisu dotyczy wszelkich szkód powstałych na przejętym terenie. W aspekcie podmiotowym obejmuje zarówno odpowiedzialność wobec osób trzecich, jak i odpowiedzialność wobec stron uczestniczących w procesie budowlanym. W aspekcie przedmiotowym odpowiedzialność wykonawcy dotyczy zarówno szkód na osobie, jak i szkód na mieniu. Jak się wskazuje w doktrynie, przepis ten obejmuje odpowiedzialność zarówno deliktową, jak i kontraktową.".

Zastosowanie przepisu art. 652 k.c. uzależnione jest od protokolarnego faktycznego przekazania wykonawcy terenu budowy przez inwestora. Przepis art. 652 k.c. ma charakter lex speciallis, wskazując w sposób szczególny osobę odpowiedzialną za szkody powstałe na terenie budowy (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 13 listopada 2012 r., III Ca 263/12).

Jeżeli doszło do przekazania placu budowy bez sporządzenia protokołu, za szkody na placu budowy odpowiedzialność ponosić będzie nadal inwestor. W przypadku protokolarnego przejęcia placu budowy przez wykonawcę, to wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody wynikłe na przejętym terenie.

Wymaganie formy pisemnej protokołu przekazania tereny budowy uznać więc należy za zastrzeżone przez ustawodawcę, pod rygorem dla osiągnięcia określonych skutków prawnych.

Jeżeli inwestor powierza wykonanie tylko części prac wykonawcy, sam będąc organizatorem tych prac, ma wówczas miejsce tzw. przekazanie frontu robót. W takim przypadku wykonawca części prac odpowiada tylko za przekazaną część terenu budowy, która powinien być odpowiednio wyodrębniony i oznaczony w umowie i protokolarnie przejęty. Inaczej wygląda sytuacja, gdy wykonawca posługuje się podwykonawcami. W takim przypadku odpowiedzialność za szkody wynikłe na terenie budowy będzie uzależniona od powstałych powiązań prawnych (np. inaczej może się ona kształtować w odniesieniu do szkód wyrządzonych inwestorowi, wykonawcy i osobom trzecim).

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Sądu Najwyższego art. 652 K.c. nie stanowi samodzielnej podstawy odpowiedzialności, lecz jest odesłaniem w tym zakresie do zasad ogólnych (wyrok SN z 18 marca 1971 r., sygn. akt I CR 6/71). W ocenie sądu art. 652 K.c., regulując odpowiedzialność wykonawcy, odsyła w zakresie jej podstaw do zasad ogólnych, a więc w przypadku szkód wyrządzonych osobom trzecim - do zasad odpowiedzialności za czyny niedozwolone (art. 415 i nast. K.c.). Do przyjęcia zatem odpowiedzialności wykonawcy za szkodę nie wystarcza powołanie się na art. 652 K.c., ponieważ niezbędne jest stwierdzenie, jak zasada odpowiedzialności deliktowej - ze względu na okoliczności konkretnego przypadku - ma miejsce.

W wyroku z 29 kwietnia 1981 r. (sygn. akt IV CR 121/81), Sąd Najwyższy nie przyjął zasady współodpowiedzialności inwestora i wykonawcy za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym przez wykonawcę osobie trzeciej przy wykonywaniu robót budowlanych zleconych przez tego inwestora. Nie istnieje ogólna zasada współodpowiedzialności inwestora i wykonawcy za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym przez wykonawcę osobie trzeciej przy wykonywaniu robót budowlanych zleconych przez inwestora, ponieważ brak jest jakiegokolwiek przepisu, który by odpowiedzialność taką wprowadził.



Do decyzji zamawiającego należy uznanie, które warunki udziału w postępowaniu powinny zostać potwierdzone dokumentami, a które wyłącznie oświadczeniami wykonawców.

Czy w sytuacji, gdy zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia jest obowiązany żądać dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 Pzp?

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że w postępowaniu zamawiający zaniechał żądania następujących dokumentów:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;

3) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się zamówienia publiczne;

4) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 Pzp;

5) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp;

6) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że powyższe dokumenty są składane przez wykonawców na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, a zatem są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu żądał przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1, 2, 3, 4 i 10 rozporządzenia, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 Pzp. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w kontrolowanym postępowaniu zarówno ogłoszenie o zamówieniu jak i specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierały pełnego katalogu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia określonych przez zamawiającego tj. w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz w art. 24 ust. 5 Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaniechanie w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 5 pkt 1, 5-9 rozporządzenia.

Odmienne stanowisko wyraziła natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 26 maja 2017 r., KIO/KU 20/17.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „z art. 25 ust. 1 Pzp nie wynika także, aby Zamawiający nie mógł dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Co więcej, uchylony został art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający żąda od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym Zamawiający ma możliwość oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu także na podstawie oświadczeń wykonawców, bez względu na wartość zamówienia. Wskazuje na powyższe aktualne brzmienie art. 26 ust. 1 zdanie 1 Pzp zgodnie z którym: „1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Podobna regulacja dotyczy zamówień których wartość nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający wskazywał, że dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postepowaniu w zakresie art. 24 ust. 5 Pzp na podstawie oświadczeń. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak jest podstaw do stwierdzenia, aby powyższe stanowiło naruszenie któregokolwiek z przepisów ustawy. Brak jest także podstaw do uznania, że zamawiający nie był uprawniony do dokonania takiej oceny.

Ponadto zamawiający wyjaśnił, że w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, nie ma wymogu, aby zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia wszystkich wymienionych tam dokumentów łącznie. Tym samym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w okolicznościach niniejszej sprawy, zamawiający uprawniony był do dokonania oceny spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 Pzp w oparciu o wskazane w specyfikacji istotnych warunków dokumenty. Do decyzji zamawiającego należało uznanie, które warunki udziału w postępowaniu powinny zostać potwierdzone dokumentami, a które wyłącznie oświadczeniami wykonawców. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w stanie faktycznym nie można było uznać, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 5 pkt 1, 5-9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp nie ogranicza bowiem zamawiającego w zakresie żądania określonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi jedynie wskazanie, że zamawiający nie może rozszerzyć katalogu dokumentów (ponad to, co jest niezbędne do oceny warunków udziału w postępowaniu oraz wynika z rozporządzenia).



Naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu na dostawy autobusów

Zdaniem Prezesa UZP o nieprawidłowości stanowiska Zamawiającego świadczy to, że przyjęty sposób oceny doświadczenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca, który wykonał w ramach swojej działalności wyłącznie 3 dostawy po 5 sztuk autobusów ma większe doświadczenie niż wykonawca, który wykonał jedną dostawę, np. na 100 sztuk autobusów lub kilkanaście / kilkadziesiąt dostaw autobusów, ale żadna z nich nie obejmowała min. 5 sztuk autobusów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (w skrócie „Prezes UZP") przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę fabrycznie nowych autobusów

niskopodłogowych dla potrzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w B-B. obejmującą trzy zadania, finansowanego z środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Regionalny Program Operacyjny (…).

W toku kontroli Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na określeniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudniający uczciwą konkurencję warunku udziału w postępowaniu dla części 2 przedmiotu zamówienia obejmującej sukcesywną dostawę 38 sztuk autobusów o długości ok. 12 m. (autobusów MAXI-dwunastometrowych). Stwierdzone naruszenie dotyczy opisu oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia koniecznego do zbadania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. wykonania określonej liczby autobusów.

Zamawiający dla części 2 zamówienia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia opisał następująco:

„Wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują (w przypadku dostaw okresowych lub ciągłych) dostawy fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej z silnikami o zapłonie samoczynnym (ON) spełniającymi normę czystości spalin Euro 6, w ilości minimum: (…)

Zadanie Nr 2 - co najmniej trzy dostawy po min. 5 szt. autobusów MAXI - dwunastometrowych każda dostawa.”.

W wyniku kontroli Prezes UZP uznał, że bez znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy jest kwestia badania ilości dostaw, w ramach których dana liczba autobusów została dostarczona, czy też badanie ilości autobusów w jednej dostawie. O wiedzy i doświadczeniu wykonawcy świadczy bowiem tylko i wyłącznie łączna liczba wykonanych autobusów spełniających wszystkie wymagania zamawiającego.

W ocenie Prezesa UZP sam proces dostawy (ilość dostaw jak i wielkości partii) nie są na tyle skomplikowaną czynnością, aby koniecznym był badanie zdolności wykonawcy pod kątem zdolności wykonania określonej liczby dostaw.

Prezes UZP zwrócił również uwagę, że udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający odmówił możliwości wykazania się 1 dostawą obejmującą łącznie 15 sztuk autobusów, co wyjaśniał w toku kontroli oczekiwaniem, aby wykonawcy wykazali posiadanie zdolności do rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania zamówienia. W ocenie Prezesa UZP wykonawca, który zrealizowałby co najmniej 15 sztuk autobusów, np. w ramach dwóch dostaw nie daje mniejszej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się wykonaniem min. 5 sztuk autobusów w ramach każdej z co najmniej 3 dostaw.

Zdaniem Prezesa UZP o nieprawidłowości stanowiska Zamawiającego świadczy to, że przyjęty sposób oceny doświadczenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca, który wykonał w ramach swojej działalności wyłącznie 3 dostawy po 5 sztuk autobusów ma większe doświadczenie niż wykonawca, który wykonał jedną dostawę, np. na 100 sztuk autobusów lub kilkanaście / kilkadziesiąt dostaw autobusów, ale żadna z nich nie obejmowała min. 5 sztuk autobusów.

Umiejętność jednorazowego wykonania i dostarczenia dużej liczby pojazdów może pozytywnie świadczyć o możliwościach produkcyjnych i organizacyjnych takiego wykonawcy, a w dalszej kolejności - również możliwościach serwisowych.

W uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r., KIO/KU 51/16, Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa UZP. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oceny warunku wiedzy i doświadczenia należało dokonać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., XII Ga 211/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całokształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia „proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny" używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny.

Uznając stanowisko Prezes UZP za zasadne, Krajowa Izba Odwoławcza w całości podzieliła argumentację prezentowaną w informacji o wyniku kontroli, jak i stanowisku złożonym w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego. W szczególności, Izba przychyla się do przykładów faktycznie większego doświadczenia wykonawcy, który zrealizował w sposób należyty jedną dużą dostawę (np. 15 sztuk lub więcej), a które nie byłoby uznane przez Zamawiającego, jako potwierdzające konieczne do wykonania zamówienia wiedzę i doświadczenie.

Linki do uchwały KIO/KU 51/16:

Uchwała z dnia 10 sierpnia 2016 r., KIO/KU 51/16 >>>

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0051.pdf >>>

https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0018/32463/uchwala-KIOKU5116.pdf >>>



Odwrócony mechanizm rozliczania podatku VAT w zamówieniach publicznych

Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a Pzp, konkretyzuje się więc w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie mają podstaw do składania informacji „pozytywnej' - zawierającej wszystkie wymagane elementy, a więc nie tylko samo oświadczenie, że taki obowiązek powstaje, ale także nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania.

Analizując treść przepisu art. 91 ust. 3a Pzp regulującego powyższe kwestie na gruncie prawa zamówień publicznych stwierdzić należy, iż zasada odwróconego mechanizmu rozliczania podatku VAT dokonuje zmiany procedury wykazywania VAT w wystawianej zamawiającemu przez wykonawcę fakturze oraz jego rozliczania. Natomiast w żaden sposób nie zmienia zasad procedury badania i oceny ofert przez zamawiającego. Z art. 91 ust. 3a Pzp wynika także, iż wykonawca składając ofertę podaje cenę oferty bez podatku VAT. Nawiązując do ustalonych zasad podawania ceny ofertowej przy stosowaniu zasady fakturowej, podkreślić należy iż wykonawca podając cenę w ofercie wskazuje: cenę netto, stawkę podatku VAT, kwotę podatku VAT i kwotę brutto.

Przy odwróconym mechanizmie rozliczania podatku VAT wykonawca zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp nie podaje dwóch ostatnich kwot. Jednakże podanie tych kwot nie może stanowić błędu w obliczeniu ceny i skutkować odrzuceniem takiej oferty, pod warunkiem że została zastosowana właściwa stawka podatku i umożliwiło to zamawiającemu dokonanie oceny ofert zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uznanie za prawidłową, ceny z błędnie podaną stawką VAT, narusza nie tylko przepisy prawa, ale także interesy innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do uchybienia zasadom równego traktowania uczestników postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i zaprzecza regułom uczciwej konkurencji.

Zamawiający dokonując oceny ofert, w tym i prawidłowości ustalenia ceny ofertowej, powinien znać kwotę netto oraz stawkę podatku VAT jaka według wykonawcy powinna znaleźć zastosowanie w zakresie danego zamówienia.

Przepis art. 91 ust. 3a Pzp nie stanowi zmiany w zakresie badania ceny oferty, jednakże dla przejrzystości rozliczania VAT ustala zasadę, że w przypadku odwróconego mechanizmu VAT wyliczony kwotowo podatek występuje tylko po

stronie płatnika podatku, czyli zamawiającego - stanowiąc, że zamawiający do otrzymanej faktury z podaną kwotą netto dolicza prawidłową kwotę podatku VAT.

W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy także, że w przypadku kryterium oceny, jakim jest cena, dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, a zatem kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego też niezbędne jest wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT jaki zamawiający w przypadku odwróconego mechanizmu VAT winien doliczyć do podanej ceny netto. Potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lutego 2005 r. V Ca 2981/04 zgodnie z którym „pod pojęciem „ceny" należy na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert".

Aby móc dokonać porównania cen ofert zamawiający powinien znać stawkę podatku VAT, by ustalić wielkość tego podatku dla ustalenia ceny oferty danego wykonawcy. Właściwe ustalenie w ofercie przez wykonawcę stawki VAT odnoszącej się do konkretnego przedmiotu zamówienia podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. To zamawiający, niezależnie od procedury rozliczania podatku VAT jest odpowiedzialny za prawidłowe udzielenie zamówienia publicznego, mając także na względzie porównywalność ofert złożonych w postępowaniu. Zauważyć należy, że art. 91 ust. 3a Pzp. kształtuje cenę w znaczeniu funkcjonalnym, ponieważ do ceny nakazuje dodać VAT rozliczany przez zamawiającego. Pozwala więc na obliczenie rzeczywistych wydatków zamawiającego związanych z danym zamówieniem. Do obowiązków wykonawcy składającego ofertę, w zakresie ceny należy podanie kwoty netto i stawki podatku VAT, natomiast zamawiającego obciąża obliczenie i rozliczenie z organem skarbowym tego podatku.

(zob. wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., KIO 1462/17)

Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego

Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Z treści przepisu art. 91 ust. 3a Pp wynika, że o istnieniu obowiązku informacyjnego, którego niespełnienie można by oceniać, jako uchybienie po stronie wykonawcy (nie skutkujące jednak automatycznym odrzuceniem oferty), można mówić dopiero

wtedy, gdy rzeczywiście złożona oferta wywołuje po stronie zamawiającego skutki podatkowe (a wykonawca o tym nie informuje, choć powinien).

Obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z art. 91 ust. 3a Pzp występuje w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku brak jest podstaw do składania przez wykonawcę informacji „pozytywnej" - zawierającej informacje, o których mowa w art. 91 ust. 3a. Przepis art. 91 ust. 3a Pzp ma charakter informacyjny i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego (zob. wyroki z dnia 17 września 2015 r., KIO 1966/15, z dnia 13 listopada 2015 r., KIO 2362/15, z dnia 20 listopada 2015 r., KIO 2432/15). W wyroku z dnia 25 kwietnia 2016 r., KIO 507/16; KIO 508/16; KIO 516/16, zwrócono uwagę, że „Zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty. Upatrywanie się w tym zakresie podstaw do niezgodności oferty z ustawą czy niezgodności ze specyfikacją, tym bardziej, gdy w tej sprawie takiej niezgodności w ogóle nie ma, jest chybione, cechuje się przy tym nieuzasadnionym formalizmem.".

Nie stanowi podstawy odrzucenia oferty niewłaściwe wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego dotyczącej ciążącego na wykonawcy obowiązku poinformowania zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT (zob. wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r., KIO 162/16; KIO 164/16; KIO 167/16; KIO 172/16).

Brak jest możliwości nałożenia sankcji odrzucenia oferty w przypadku braku wypełnienia obowiązku informacyjnego określonego w art. 91 ust. 3a Pzp, wskazano m.in. wyrokach z dnia 17 września 2015 r., KIO 1966/15[2], z dnia 13 listopada 2015 r., KIO 2362/15[3], z dnia 20 listopada 2015 r., KIO 2432/15[4], z dnia 11 grudnia 2015 r., KIO 2555/15[5], z dnia 10 marca 2017 r., KIO 339/17[6]).

---

[2] *„To na zamawiającym spoczywa obowiązek, w celu dokonania oceny ofert poprawienia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług."*

[3] *„Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty"*

[4] *„Przepis art. 91 ust. 3a ustawy Pzp ma charakter jedynie informacyjno-pomocniczy i nie wpływa na ostateczne ukształtowanie obowiązku podatkowego. Ponadto nie ma wpływu na samo wykonanie zamówienia, nie stoi także na przeszkodzie, aby Zamawiający uzyskał zamawiany przedmiot zamówienia"*

[5] *„Oświadczenie nie stanowi treści oferty mającej wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast jest elementem oferty i zdaniem Izby mieści się w szerokim określaniu treści oferty, wskazanej w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp. Ma ono zastosowanie do ustalenia, kto w postępowaniu nabywcą zamówienia czy jego wykonawca będzie obciążony obowiązkiem w podatku VAT. Oświadczenie o powstaniu obowiązku podatkowego u Zamawiającego nie jest oświadczeniem woli na temat sposobu realizacji zamówienia, nie ma także wpływu na realizację przedmiotu zamówienia."*

[6] *Odrzucenie zatem oferty, której wybór nie prowadzi do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego z tego względu, że składający ją wykonawca nie złożył informacji o tym właśnie, że wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego jest sprzeczne z ustawą z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tak np. KIO 914/16). Nadto wskazuje się w*



Czy będzie naruszeniem przepisów Pzp zamieszczenie na stronie internetowej SIWZ w dniu 27 grudnia, jeżeli ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia?

Dodatkowo w przedmiotowym stanie faktycznym dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przypadał na 24 grudnia 2016 r., czyli Wigilię, zatem w dzień, w którym w szczególności trudno wymagać od pracowników świadczenia pracy, która nie wymaga natychmiastowego wykonania.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał m. in. na naruszenie Pzp poprzez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia 27 grudnia 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2016 r., co stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadził kontrolę prowadzonego przez zamawiającego zamówienia publicznego na dostawę podkładów strunobetonowych (…).

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał m. in. na naruszenie Pzp poprzez udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia 27 grudnia 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2016 r., co stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Pzp.

orzecznictwie, że omyłkowe, a nawet niewłaściwe, wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego związane z wykonaniem ciążącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie Zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 91 ust. 3a Pzp) nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.

W ramach tego naruszenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej stwierdził, że ogłoszenie o kontrolowanym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r., natomiast specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie internetowej od dnia 27 grudnia 2016 r. do dnia 24 lutego 2017 r. Tymczasem, zgodnie z art. 42 ust. 1 Pzp 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. Udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia 27 grudnia 2016 r., mimo publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2016 r., stanowi naruszenie art. 42 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszenia.

Zamawiający przyznał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2016 r., oraz że udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia 27 grudnia 2016 r. do dnia 24 lutego 2017 r.

Zamawiający zwrócił jednak uwagę, że dzień 24 grudnia 2016 r. przypadał w sobotę, a dwa kolejne dni były dniami wolnymi od pracy zgodnie z ustawą z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy, zatem termin, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pzp przypadał w dniu 27 grudnia 2016 r. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że takie stanowisko wynika z art. 14 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Zatem działanie Zamawiającego było zgodne z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 ww. Pzp.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Zdaniem Prezesa UZP konstrukcja art. 42 ust. 1 Pzp, w tym zwłaszcza sposób określenia terminu na dokonanie czynności prawnej, jaką jest udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej powoduje, że w zaistniałej sytuacji art. 14 ust. 2 Pzp nie znajduje zastosowania. W przywołanym przepisie mowa bowiem o końcu terminu do wykonania czynności, co oznacza, że dotyczy terminu rozumianego jako okres (odcinek czasu) określony pewną liczbą jednostek czasu. Ww. przepis ma zatem zastosowanie do terminów, które zakreślają ramy czasowe wykonania jakiejś czynności. Analogiczny przepis znajduje się w art. 115 k.c., zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Zgodnie z 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei w art. 110 k.c. wskazano, że jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu państwowego albo czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe, w tym m.in. art. 115 k.c.

Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych art. 42 ust. 1 Pzp wskazując termin będący konkretnym punktem czasowym, tj. stanowiąc, że specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wprost określa, że specyfikacja powinna być udostępniona na stronie internetowej w tym samym dniu, w którym opublikowano ogłoszenie o zamówieniu. Należy zatem uznać, że w powyższym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych oznaczono ww. termin i określono sposób jego obliczania.

Uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w określonym w art. 42 ust. 1 Pzp terminie może utrudniać wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Każdy dzień zwłoki w publikacji specyfikacji na stronie internetowej w praktyce może wpływać na złożenie oferty, gdyż skraca czas, np. na kalkulację ofertową czy konsultacje z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami. Ponadto, brak publikacji specyfikacji w określonym ustawowo terminie ma wpływ również na ograniczenie czasu przeznaczonego dla wykonawców na składanie wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, aby zapobiec ograniczeniu konkurencji w powyższy sposób ustawodawca w art. 42 ust. 1 Pzp precyzyjnie wyznaczył termin na dokonanie czynności udostępnienia specyfikacji na stronie internetowej. Powyższy termin został bezpośrednio powiązany z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu i w przypadku procedur „unijnych” wyznaczony został „od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że brzmienie art. 42 ust. 1 Pzp jest jasne i jednoznaczne i wynika z niego wprost, że dniem, w którym zamawiający powinien zamieścić specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej (wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu), jest dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Istnienie takiego obowiązku zamawiającego nie było też sporne pomiędzy Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych a Zamawiającym.

Realizacja tego obowiązku napotyka jednak trudności praktyczne, gdy ogłoszenie o zamówieniu zostanie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dzień nie będący dniem roboczym zamawiającego - najczęściej to sobota lub dzień ustawowo wolny od pracy. O ile bowiem zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych następuje bezpośrednio przez zamawiającego, zatem może on dzień owej publikacji dowolnie wybrać, o tyle dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest ustalany przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej (art. 11 ust. 1 pkt 2 i ust. 7a Pzp).

Z praktyki wynika, że kolejne numery Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej wydawane są również w soboty oraz w dzień ustawowo wolny od pracy w Polsce, nie będący równocześnie dniem wolnym od pracy w kraju siedziby Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. W opinii Zamawiającego w takim wypadku ma zastosowanie art. 14 ust. 2 Pzp, który stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, z którym to stanowiskiem nie zgadza się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych art. 14 ust. 2 Pzp dotyczy wyłącznie terminu rozumianego jako okres (odcinek czasu) określony pewną liczbą jednostek czasu, ma zatem zastosowanie do terminów, które zakreślają ramy czasowe wykonania jakiejś czynności.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku terminu wskazanego w art. 42 ust. 1 Pzp, określono w nim bowiem okres (odcinek czasu), przypisując mu daną liczbę jednostek czasu zakreślających ramy czasowe dokonania czynności zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Jest to dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Cechą specyficzną tego okresu jest to, że obejmuje on wyłącznie jeden dzień - jednak termin ten ma swój początek i koniec (początek i koniec dnia kalendarzowego).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma przeszkód prawnych, by do art. 42 ust. 1 Pzp stosować regułę wskazaną w art. 14 ust. 2 Pzp, tj. jeśli koniec terminu (dnia) na udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin na zamieszczenie specyfikacji upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że niezależnie od istnienia regulacji art. 14 ust. 2 Pzp (przed nowelizacją z 2016 r. takiego przepisu nie było, jednak specyfikacje istotnych warunków zamówienia zamieszczane były przez zamawiających na podobnej zasadzie - pierwszego dnia roboczego i praktyka ta nie była ogólnie kwestionowana), jest to jedyne pragmatyczne (w znaczeniu: „oparte na logicznym związku rzeczy, na przyczynowych związkach wydarzeń") rozwiązanie. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że każdy bowiem przepis, nawet literalnie jasny, należy odczytywać i interpretować z uwzględnieniem zasad racjonalności i życiowego doświadczenia,

a także celu i możliwości spełnienia wskazanego w nim obowiązku. W ramach zamówień publicznych dodatkowo też przez pryzmat naczelnych zasad, które są realizowane przez pozostałe przepisy Pzp, czyli zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła również, że z racjonalnego punktu widzenia bowiem (niezależnie nawet od zakazów wynikających z prawa pracy), nadmiernym obciążeniem zamawiających byłoby żądanie od nich, by wymagali od swoich pracowników stawiania się w pracy w soboty lub dni ustawowo wolne od pracy w celu zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Najczęściej są to dni wolne od pracy również u wykonawców, zatem w większości nie wyszukują oni ogłoszeń ani nie rozpoczynają sporządzania ofert już w tym dniu. Dodatkowo w przedmiotowym stanie faktycznym dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przypadał na 24 grudnia 2016 r., czyli Wigilię, zatem w dzień, w którym w szczególności trudno wymagać od pracowników świadczenia pracy, która nie wymaga natychmiastowego wykonania.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej działaniu, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczana jest dnia następnego po dniu/dniach wolnych od pracy, następujących po publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie można również zarzucić naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania - wszyscy wykonawcy otrzymali możliwość zapoznania się ze specyfikacją w tym samym momencie i na równych zasadach dostępności, mieli również odpowiedni czas na przygotowanie oferty (od 27 grudnia 2016 r. do 24 lutego 2017 r. - termin składania ofert).

WARTO WIEDZIEĆ O TYM, ŻE ...

Nie można uznać za nieprzewidywalne działania lub zaniechania organów publicznych w przypadku, gdy realizacja danego zamówienia uzależniona jest od spełnienia pewnych dodatkowych obowiązków, np. uzyskania pozwolenia lub zatwierdzenia przez inne organy publiczne, które mogą również wyznaczyć termin realizacji zamówienia >>>

Wniesienie odwołania w postępowaniu lub unieważnienie postępowania nie są sytuacjami nadzwyczajnymi i z całą pewnością możliwymi do przewidzenia przez zamawiającego >>>



Rozbieżność poglądów, co do skuteczności wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Czytaj więcej >>>

Wniesienie przez wszystkich wykonawców wadium w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego, który został wcześniej zamknięty nie stanowi podstawy unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp

Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2015 r. zgodnie art. 93 ust. 3 pkt 2 Pzp zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jako podstawę prawną podał art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności podał następujące okoliczności.

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 1 Pzp zamawiający zażądał wniesienia przez wykonawców wadium w kwocie 50 tysięcy złotych. W części VIII ust. 3 SIWZ zamawiający poinformował, że wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem na rachunek zamawiającego w Banku (..). Jak później okazało się to rzeczywiście Bank (…) prowadzi rachunek zamawiającego. Jednak podany numer rachunku w Banku nie istnieje. Podany rachunek to rachunek, który zamawiający posiadał w innym banku do dnia 31 grudnia 2014 r., był to rachunek depozytowy.

Wszyscy wykonawcy jak później się okazało jeden dzień przed upływem terminu składania ofert to jest w dniu 4 maja 2015 r. dokonali przelewu na wskazany rachunek. W dniu otwarcia ofert pracownik jednego z oferentów

poinformował telefonicznie zamawiającego, że dyspozycja jego banku nie została zrealizowana z powodu zamknięcia rachunku o wskazanym numerze w Specyfikacji.

Jak zamawiający poinformował, na dzień składania ofert nie posiadał żadnego opłaconego wadium przez oferentów, którzy złożyli jemu oferty.

Zamawiający przyznał, że w zaistniałej sytuacji nie mógł wykluczyć wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 (w obowiązującym stanie prawnym - art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp) Pzp to jest z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert, ponieważ błąd leży po stronie zamawiającego a wykonawcy postąpili zgodnie z postanowieniami Specyfikacji. Niezaprzeczalnym faktem jest, że wykonawcy nie wnieśli wadium co uniemożliwia zamawiającemu korzystanie z instrumentów prawnych przewidzianych w art. 45 i 46 Pzp. Niemożliwa do usunięcia wada powoduje, że zamawiający nie może dokonać pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania to jest wyboru oferty i zawarcia umowy zgodnie z przepisami ustawy pzp. Mając powyższe na uwadze zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnia postępowanie.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2015 r., KIO 994/15 uznała, że brak było podstawy do unieważnienia postępowania i odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności w których zamawiający unieważnił postępowanie w sprawie są bezsporne i sprowadzają się do wskazania błędnego numeru rachunku bankowego w Specyfikacji (SIWZ).

Na nieprawidłowo podany rachunek bankowy wykonawcy mieli dokonywać wpłaty na rzecz wadium, w przypadku jego wnoszenia w pieniądzu. Powyższe fakty pomiędzy stronami są bezsporne niemniej skutki prawne z nich wynikające zamawiający jak i odwołujący oceniają przeciwnie. Zamawiający uznał te okoliczności za stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania, czemu sprzeciwił się odwołujący wnosząc w niniejszej sprawie odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, że zarówno w piśmie z dnia 6 maja 2015 r. do wykonawców w sprawie unieważnienia postępowania jak i w toku postępowania odwoławczego, jednoznacznie stawiał sprawę co do jego odpowiedzialności za brak możliwości wykonania przelewu na podane w SIWZ konto bankowe. Przy czym w ocenie zamawiającego nie było możliwe kontynuowanie postępowania przetargowego a tylko jego unieważnienie. Jako powód unieważnienia postępowania w ww. piśmie, zamawiający podał, że nie będzie mógł w praktyce korzystać z dyspozycji zawartych art. 45 i 46 ustawy („Niezaprzeczalnym jest jednakże, iż wykonawcy nie wnieśli wadium a zamawiający w takich okolicznościach nie może korzystać z narzędzi związanych z instytucją wadium określonych w art. 45-46 ustawy P.z.p. Niemożliwa do usunięcia wada postępowania powoduje, iż zamawiający nie może dokonać pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania, tj. wyboru oferty i zawarcia umowy

zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.”). Ta sytuacja i jej ocena doprowadziła zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający słusznie doszedł do przekonania, że brak wpłaty wadium na dzień składania ofert stanowi wadę nieusuwalną na ten dzień w myśl przepisów ustawy co do obowiązku zabezpieczenia oferty wadium. Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „ta nieusuwalna wada na dzień upływu terminu składania ofert nie powoduje braku możliwości zawarcia w tym postępowaniu umowy niepodlegającej unieważnieniu”

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Zacytowany powyżej jak i przywołany w piśmie zamawiającego o unieważnieniu postępowania przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy składa się z dwóch dyspozycji, które muszą zaistnieć jednocześnie aby postępowanie podlegało unieważnieniu. Pierwszą dyspozycję przepisu stanowi okoliczność, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. W zawisłej sprawie taką okoliczność stanowi to, że zamawiający uniemożliwił wniesienie wadium przed upływem terminu składania ofert, podając w SIWZ nieprawidłowy numer rachunku bankowego na który można dokonać wpłaty kwoty stanowiącej równowartość wadium. Wada ta jest faktycznie nieusuwalna, ponieważ termin składania ofert upłynął a wykonawcy z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego nie wnieśli w terminie wadium dokonując przelewu wymaganej kwoty na zamknięty rachunek zamawiającego i otrzymując zwrot kwoty zabezpieczającej wadium. Niemniej drugą wymaganą okolicznością do unieważnienia postępowania jest to, że wada w tym przypadku brak wadium powoduje, iż umowa zawarta w takich okolicznościach będzie podlegała unieważnieniu. Przy czym okoliczności, w których umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu są enumeratywnie wyliczone w art. 146 ust. 1 ustawy i nie ma w nim takiej przesłanki unieważnienia jak brak wniesienia wadium na dzień, w którym upływa termin składania ofert (art. 45 ust. 3 wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert). (…)

W tym stanie rzeczy wśród okoliczności powodujących unieważnienie umowy a powyżej wymienionych, do których odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp ustawy nie znajduje się okoliczność nie wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. Owszem jest to dyskomfortowa sytuacja dla zamawiającego, jeżeli wybrany wykonawca odmówi zawarcia umowy niemniej sytuacja ta nie ma wpływu na możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadium służy dyscyplinie wykonawców i zabezpieczeniu interesu finansowego zamawiającego jako organizatora przetargu ponoszącego jego koszty ale nie decyduje o ważności składanych ofert i możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.”

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

Wydawca:

JÓZEF EDMUND NOWICKI

CONEXIS ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

www.conexis.pl