

Nr 15-16, marzec – kwiecień 2019 r.

Newsletter

Prawa zamówień publicznych

Zawsze profesjonalnie
o zamówieniach publicznych

wPrzetargach.pl

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

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

Spis treści

- 4** Wejście w życie ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym
- 8** Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne
- 27** Jan należy dokonywać oceny, czy kara umowna jest rażąco wygórowana?
- 32** Czy każdy członek komisji przetargowej jest obowiązany złożyć pisemne oświadczenie o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp?
- 38** Cel uzasadnienia faktycznego i prawnego zawartego w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty
- 43** Oferta podpisana z użyciem SHA-1 jest ważna i nie podlega odrzuceniu
- 47** Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, gdy odbiór odpadów musi być usługą, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony
- 55** Czy utrata gwarancji może być podstawą udzielenia zamówienia z wolnej ręki?
- 60** Czy zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego poprzez naruszenie zasady swobody umów, powoduje samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców?
- 62** Czy niewykonanie przez wykonawcę zawartej umowy może być uznane za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć?
- 64** Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przesłanki jednego wykonawcy
- 69** Czy uchylenie się od zawarcia umowy stanowi wykroczenie zawodowe, któremu można przypisać charakter poważny i zawiniony oraz

podważający uczciwość wykonawcy?

- 73** Czy powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyście wykonuje umowę, mogą wynikać z okoliczności leżących po stronie zamawiającego?
- 75** Czy można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu?
- 78** Czy wprowadzenie waloryzacji umownej może wyłączać stosowanie art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.?
- 84** Czy określenie przez zamawiającego dwóch różnych terminów związania ofertą będzie podstawą unieważnienia postępowania?
- 86** Co oznacza użyte w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „nieobjęte zamówieniem podstawowym”?
- 89** W jakich przypadkach zamawiający może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego będącego przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane?
- 93** Czy w przypadku podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, zamawiający może żądać podwyższenia kwoty wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy?

Wejście w życie ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym

W dniu 18 października 2019 r. weszła w życie ustawa z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. poz. 2191).

Ustawa wdraża dyrektywę 2014/55/UE, której głównym celem jest usunięcie bądź ograniczenie barier dla handlu transgranicznego, wynikających ze współistnienia wielu wymogów prawnych i norm technicznych dotyczących fakturowania elektronicznego oraz braku ich interoperacyjności.

Dyrektywa 2014/55/UE ma zastosowanie do faktur elektronicznych wystawianych w związku z realizacją zamówień, do których stosuje się dyrektywę 2009/81/WE, dyrektywę 2014/23/UE, dyrektywę 2014/24/UE lub dyrektywę 2014/25/UE.

Dyrektywa 2014/55/UE nie ma natomiast zastosowania do faktur elektronicznych wystawianych w związku z realizacją zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2009/81/WE, w przypadku gdy zamówienie i jego realizacja określone są jako tajne lub jeżeli muszą im towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim, oraz pod warunkiem, że dane państwo

członkowskie stwierdziło, że odnośnych podstawowych interesów nie można zagwarantować przez mniej inwazyjne środki.

Zapewniając interoperacyjność semantyczną oraz zwiększając pewność prawa, niniejsza dyrektywa będzie sprzyjać upowszechnianiu fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych, umożliwiając tym samym państwom członkowskim, instytucjom zamawiającym, podmiotom zamawiającym i wykonawcom wytworzenie istotnych korzyści z punktu widzenia oszczędności, oddziaływania na środowisko i zmniejszenia obciążeń administracyjnych. Korzyści płynące z fakturowania elektronicznego są maksymalizowane, gdy generowanie, wysyłanie, przesyłanie, odbiór i przetwarzanie faktury mogą zostać całkowicie zautomatyzowane. Z tego względu wyłącznie faktury odczytywane maszynowo, które mogą być przetwarzane automatycznie i cyfrowo przez odbiorcę, powinny być uznawane za zgodne z normą europejską dotyczącą fakturowania elektronicznego.

Zwykłego pliku graficznego nie powinno się uznawać za fakturę elektroniczną na użytek dyrektywy 2014/55/UE.

Celem interoperacyjności jest umożliwienie przedstawiania i przetwarzania informacji w spójny sposób pomiędzy systemami biznesowymi, niezależnie od wykorzystywanych przez nie technologii, aplikacji lub platform. Pełna interoperacyjność oznacza zdolność do współdziałania na trzech różnych poziomach: pod względem treści faktury (aspekt semantyczny), stosowanego formatu lub języka (aspekt syntaktyczny) i metody przesyłania. Interoperacyjność semantyczna oznacza, że faktura elektroniczna zawiera określoną ilość wymaganych informacji oraz że dokładne znaczenie wymienianych informacji jest

zachowane i rozumiane jednoznacznie, niezależnie od sposobu, w jaki są one fizycznie przedstawiane lub przesyłane. Interoperacyjność syntaktyczna oznacza, że elementy danych faktury elektronicznej są przedstawione w formacie, który może być przedmiotem bezpośredniej wymiany między nadawcą a odbiorcą i który może być automatycznie przetwarzany. Interoperacyjność syntaktyczną można zapewnić w dwojaki sposób, mianowicie poprzez zastosowanie wspólnej syntaktyki lub poprzez mapowanie między różnymi syntaktykami.

Ustawa o elektronicznym fakturowaniu określa przesyłanie faktur elektronicznych zgodnie z dotyczącą fakturowania normą europejską EN-16931-1:2017, do której odniesienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przez Komisję Europejską na podstawie przepisu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2014/55/UE w decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2017/1870.

Przepisy ustawy o elektronicznym fakturowaniu stosuje się do przesyłania między wykonawcami a zamawiającymi ustrukturyzowanych faktur elektronicznych oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawa o elektronicznym fakturowaniu określa zasady przesyłania drogą elektroniczną ustrukturyzowanych faktur elektronicznych oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych związanych z realizacją zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno-prywatnego za pośrednictwem systemu teleinformatycznego (zwanego dalej „platformą”) oraz zadania

ministra właściwego do spraw gospodarki związane z funkcjonowaniem platformy i warunki powierzania tych zadań innym podmiotom.

Ustrukturyzowaną fakturą elektroniczną jest spełniająca wymagania umożliwiające przesyłanie za pośrednictwem platformy faktura elektroniczna, o której mowa w art. 2 pkt 32 ustawy VAT.

Zgodnie z art. 2 pkt 32 ustawy VAT fakturą elektroniczną jest faktura w formie elektronicznej wystawiona i otrzymana w dowolnym formacie elektronicznym.

Innym ustrukturyzowanym dokumentem elektronicznym jest natomiast dokument elektroniczny inny niż ustrukturyzowana faktura elektroniczna, o którym mowa w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, spełniający wymagania umożliwiające przesyłanie za pośrednictwem platformy, związany z realizacją zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno-prywatnego.

Dokumentem elektronicznym, o którym mowa w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych.

Ustawa o elektronicznym fakturowaniu dotyczy procesu wykonywania zamówień publicznych, od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (bądź zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi) do ich wykonania, odebrania, a następnie wystawienia faktury.

Ustawa o elektronicznym fakturowaniu nakłada określone obowiązki na zamawiających i wykonawców przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu jej rozliczenia, zgodnie z ustawą VAT.

Przepisy ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych nie wymagają wprowadzenia zmian w przepisach Pzp i ustawy VAT.

Ustawa o elektronicznym fakturowaniu, Pzp i ustawa VAT tworzą spójną i wzajemnie uzupełniającą się regulację prawną w zakresie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych.

Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne

W opinii „Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne” Urząd Zamówień Publicznych uznał, że ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie pojęć: dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentu. Pierwsze z tych pojęć ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o informatyzacji. Drugie z nich, ma charakter funkcjonalny, i nabiera znaczenia dopiero w ściśle określonym kontekście. Od strony technicznej, elektroniczna kopia dokumentu spełniająca przesłanki

określone w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji, również stanowi dokument elektroniczny.”

Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Istotą dokumentów elektronicznych jest to, że stanowią one zbiory danych w postaci cyfrowej, które posiadają tę właściwość, iż na skutek ich powielenia powstaje nowy zbiór identycznych danych tożsamy z kopiowanym dokumentem. Inaczej ujmując, skopiowanie pliku powoduje, że powstaje nowy identyczny plik. Natomiast elektroniczna kopia dokumentu papierowego, stanowi graficzne odwzorowanie dokumentu papierowego. Dlatego też mówiąc o elektronicznej kopii dokumentu zasadniczo będzie to oznaczało graficzne odwzorowanie dokumentu pierwotnie sporządzonego w postaci papierowej.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Dla zobrazowania powyższego mogą posłużyć następujące dokumenty elektroniczne: skan referencji posiadanych przez wykonawcę oraz „skan oferty”. Skan referencji, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji. Opatrzanie tego zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan) w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest

także okoliczność, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem – wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem. To o takich sytuacjach faktycznych stanowi, przepis § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, który nie określa w jakich okolicznościach występuje w obrocie kopia dokumentu elektronicznego. Oznacza on jedynie, że jeżeli dany dokument elektroniczny funkcjonalnie będzie kopią (np.: skanem referencji) to opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem tego dokumentu elektronicznego (tutaj: tej elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia) za zgodność z oryginałem.”

Odnosząc powyższe do kwestii oferty, Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że należy mieć na względzie okoliczność, że stanowi ona oświadczenie woli, ponieważ zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „W perspektywie funkcjonalnej znaczenie będzie miało uwzględnienie kontekstu w jakim dochodzi do złożenia tego oświadczenia. Opatrując dokument elektroniczny kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych to jest złożenia oferty. Zatem w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać

elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. W takich okolicznościach bez znaczenia będzie uprzednie opatrzenie oferty sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem.”

Z perspektywy „technicznej” – Urząd Zamówień Publicznych uważa – że „zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Tym samym ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym a oferta przekazana zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 61 § 2 k.c.).”

Z opinii Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że o tym, czy skan dokumentu (także formularza oferty) opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, którego forma pisemna istnieje w rzeczywistości, będzie uznany za dokument elektroniczny, a nie elektroniczna kopie dokumentu, decyduje cel jego wystawienia i złożenia.

Ponieważ wykonawca składa skan formularz oferty opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jako oświadczenie woli w rozumieniu art. 65 § 1 k.c. (oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje), taki skan będzie dokumentem elektronicznym. Natomiast skan referencji opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji.

Na gruncie opinii Urzędu Zamówień Publicznych opatrzenie takiej zeskanowanej referencji przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan) w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest także to, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem – wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem.

We wnioskach końcowych Urząd Zamówień Publicznych stwierdził, że:

1. Ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny.
2. Nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci

papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. W każdym przypadku należy brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu.

3. W przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty.
4. Ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza przed wydaniem opinii „Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne”.

W wyroku z dnia 4 stycznia 2019 r., KIO 2611/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z art. 10 a ust. 5 Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a Pzp, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie natomiast z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w

sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę a/bo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a Pzp, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Odwołujący złożył zamawiającemu plik zatytułowany „oferta coar” w formacie pdf. Na plik ten składały się zeskanowane następujące dokumenty, w tym wypełniony formularz ofertowy i wypełniony formularz cenowy. Podkreślenia wymagało, że na skanach formularza ofertowego, cenowego i specyfikacji technicznej znajdował się zeskanowany podpis własnoręczny prezesa zarządu odwołującego. Na skanach pozostałych dokumentów znajdowała się zeskanowana adnotacja „za zgodność z oryginałem” wraz z zeskanowanym podpisem własnoręcznym prezesa zarządu odwołującego. Ustalono ponadto, że plik pdf został podpisany elektronicznie przez pana prezesa zarządu odwołującego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w tej sytuacji zamawiający prawidłowo ocenił, że tak sporządzona i złożona oferta podlegała odrzuceniu na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako sprzeczna z ustawą. Zgodnie bowiem z art. 10a ust. 5 Pzp, oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenie o którym mowa w art. 25a Pzp, w tym JEDZ sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla zachowania prawidłowej formy oferty nie wystarcza opatrzenie dokumentu w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazał także, że istotnym jest aby oferta została „sporządzona” w postaci elektronicznej. Słowo „sporządzenie” niewątpliwie należy odróżnić od słowa „złożenie”. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie „sporządzenie” należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia. Istotna jest zatem także pierwotna postać oferty. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że na takie rozumienie wskazują także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych wynika zatem, że wersję elektroniczną dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w innej formie niż elektroniczna, normodawca określa mianem „elektronicznej kopii posiadanego dokumentu”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej powyższej kwalifikacji nie zmienia opatrzenie tak stworzonej elektronicznej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Normodawca przesądził bowiem w ust. 2 przywołanego przepisu, że podpis ten należy traktować wyłącznie jako poświadczenie elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem. Na konieczność traktowania zeskanowanego dokumentu pisemnego jako elektronicznej kopii wskazują także zapisy uzasadnień do projektów aktów wykonawczych do ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia o zmianie rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej czytamy, że projektowane brzmienie § 5 ust. 1 i 2 jest przede wszystkim konsekwencją zmodyfikowanego (z dniem 18 października 2018 r.) brzmienia art. 10a ust. 5 Pzp, z którego będzie jednoznacznie wynikało, że nie wszystkie oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być sporządzane, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatrywane kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale jedynie te oświadczenia, o których mowa w art. 25a ustawy Pzp, w tym jednolity europejski dokument zamówienia.

Mając na względzie powyższe, projektuje się, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, ale w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy przy tym wyjaśnić, że pod pojęciem „elektronicznej kopii takiego oświadczenia lub dokumentu” będzie rozumiane wykonanie elektronicznego odwzorowania

oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego.

W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej zwrócono natomiast uwagę, że pojęcie „elektroniczna kopia dokumentu” występuje w polskim systemie prawa – posługuje się nim Kodeks postępowania administracyjnego w art. 220 § 3 i w takim rozumieniu posługuje się nim projektowane rozporządzenie.

A zatem przez elektroniczną kopię dokumentu należy rozumieć nie tylko każde, niezależnie od sposobu utrwalenia, powielenie całości treści dokumentu elektronicznego (w ślad za definicją legalną z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 971, z późn. zm.)), ale również wykonanie elektronicznego odwzorowania dokumentu papierowego, czyli skan dokumentu papierowego. Wreszcie również z uzasadnienia do projektu rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że projektuje się zatem, aby nie tylko dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, ale i oświadczenia, które nie zostały oryginalnie sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, ale w postaci dokumentu papierowego opatrzonego własnoręcznym podpisem, mogły być składane jako elektroniczna kopia takiego dokumentu lub oświadczenia, potwierdzona za zgodność z oryginałem kwalifikowanym

podpisem elektronicznym (vide: projektowany § 14 ust. 4 zdanie pierwsze).

Zatem w praktyce będzie to elektroniczne odwzorowanie oryginalnego oświadczenia lub dokumentu sporządzonego pierwotnie w postaci papierowej, czyli skan oświadczenia lub dokumentu papierowego, a następnie potwierdzenie za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Jak wynika z powyższego, normodawca wielokrotnie i konsekwentnie nazywał skan dokumentu stworzonego pierwotnie w formie pisemnej „elektroniczną kopią”, zaś złożony na tej kopii podpis – poświadczeniem kopii „za zgodność z oryginałem”.

Powyższe prowadziło do jednoznacznego wniosku, że sporządzona przez odwołującego elektroniczna kopia oferty nie była jej oryginałem. Istniała bowiem w naturze i w posiadaniu odwołującego oryginalna oferta sporządzona w wersji pisemnej i opatrzona własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie można było zgodzić się ze stanowiskiem, że stworzenie oferty w postaci papierowej i podpisanie jej własnoręcznym podpisem prezesa zarządu odwołującego było jakimś etapem „tworzenia” oferty w formie dokumentu elektronicznego. Popisanie podpisem tradycyjnym (własnoręcznym) nie jest bowiem wymagany elementem powstawania dokumentu w formie elektronicznej, skoro musi być on podpisany podpisem elektronicznym, a nie własnoręcznym.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że ustawodawca w art 10a ust. 5 Pzp wyraźnie wskazał, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 25 a Pzp, w tym JEDZ, muszą

być „sporządzone” w postaci elektronicznej. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenia wymienione w tym przepisie, a więc i oferta nie mogą być sporządzone w formie elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Sporządzenie oferty w formie sprzecznej z Pzp należało uznać za niezgodność oferty z ustawą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, co skutkowało koniecznością jej odrzucenia na tej podstawie.

W sytuacji, gdy – zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp – oświadczenia mają być sporządzane (a nie tylko doręczane) w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to taką postać dokumentu należy uznać za postać oryginalną. Jak wprost wynika z przepisu, oświadczenie – czy samego wykonawcy czy innego podmiotu – musi zostać sporządzone w formie elektronicznej. Nie będzie uznany za oryginał dokument zawierający np. skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej. Taki skan, nawet gdyby został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, byłby jedynie kopią oryginalnego dokumentu. Oryginał miałby bowiem w dalszym ciągu postać papierową (pisemną). W analizowanej sprawie podzielono także stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, który na swej stronie zaprezentował przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Wśród tych zapisów znalazł się m.in. następujący: Oferta/wniosek powinna/powinien być sporządzona/sporzadzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie

dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kierując się powyższymi rozważaniami Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się również ze stanowiskiem prezentowanym także w piśmiennictwie. W sytuacji, gdy – zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp – oświadczenia mają być sporządzane (a nie tylko doręczane) w postaci elektronicznej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to taką postać dokumentu należy uznać za postać oryginalną. Jak wprost wynika z przepisu, oświadczenie – czy samego wykonawcy czy innego podmiotu – musi zostać sporządzone w formie elektronicznej. Nie będzie uznany za oryginał dokument zawierający np. skan dokumentu uprzednio sporządzonego w wersji papierowej. Taki skan, nawet gdyby został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, byłby jedynie kopią oryginalnego dokumentu. Oryginał miałby bowiem w dalszym ciągu postać papierową (pisemną). (Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Komentarz do art. 10a Pzp, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2018, Wydanie 1, Legalis 11187289).

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się również ze stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych, który na swej stronie zaprezentował przykładowe zapisy SIZ dotyczące porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Wśród tych zapisów znalazł się m.in. następujący:

Oferta/wniosek powinna/powinien być sporządzona/sporzadzony w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych..... i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal.

Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty/wniosku opatrzonej/opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W wyroku z dnia 13 lutego 2019 r., KIO 169/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że złożenie skanu oferty sporządzonej w formie pisemnej, postaci papierowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym skutkuje jej odrzuceniem. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że wymóg, wynikający z art. 10 a ust. 5 Pzp dotyczy nie tyle samego przekazania (doręczenia) oferty w postaci elektronicznej, ale odnosi się do „sporządzenia” oferty w postaci elektronicznej. Wymóg, wynikający z art. 10a ust. 5 Pzp, sporządzenia oferty w postaci elektronicznej dotyczy ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału, oświadczenia wykonawcy w tym dokumencie JEDZ, podczas gdy formę pozostałych, składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów reguluje § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2016 r. poz. 1126). Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że zgodnie, ze zmienioną treścią § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w tym rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej rozróżnienie w zakresie formy składanych dokumentów na formę pisemną lub kopię poświadczoną za

zgodność z oryginałem nie jest niczym nowym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dotychczas, przed wejściem w życie przepisów dotyczących elektronizacji zamówień publicznych, istniał wymóg złożenia oferty i oświadczeń wykonawcy w formie pisemnej opatrzonej własnoręcznym podpisem lub w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym (uchylony art. 82 ust 2 Pzp) a jednocześnie rozporządzenie w sprawie dokumentów dopuszczało złożenie niektórych dokumentów w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, wskazując, że poświadczenie następuje w formie pisemnej lub elektronicznej (§ 14 ust. 1 – 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ..).

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że przepis art. 78(1) k.c. wyraźnie rozróżnia formę pisemną od formy elektronicznej, przy czym formy te nie są w pełni ekwiwalentne. Oznacza to, że sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej. O ile złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor, o tyle złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej może już nie spełniać wymagań formy elektronicznej, co ma istotne znaczenie, w sytuacji, gdy formę elektroniczną zastrzeżono ad solemnitatem. Przy czym dla zachowania formy elektronicznej niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W postępowaniu zamawiający zastrzegł pod rygorem nieważności, iż oferta musi być sporządzona w formie elektronicznej i podpisana

kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy wobec osób trzecich. Zastrzeżenie takiej treści jest zgodne z wymaganiami art. 10a ust. 5 Pzp. Wykonawca sporządził Formularzy oferty w formie papierowej podpisanej własnoręcznie, który to dokument został następnie zeskanowany („zdigitalizowany”) i przesłany Zamawiającemu z właściwym podpisem elektronicznym. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z przesłaniem elektronicznej (zdigitalizowanej) kopii dokumentu poświadczonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż oryginał tego dokumentu istnieje i został sporządzony w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej, o której mowa w art. 10 a ust. 5 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 78(1) k.c., w zgodzie z przepisami Pzp oraz aktów wykonawczych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z tych względów oferta złożona przez wykonawcę podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą.

Przeciwnie stanowisko zostało wyrażone w wyrokach z dnia 8 lutego 2019 r., KIO 119/19, z dnia 4 marca 2019 r., KIO 221/19, z dnia 4 marca 2019 r., KIO 277/19.

W wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., KIO 119/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że złożenie skanu oferty sporządzonej w formie pisemnej, postaci papierowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie skutkuje jej odrzuceniem. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej

zamawiający prawidłowo uznał, że tak sporządzona oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320) do postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych przez zamawiających innych niż centralny zamawiający, o którym mowa w art. 15b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, wszczętych w okresie od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia do dnia 17 października 2018 r., przepisów niniejszego rozporządzenia nie stosuje się, z wyjątkiem przepisów dotyczących składania oświadczenia, o którym mowa w art. 25a tej ustawy, w tym jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, które stosuje się od dnia 18 kwietnia 2018 r.

W związku z powyższym cytowane przez odwołującego uzasadnienie do wyroku KIO 2611/18 nie odpowiada stanowi prawnemu obowiązującemu w postępowaniu, bowiem nie mają zastosowania m.in. przepisy ww. rozporządzenia. Również zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powołał się w sposób dobrowolny na obowiązywanie ww. rozporządzenia w niniejszym postępowaniu. Nie sposób więc uznać, że ono obowiązywało, abstrahując już od faktu, że § 5 cytowanego wyżej rozporządzenia, które akcentował odwołujący w odwołaniu, dotyczy dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawierały również zastrzeżenia, że zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dalej, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że czynność wydruku, a następnie ponownego zeskanowania oferty nie przesądza o tym, iż dokument nie został sporządzony w postaci elektronicznej. Skoro wykonawca elektronicznie, za pomocą platformy, złożył ofertę, która w formacie .pdf została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym to nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta została złożona z naruszeniem przepisów prawa. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej oferta przystępującego została sporządzona w postaci elektronicznej oraz opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym i wszystkie warunki wymagane przez ustawodawcę zostały spełnione.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie określała katalogu formatów, a także nie odsyłała dobrowolnie do załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2247). Oznacza to, że wykonawcy mogli przygotować ofertę i załączyć ją w dowolnym wybranym przez siebie formacie, w tym w formacie pdf.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że nie sposób przypisywać nieważności czynności prawnej złożenia oferty, a więc oświadczenia woli, na podstawie badania sposobu wprowadzania danych, czyli sposobu sporządzenia oferty, która została zakończona wtedy, kiedy dokument z formy papierowej został

przeformatowany na wersję elektroniczną. Przystępujący podpisał plik kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W tym momencie czynność sporządzania została zakończona, a oferta w pliku pdf jest w formie elektronicznej.

W wyroku z dnia 4 marca 2019 r., KIO 221/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że oferta, w postaci skanu, będącego jednym ze sposobów wprowadzenia danych do komputera, w formacie pdf – zgodnym z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320) w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2247 ze zm.), podpisana ważnym podpisem elektronicznym, spełnia określony przez ustawodawcę wymóg.

W wyroku z dnia 4 marca 2019 r., KIO 277/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wobec faktu, iż ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń dotyczących sposobu sporządzenia dokumentu w postaci elektronicznej, w tym pliku w formacie .pdf, w tym również nie wykluczył sporządzenia takiego pliku poprzez zeskanowanie do niego wydrukowanego dokumentu, odmówienie ofercie odwołującego przymiotu dokumentu sporządzonego w postaci elektronicznej, nie znajduje podstawy prawnej i stanowi naruszenie przepisów art. 10a ust. 5 Pzp w zw. z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca

2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych.

Jan należy dokonywać oceny, czy kara umowna jest rażąco wygórowana?

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

Miarkowanie kary umownej polega na jej zmniejszeniu dla wyeliminowania dysproporcji między wysokością kary a odpowiadającym jej interesom wierzyciela. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

sądom przysługuje samodzielna kompetencja ukształtowania kary umownej w oparciu o dwie przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części lub rażącego wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1869/15).

Sąd może miarkować karę umowną w dwóch przypadkach określonych w art. 484 § 2 k.c.:

- 1) jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana;
- 2) gdy pomiędzy odszkodowaniem, jakie wierzyciel otrzymałby w razie dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, a karą umowną zachodzi rażąca dysproporcja.

„Rażące wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej, a o stanie rażącego wygórowania można natomiast mówić w sytuacji, gdy kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, ażeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Przyjmuje się, że stan „rażącego wygórowania” istnieje m.in. wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależycie, a

wierzyciel nie poniesie szkody (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 października 2018 r., I AGa 111/18).

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

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest bowiem

surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Przy czym, zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13).

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

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

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

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

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

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

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

***Czy każdy członek komisji przetargowej jest obowiązany
złożyć pisemne oświadczenie o istnieniu lub braku
istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp?***

Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:

- 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
- 2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
- 5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi

gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Przepis art. 2 pkt 7a Pzp nie określa momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W kwestii momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygające jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego („Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.)” Jeżeli zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, postępowanie kończy się z unieważnieniem jego unieważnienia.

Czynnościami wykonywanymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia będą zatem czynności wykonywane w okresie od wszczęcia postępowania do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybach, w których postępowanie jest wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu i są składane oferty (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne) czynności wykonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od wszczęcia postępowania do udzielenia zamówienia (podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego) albo unieważnienia postępowania. W trybach tych zamawiający wszczyna postępowanie, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (zob. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1 oraz art. 60c ust. 1 Pzp).

W trybie negocjacji bez ogłoszenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przekazania przez zamawiającego wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji (art. 63 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybie zamówienia z wolnej ręki czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przekazania przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji wybranemu wykonawcy wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, w tym istotnymi dla stron postanowieniami, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnymi

warunkami umowy lub wzorem umowy (art. 68 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

W trybie zapytania o cenę czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od przesłania przez zamawiającego zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania. Zaznaczyć należy, że w trybie tym zamawiający wszczynając postępowanie zaprasza do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż 5.

W trybie licytacji elektronicznej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia to czynności wykonywane od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja (art. 75 ust. 1 Pzp) do udzielenia zamówienia albo unieważnienia postępowania.

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

Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, powtarza się, z

wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania (art. 17 ust. 3 Pzp).

Czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których odnosi się art. 17 ust. 1 Pzp, będą w szczególności czynności związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, odrzuceniem oferty, wykluczaniem wykonawców, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem ofert i oceną ofert.

Obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, dotyczyć będzie również osoby, która podpisała umowę w sprawie zamówienia publicznego. Czynność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi bowiem ostatnią czynność wykonywaną w postępowaniu, a osoby, które podpisały taką umowę powinny podlegać weryfikacji pod kątem konfliktu interesów.

Obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, nie dotyczy natomiast osób, które brały udział w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania (np. w trybie przetargu nieograniczonego opisanie zamówienia, ustalenie wartości zamówienia, sporządzenie wzoru umowy).

Obowiązek złożenia oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, nie dotyczy natomiast osób, które dokonują czynności o charakterze pomocniczym, czy też techniczno-organizacyjnym, które nie są dokonywane w celu wyboru oferty, w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, w celu wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia

publicznego (np. odbiór korespondencji, zamieszczenie informacji dotyczących prowadzonego postępowania na stronie internetowej, przygotowanie pomieszczenia do otwarcia ofert).

Nieuprawnione będzie również stanowisko kontrolującego, że pisemne oświadczenie o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, powinno być złożone niezwłocznie po otwarciu ofert. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują wprost momentu, w którym powinno zostać złożone oświadczenie.

Oświadczenie powinno być jednak złożone w postępowaniu.

Osoba wobec której nie zachodzą podstawy wyłączenia z postępowania, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, może złożyć oświadczenie najpóźniej przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Złożenie oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jest równoznaczne z niezłożeniem oświadczenia.

Osoba, wobec której zachodzą podstawy wyłączenia z postępowania, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, składa oświadczenie niezwłocznie po powzięciu informacji o podstawie wyłączenia jej z postępowania.

***Cel uzasadnienia faktycznego i prawnego zawartego w
zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu
oferty***

Obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym także w toku postępowania o udzielenie zamówienia stanowią odzwierciedlenie zasady jawności postępowania.

Dotyczy to w szczególności wszelkich decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które mają wpływ na przebieg postępowania przetargowego oraz sytuację wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przewidziane w przepisach Pzp obowiązki zamawiającego w zakresie przekazywania wykonawcom uzasadnienia faktycznego i prawnego swoich decyzji mają gwarantować wykonawcom ocenę prawidłowości działań zamawiającego i faktyczną (realną) możliwość skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Powyższe obrazują tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

1. „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na

zamawiającym” (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15),

2. „Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach” (wyrok z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1429/15),
3. „Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania – warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty – powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela – mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące

informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść – decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej” (wyrok z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14),

4. „Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie” (wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13),
5. „Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez

zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach (wyrok z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11),

W wyroku z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu. Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego.

Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.” (tak w wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. akt 1117/15; podobnie w wyrokach KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 885/15, z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO 1316/14, z dnia 9 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1745/14, z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 17 października 2014r.).

Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania.

Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień, publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.”

***Oferta podpisana z użyciem SHA-1 jest ważna i nie
podlega odrzuceniu***

W wyroku z dnia 10 grudnia 2018 r., KIO 2428/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta złożona w formie elektronicznej opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest nieważna, jeśli po dniu 1 lipca 2018 r., przy jej tworzeniu zastosowano funkcję skrótu SHA 1

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, który na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania, poprzez złożenie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) z podpisem elektronicznym nie spełniającym wymogów przepisów prawa, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 10a ust. 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu JEDZ mimo faktu, iż dokument ten z mocy prawa był nieważny.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z przepisem art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej: „Do dnia 1 lipca 2018 r. do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych można stosować funkcję skrótu SHA-1, chyba że wymagania techniczne wynikające z aktów wykonawczych wydanych na podstawie rozporządzenia 910/2014 wyłączą możliwość stosowania tej funkcji skrótu.”

Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na komunikat Ministra Cyfryzacji z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie wycofania algorytmu SHA-1 w zastosowaniach związanych z zaawansowanym podpisem i pieczęcią elektroniczną, zamieszczony na stronach Narodowego Centrum Certyfikacji uznała, że zgodnie z przepisem art. 137 ust. 1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, z dniem 1 lipca 2018 r., skończył się okres stosowania funkcji skrótu SHA-1 w zastosowaniach dotyczących zaawansowanego podpisu elektronicznego i pieczęci. Obowiązek zaprzestania stosowania SHA-1 dotyczy nie tylko certyfikatów (czyli nie dotyczy tylko dostawców certyfikatów), ale także wszelkich składanych podpisów i pieczęci pod dokumentami. Obowiązek ten dotyczy wszystkich podmiotów zarówno komercyjnych jak i jednostek administracji publicznej, które w ramach swoich systemów udostępniają funkcjonalność tworzenia podpisu (lub pieczęci). Wymaga podkreślenia, że jeżeli certyfikat użytkownika będzie bazował na SHA-1 (i będzie ważny, bo wydany przed 1 lipca), to podpis tworzony po dniu 1 lipca 2018 r. weryfikowany tym certyfikatem powinien zawierać skrót podpisywanej treści obliczony algorytmem SHA-2 (a nie SHA-1).

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przystępujący nie dochował należytej staranności, przy dokonywaniu czynności związanej ze złożeniem kwalifikowanego podpisu pod dokumentem JEDZ składanym zamawiającemu, albowiem uchybił bezwzględnie obowiązującym od dnia 1 lipca 2018 roku przepisom uzoie i wadliwie złożył podpis przy zastosowaniu algorytmu SHA-1. Przystępujący winien bowiem, znając treść przepisów nowelizujących przedmiotową ustawę, dokonać uprzedniego dostosowania aplikacji służących do składania lub weryfikacji podpisu elektronicznego do algorytmów rodziny

SHA-2. Przystępujący takiej czynności, zdaje się nie dokonał. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „podpis złożony przez przystępującego, nie odpowiadający aktualnie obowiązującym przepisom jest nieważny, dlatego też koniecznym było ustalenie, że czynność oceny oferty przystępującego przez zamawiającego, pod kątem prawidłowości złożonego pod oświadczeniem JEDZ podpisu – była wadliwa. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający zobligowany był do wezwania przystępującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia oświadczenia JEDZ podpisanego prawidłowo z zastosowaniem aktualnie obowiązującego algorytmu, w tym przypadku SHA-2. Ponieważ potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który obligował zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazywała zamawiającemu wezwania przystępującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia wadliwie podpisanego dokumentu, albowiem czynność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Przeciwnie stanowisko zostało wyrażone w opinii Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji w zakresie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego z uwagi na użycie skrótu SHA-1.

Zobacz omówienie opinii Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji :

<https://www.wprzetargach.pl/kategorie/Odrzucenie-oferty-art-89-ust-1-pkt-1/stanowisko-polskiej-izby-informatyki-i-telekomunikacji-w-zakresie-uznania-przez-krajowa-izbe-odwolawcza-niewaznosci-kwalifikowan>

W komunikacie „Algorytm funkcji skrótu SHA-1 nierekomendowany, co nie znaczy wycofany” Ministerstwo Cyfryzacji uznało, że „Podpisy kwalifikowane, które złożono z użyciem ważnych certyfikatów i przy wykorzystaniu algorytmu SHA-1 pozostają ważne. Oznacza to, że dokumenty podpisane z użyciem SHA-1 są podpisane prawidłowo i nie ma podstaw do ich odrzucenia. Aplikacje weryfikujące oraz usługi walidacji nadal wspierają podpisy złożone z wykorzystaniem tego algorytmu i można polegać na wynikach, które zgłaszają.

Do czasu formalnego wycofania przez Europejski Instytut Standardów Technicznych (ETSI) algorytm SHA-1 spełnia wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych z art. 32 eIDAS. Należy odróżnić sytuacje awaryjnego wycofania skompromitowanych algorytmów kryptograficznych wobec których udowodniono, że nie zapewniają one wymaganego poziomu bezpieczeństwa od procesów stopniowej migracji na algorytmy zapewniające większy poziom bezpieczeństwa.

W przypadku SHA-1 mamy do czynienia z drugim przypadkiem, to znaczy rekomendacji przejścia ze stosowania tego algorytmu na rzecz kolejnych generacji algorytmu funkcji skrótu (np. SHA-2, SHA-3). Umożliwi to ewolucyjne przejście aplikacji oraz urządzeń do składania i weryfikacji podpisów elektronicznych na wyższy poziom zabezpieczeń.”

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał opinię, w której uznał, że „oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednolite europejskie dokumenty zamówienia oraz oświadczenia i dokumenty występujące w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały opatrzone kwalifikowanym

podpisem elektronicznym z zastosowaniem algorytm SHA-1, są dokumentami prawidłowo podpisanymi w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z tego tylko powodu, że została opatrzona podpisem kwalifikowanym, w którym zastosowano algorytm funkcji skrótu SHA-1.”

Źródło:

www.uzp.gov.pl

<https://www.gov.pl/web/cyfryzacja>

***Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, gdy
zamawiający musi zapewnić odbiór odpadów w sposób
ciągły i niezakłócony***

Odwołujący słusznie podnosił, iż do zastosowania przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest wystąpienie: zaistnienia wyjątkowej sytuacji; której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego; i której Zamawiający nie mógł przewidzieć; ponadto wymagane jest natychmiastowe wykonania zamówienia; oraz nie można zachować terminów określonych dla innych trybów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej sprawie doszło do zaistnienia wszystkich wyżej wymienionych okoliczności.

¹ Wyrok z dnia 6 lutego 2018 r., KIO 138/18

Odwołujący zaprezentował w odwołaniu oraz na rozprawie nadmiernie rygorystyczną wykładnię zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjęcie, iż stanowisko Odwołującego jest słuszne, doprowadziłoby do sytuacji w której poza przypadkami klęsk żywiołowych nie byłoby możliwe jej wykorzystanie, a w braku innych odpowiednich przesłanek w ustawie Pzp, nie byłoby możliwe w ogóle udzielenie zamówienia w sytuacjach w których byłoby to konieczne.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie, iż możliwe jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w tzw. sytuacjach awaryjnych.

Na wstępie należy wskazać, iż jednym z głównych zadań ustawy Pzp jest ustanowienie proceduralnych reguł postępowania, w wyniku którego zostaje zawarta umowa przez zamawiającego (co do zasady podmiotu publicznego). Umowy te finansowane są w dużej mierze ze środków publicznych i bardzo często zawierane są w celu zaspokajania określonych potrzeb publicznych. A zatem, służą realizacji interesu publicznego. Ustawa Pzp, powinna umożliwiać zaspokajanie potrzeb publicznych w każdej możliwej sytuacji, ale przy uwzględnieniu podstawowych zasad zamówień publicznych.

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny odbywać się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasady te wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczą nie tylko trybów konkurencyjnych ale wszystkich procedur uregulowanych w ustawie Pzp.

A zatem, nie jest możliwe stosowanie przez zamawiających przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w sposób dowolny, ale powinno odbywać się przy poszanowaniu treści tego przepisu oraz przy uwzględnieniu podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych.

Ustawodawca Unijny oraz Krajowy przesądził, iż co do zasady odstąpienie od trybów konkurencyjnych powinno mieć miejsce tylko i wyłącznie w przypadkach wyjątkowych. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych przysługuje od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Oznacza to, iż także w przypadku, zaspokajania potrzeb publicznych decyzja zamawiającego o odstąpieniu od trybów konkurencyjnych podlega weryfikacji dokonywanej przez wykonawców oraz organy do tego powołane, w tym przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W przedmiotowym przypadku, po pierwsze Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż wymagane było natychmiastowe wykonania zamówienia.

Jak wskazano powyżej umowa na odbiór odpadów wygasła z dniem 31 grudnia 2017 r. Odbiór odpadów jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Konsekwencje wystąpienia przerwy w świadczeniu tej usługi powodowałyby wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego i dotknęły by nie tyle samego Zamawiającego ale przede wszystkim mieszkańców, za których bezpieczeństwo odpowiada Zamawiający. Niewątpliwie natychmiastowe wykonanie zamówienia leżało w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego mogłoby się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców.

Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępowania).

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za słuszne stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 24 lipca 2017 r. o sygn. akt: KIO 1415/17: „Izba w pełni podziela przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego. Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów – na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do dnia 30 czerwca 2019 r. Izba nie zaaprobowала stanowiska odwołującego, że zamawiający może czekać z odbiorem odpadów od mieszkańców C. do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: „potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta Częstochowa ma charakter trwały, stały, nieprzerwany.”

Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych. (...) Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej

umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane – jako sposób rozwiązywania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.”

Krajowa Izba Odwoławcza uznała także, iż zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Wyjątkowość sytuacji przejawia się w tym, iż koniecznym było udzielenie zamówienia a prowadzone przez Zamawiającego procedury konkurencyjne (dwa postępowania) nie pozwoliły na wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, tj. do końca grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż przebieg obu prowadzonych przez Zamawiającego procedur konkurencyjnych oraz terminy ich wszczęcia, pozwalają przyjąć, iż Zamawiającemu nie można postawić zarzutu, że celowo przedłużał te procedury lub że wszczywał je zbyt późno.

Pierwsze postępowanie wszczęte w dniu 11 sierpnia 2017 r. zostało unieważnione, natomiast w drugim termin składania ofert został wyznaczony na dzień 28 grudnia 2017 r.

Oba te postępowania były prowadzone jako tzw. postępowania unijne co wiąże się ze znacznie dłuższymi terminami ich przeprowadzenia. Wystąpienie postępowania odwoławczego powinno być przewidywane przez Zamawiających. Powszechną praktyką w postępowaniach na odbiór odpadów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez konkurujących wykonawców i zamawiający powinni wszcząć odpowiednio wcześniej postępowanie tak aby umożliwić korzystanie z tego uprawnienia przez wykonawców. Niemniej jednak, na uwagę

zasługuje fakt, iż Zamawiający opublikował pierwsze postępowaniu już w dniu 11 sierpnia 2017 r., a zatem na przeprowadzenie procedury oraz ewentualne postępowanie odwoławcze miał prawie pięć miesięcy. Oznacza to, iż przeznaczył on odpowiedni czas na przeprowadzenie procedury i zawarcie umowy.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż o ile postępowanie odwoławcze powinno być przewidywane przez Zamawiającego, o tyle wystąpienie unieważnienia postępowania nie mogło być przez niego przewidziane.

Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 19 października 2017 r. a żaden z wykonawców nie zakwestionował tej czynności, co oznacza, iż stała się ona prawomocna. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątkową sytuację, a żaden zamawiający nie wszczynałby postępowania gdyby przewidywał, iż może ono zostać unieważnione. Ponadto unieważnienie pierwszego postępowania nastąpiło w dniu 19 października 2017 r. ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższała środki które Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. A zatem nie było to wynikiem wyłącznie okoliczności zależnych od Zamawiającego ale także od cen zawartych w ofertach wykonawców, a siłą rzeczy Zamawiający nie mógł ich przewidzieć. Izba stwierdza także, iż nie możliwym było zachowanie terminów określonych dla innych trybów. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione w dniu w dniu 19 października 2017 r. Natomiast kolejne postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 listopada 2017 r. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający celowo zwlekał miesiąc w celu wszczęcia kolejnego postępowania. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż od unieważnienia postępowania w połowie października do wszczęcia kolejnego postępowania, minął miesiąc, gdyż

Zamawiający musiał m.in. dokonać ponownego przeliczenia wniosku (zmieniono czas trwania umowy), a także musiało dojść do ponownych konsultacji z Radą Miasta, która to Rada ustala stawki na odbiór odpadów. Izba uznała, iż przy uwzględnieniu przede wszystkim konsultacji z Radą Miasta, nie można uznać, iż Zamawiający zwlekał miesiąc na wszczęcie kolejnego postępowania. W tym czasie Zamawiający musiał przygotować kolejne postępowanie (ze zmienionym czasem trwania zamówienia) oraz przede wszystkim zabezpieczyć odpowiedni budżet na jego sfinansowanie. Natomiast od dnia 14 listopada do końca grudnia 2017 r. nie było już pewne przeprowadzenie procedury konkurencyjnej (powyżej tzw. progów unijnych czy też nawet poniżej progów) tak aby wyłoniony wykonawca świadczył usługę od dnia 1 stycznia 2018 r. Jak wskazał sam Odwołujący wystąpienie postępowania odwoławczego powinno być przewidywane przez Zamawiającego, a nawet gdyby Zamawiający dokonał skrócenia ponad 40 dniowego terminu na składania ofert o połowę, to w przypadku postępowania odwoławczego, Zamawiający nie zdołałby zawrzeć umowy z nowym wykonawcą.

Jak wskazano powyżej, także zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinno odbywać się przy poszanowaniu zasad Prawa zamówień publicznych, w tym wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezwykle znaczące w przedmiotowej sprawie jest, iż Zamawiający udzielił tego zamówienia wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępowania).

Takie działanie nie narusza przede wszystkim zasady proporcjonalności.

Zamawiający stosując tryb zamówienia z wolnej ręki oczywiście pozbawia innych wykonawców szansy na jego uzyskanie, przy czym stosując zasadę proporcjonalności zamawiający powinni zadbać o to aby pozbawienie praw wykonawców nie było nadmierne w stosunku do potrzeb a jedynie wystarczające do osiągnięcia słusznego celu, jakim w przedmiotowej sprawie jest uzyskanie czasu na zakończenie procedury konkurencyjnej.

Powoływane na rozprawie przez Odwołującego okoliczności, iż Zamawiający udzielił tego zamówienia za kwotę wyższą miesięcznie od kwot uzyskanych w postępowaniach konkurencyjnych na znacznie dłuższe okresy nie powinno dziwić i nie stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powszechnie wiadomo, iż usługi trwające dłużej są w przeliczeniu na miesiąc znacznie tańsze. Postępowania konkurencyjne były wszczynane na rok lub kilka lat natomiast przedmiotowe postępowanie dotyczyło dwóch miesięcy. Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się tym, iż negocjacje są prowadzone z jednym wybranym przez zamawiającego wykonawcą.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie, zwrócił się w trybie z wolnej ręki do dotychczasowego wykonawcy usług odbioru odpadów, przez co świadczenie usług wywozu odpadów nie spowodowało reorganizacji harmonogramu usług oraz zapewniało sprawne świadczenie usługi.

Zamawiający mógł przypuszczać, iż inni wykonawcy mogliby w takim krótkim czasie nie być w stanie skutecznie zapewnić odpowiedniego potencjału do wykonania tych usług (zaproszenie do negocjacji wysłano

14 grudnia 2017 r.), oraz że mogliby nie być zainteresowani wykonywaniem zamówienia jedynie przez okres dwóch miesięcy.

Czy utrata gwarancji może być podstawą udzielenia zamówienia z wolnej ręki?²

Tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi odstępstwo od podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, dlatego przesłanki jego stosowania muszą być interpretowane ściśle oraz wykazane w taki sposób aby uzasadniały zastosowanie tego trybu. Warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez określonego wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Zastosowanie trybu z wolej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym czy też zrealizuje zamówienie najszybciej.

² Uchwała z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO/KD 79/16

Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u zamawiającego.

Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw, usług lub robót budowlanych. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie, taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny.

Tym samym subiektywna ocena nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę a stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej. Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie tego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi jednocześnie mieć charakter trwały i nieprzewidywalny.

Ścisła interpretacja przesłanek znajduje również odzwierciedlenie w orzeczeniach Głównej Komisji Orzekającej, będącej organem II instancji rozstrzygającym w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych – w orzeczeniu z dnia 15 maja 2006 r., DF/GKO-4900-32/43/RN-18/06/615, Główna Komisja Orzekająca zwróciła uwagę na fakt, iż zamówienia z wolnej ręki są tym trybem udzielania zamówień publicznych, który – jako niekonkurencyjny – powinien być stosowany ze

szczególną rozważką i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających przesłanki ustawowe.

W ocenie Głównej Komisji Orzekającej „przekonanie zamawiającego” i jego „błędne rozumienie” tych przesłanek nie może być potraktowane jako podstawa do usprawiedliwienia bezpodstawnego zastosowania tego trybu i uznania naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako popełnionego w sposób nieumyślny.

Potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki zamawiający argumentował możliwością wystąpienia negatywnych skutków w przypadku realizacji zamówienia przez innych przedsiębiorców, niż wskazany B. S.A. i zaliczył do nich:

1. Możliwość utraty gwarancji na część elementów konstrukcyjnych przejścia, wykonywanych w ramach zamówienia podstawowego, na skutek ingerencji innych przedsiębiorstw w takie elementy konstrukcyjne przejścia, jak strop, ściany czy elementy odwodnienia klatek schodowych. Zdaniem zamawiającego, doprowadziłoby to do rozproszenia odpowiedzialności za wykonane roboty i wiązałoby się z koniecznością dochodzenia praw gwarancyjnych na drodze sądowej oraz kosztownym obowiązkiem powoływania biegłych.
2. Konieczność rozbiórki pewnych elementów, wykonanych w ramach zamówienia podstawowego, w przypadku wyboru innego Wykonawcy niż wskazany przez zamawiającego.
3. Konieczność ingerencji w konstrukcję nośną przejścia w przypadku realizacji elementów konstrukcyjnych i przyłączy mediów do pomieszczeń szalek miejskich, pomieszczeń

handlowych, pomieszczeń na odpady i pomieszczeń monitoringu po zakończeniu robót zasadniczych.

4. Brak dojścia do peronu tramwajowego zlokalizowanego na kierunku Al. Pokoju na skutek niewykonania klatki schodowej S6, w miejscu istniejącego WC, przed zakończeniem robót objętych zamówieniem podstawowym.
5. Utrudnienia i opóźnienia w realizacji zamówienia oraz czasowe całkowite odcięcie komunikacji tramwajowej na odcinku, którego dotyczą roboty, w związku z rozdzieleniem zakresu robót w obrębie przebudowy Ronda Czyżyńskiego na dwóch Wykonawców.
6. Niemożność odzyskania środków związanych z realizacją podstawowego zakresu robót założonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w przypadku zlecenia dodatkowego zakresu robót innemu wykonawcy, ponieważ kontrakt realizowany jest ryczałtowo.
7. Zdaniem zamawiającego, w przypadku realizacji robót dodatkowych przez dotychczasowego wykonawcę będzie możliwe zbilansowanie robót niewykonanych z dodatkowym zakresem robót, co obniży koszt realizacji całości robót budowlanych.
8. Brak możliwości ustalenia dwóch kierowników budowy w obrębie realizacji przedmiotowych robót budowlanych i brak obowiązku przejęcia odpowiedzialności za nadzór i koordynację dodatkowych robót budowlanych, prowadzonych przez innego

Wykonawcę, przez kierownika robót dotychczasowego wykonawcy.

9. Zagrożenie związane z „fatalnym” stanem technicznym i estetycznym istniejącego przejścia, niespełnianiem współczesnych wymagań funkcjonalnych i technicznych oraz niedostosowaniem do potrzeb osób niepełnosprawnych. Zamawiający podnosił, że stan przejścia nie odpowiada standardom przewidzianym w rozporządzeniu Ministra transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.
10. Nieefektywne wykorzystanie środków publicznych oraz negatywny wydzźwięk społeczny – zdaniem zamawiającego realizacja przebudowy przejścia podziemnego w ramach kontraktu głównego pozwoli uniknąć strat związanych z koniecznością demontażu pewnych elementów konstrukcyjnych, które ukończone zostaną w ramach zamówienia głównego oraz pozwoli oddać obiekt do użytkowania w wyznaczonym terminie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie wykazał, że zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być interpretowane ściśle dlatego też zamawiający powinien wskazać przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, które muszą mieć zasadniczy charakter, tak by

można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, a odnoszących się do przyczyn technicznych, które w zasadzie byłyby nieusuwalne i stanowiły o konieczności realizacji zamówienia dotychczasowemu wykonawcy, bądź określone mu wykonawcy.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający wskazał szereg argumentów jednakże nie wypełniały one przesłanki obiektywnej technicznej niemożliwości świadczenia przez innego wykonawcę.

Czy zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego poprzez naruszenie zasady swobody umów, powoduje samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców?

Zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ k.c. poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), jeżeli nie dochodzi do zróżnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek naruszenia tych zasad.

O naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek określonego postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośredni lub pośredni wpływ na tych postanowień na możliwość ubiegania się wykonawcy o udzielenie zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zob. wyrok z dnia 1 marca 2014 r., KIO 360/12).

W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Wobec powyższego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy – poprzez określenie terminu realizacji zamówienia – a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Jednak składając ofertę musi wziąć pod

uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.

Czy niewykonanie przez wykonawcę zawartej umowy może być uznane za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć?

W uchwale z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, 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.

Podobnie stwierdziła to Izba w uchwale Pzp 31 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 64/13), cyt. „Zdaniem Izby choć nie budzi wątpliwości, że przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji, to jednak ocena ich zaistnienia w konkretnej sprawie musi być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu specyficznych dla niej okoliczności faktycznych. (...) Dopiero ustosunkowując się do zgłoszonych zastrzeżeń Prezes UZP szerzej uzasadnił negatywną ocenę odstąpienia od umowy jako wyjątkowej okoliczności, wyrażając własne stanowisko nie tyle w odniesieniu do wyjątkowego charakteru tej okoliczności, lecz co do możliwości przewidzenia przez zamawiającego, że do takiej wyjątkowej sytuacji dojdzie. (...)”

Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na uchwałę dnia z 6 sierpnia 2010 r. KIO/KD 58/10 podkreśliła, że: „Nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. (...)”

Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie – poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.”

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się również ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale KIO/KD 58/10, że „fakt podjęcia przez stronę

zamawiającą decyzji o zakończeniu bytu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna, gdyż uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek. Innymi słowy decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek – jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne i nie może być z góry zakładane.”

Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przesłanki jednego wykonawcy

Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

W przypadku tej przesłanki bez znaczenia jest pochodzenie wykonawcy.

Zamawiający analizując wystąpienie okoliczności określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp powinien wziąć pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek innych, np. państw członkowskich GPA (zob. uchwałę z dnia 28 kwietnia 2014 r., KIO/KD 37/14).

Nie oświadczenie wykonawcy, tylko stan faktyczny stanowi podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, na który powołał się zamawiający udzielając zamówienia, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisie ciąży na zamawiającym.

To zamawiający zobowiązany jest wykazać zaistnienie owych „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi, przy czym powołanie się na tą przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia.

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia (zob. uchwałę z dnia 28 kwietnia 2014 r., KIO/KD 37/14).

Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp chodzi o wykazanie istnienia monopolu na rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych. Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały oraz nie może opierać się na subiektywnym przekonaniu

zamawiającego, że określony wykonawca wykona zamówienie najlepiej, dysponuje najlepszą wiedzą i doświadczeniem, najlepszymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest w najlepszej sytuacji ekonomicznej i finansowej lub cieszy się największym uznaniem na rynku określonych usług, dostaw lub robót budowlanych.

Przesłanka świadczenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze musi być poparta rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem w/w przesłanki.

W uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/KD 8/09, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie”.

Przepisy Pzp nie zawierają katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm,

parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa.

Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający.

Możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp wymaga od zamawiających wykazania, że szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

W wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca – monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”.

W powyższą linię orzecniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30

grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13).

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp nie mogą być także trudności związane z brakiem kompatybilności sprzętu, gdyż na ogół nie mają one (trudności) nieprzewidywalnego charakteru i nie świadczą o monopolu jednego wykonawcy (zob. uchwałę z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 37/12 i z dnia 6 lutego 2012 r., KIO/KD 13/12).

Przyczyną techniczną o obiektywnym charakterze nie może być możliwość utraty gwarancji.

W uchwale z dnia 26 kwietnia 2012 r., KIO/KD 43/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze.

To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system”.

Czy uchylenie się od zawarcia umowy stanowi wykroczenie zawodowe, któremu można przypisać charakter poważny i zawiniony oraz podważający uczciwość wykonawcy?³

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Przesłanki określone w tym przepisie muszą zostać spełnione kumulatywnie, a niewykazanie chociażby jednej z nich oznacza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że ciężar wykazania istnienia podstaw do wykluczenia spoczywa na zamawiającym, który w uzasadnieniu faktycznym podjętej czynności powinien odnieść się do każdej z przesłanek określonych w przywołanym wyżej przepisie i przedstawić powody, dla których uznał, że zostały one kumulatywnie spełnione. Ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podlega natomiast zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności.

³ Wyrok z dnia 19 czerwca 2018 r., KIO 1126/18

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia.

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające tę czynność. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na samodzielnym badaniu istnienia wszystkich przesłanek określonych w

przepisie, na podstawie którego zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy.

Szczególnej staranności w uzasadnieniu czynności wykluczenia należy oczekiwać od zamawiającego w przypadku, gdy określone w przepisie ustawy przesłanki mają charakter niedookreślony lub ocenny, jak to ma miejsce w przypadku art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten posługuje się takimi sformułowaniami, jak zawinienie, poważne naruszenie obowiązków zawodowych, uczciwość, zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Każdy z tych elementów powinien być przez zamawiającego oceniony, z odniesieniem do konkretnego stanu faktycznego, a wynik tej oceny musi być zakomunikowany wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający podał bardzo lakoniczne, zaledwie dwuzdaniowe uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazując, że wykonawca w 2016 r. po wyborze jego oferty na wykonanie zadania odstąpił od zawarcia umowy (jest to okoliczność bezsporna) oraz że stwarzało to zagrożenie niewykonania inwestycji w terminach określonych z jednostką dofinansującą. Zamawiający stwierdził, że wykonawca został wykluczony, ponieważ uprzednio nie zrealizował zamówienia.

Już samo to, że zamawiający – uzasadniając wykluczenie na tak złożonej i wymagającej zindywidualizowanej oceny podstawie prawnej – ogranicza się do stwierdzenia faktu nie zawarcia umowy, wskazania na bliżej nieokreślone zagrożenie dla terminowości realizacji umowy (mimo wynikającej z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp możliwości wyboru kolejnej oferty bez ich ponownego badania i oceny) i podsumowania, że wykonawca

uprzednio nie zrealizował zamówienia, może uprawniać do stwierdzenia, że odwołanie jest zasadne.

W uzasadnieniu wykluczenia nie było informacji, z jakich powodów zamawiający uznał uchylenie się od zawarcia umowy za wykroczenie zawodowe, dlaczego miało ono charakter poważny, z czego wynika, że podważa ono uczciwość wykonawcy oraz jakie okoliczności wskazują na winę wykonawcy i jaki był stopień tej winy.

Dodatkowo zamawiający w sposób nieuprawniony utożsamiał odmowę zawarcia umowy z niezrealizowaniem zamówienia, podczas gdy o zaistnieniu tej przesłanki można mówić w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne została zawarta, lecz nie została wykonana, nie zaś w sytuacji, gdy do zawarcia umowy w ogóle nie doszło.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że co prawda art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu wykroczeń zawodowych, a niezrealizowanie zamówienia jest wskazane jako przykład takiego wykroczenia, tym niemniej zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, aby uchylenie się od zawarcia umowy stanowiło inny rodzaj wykroczenia zawodowego, któremu jednocześnie można przypisać charakter poważny, zawiniony i podważający uczciwość wykonawcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – chociaż określone rodzaje zachowań wykonawcy trudno oceniać generalnie, wymagają one bowiem indywidualnej oceny – wątpliwa wydaje się możliwość wykazania, że odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Takie zachowanie wykonawcy może wynikać z różnych przyczyn, a sankcją za podjęcie decyzji o nie zawarciu umowy jest

zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp), nie sposób natomiast obronić poglądu, że uchylenie się zawarcia umowy miałooby za sobą automatycznie pociągać sankcje w postaci wykluczenia wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykluczenie odwołującego z postępowania było nieuzasadnione, a zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Czy powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyście wykonuje umowę, mogą wynikać z okoliczności leżących po stronie zamawiającego?

W wyroku z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2711/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub

jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne.

W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależycie wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy.

Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Rolą zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o

wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.”

Czy można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu?

Kwalifikacja prawna pojęć lekkomyślności i niedbalstwa na gruncie Pzp stanowi złożone zagadnienie, z uwagi na fakt, że są one znane prawu karnemu, a prawo cywilne odwołuje się jedynie do pojęcia niedbalstwa. Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie można mówić o

⁴ Wyrok z dnia 12 maja 2017 r., KIO 782/17

przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. (...)

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła również argumentacji zamawiającego zarówno co do interpretacji art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, jak i co do tego, że okoliczności związane z wykonaniem przez odwołującego umów zawartych z zamawiającym uzasadniają zastosowanie tych podstaw wykluczenia względem odwołującego.

Pierwszy z powołanych przepisów stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Z literalnego brzmienie tego przepisu wynika, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest niewystarczający do dokonania wykluczenia. Konieczne jest bowiem, by nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy kwalifikowanych jego umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość wykonawcy. Oznacza to, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy muszą być tego rodzaju, że podważają uczciwość wykonawcy, czyli rodzaj uzasadnione obawy, że wykonawca ten nie wykona kolejnej umowy w przyszłości. Przestanki zawinienia wykonawcy oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są

zatem połączone normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Izba nie zgadza się z poglądem jakoby dla wykluczenia na podstawie powołanego przepisu wystarczający był sam fakt rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania oraz aby bez znaczenia było to, czy rozwiązanie umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie. Przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do konstatacji, że sposób zachowania zamawiającego w związku z realizacją takiej umowy jest obojętny prawnie, co byłoby niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącego wykonania zobowiązań, które – w braku szczególnych uregulowań ustawy – zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp stosują się do umów w sprawie zamówień publicznych wprost. (...)

Z powołanych przepisów wynika zatem, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, że sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę.

Należy też podkreślić, że ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie w odniesieniu do obu wskazanych

podstaw prawnych spoczywa na zamawiającym. Sformułowanie użyte w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych” którego źródłem jest prawo europejskie, nie zmienia zasady, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających dane twierdzenia spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c.).

Czy wprowadzenie waloryzacji umownej może wyłączać stosowanie art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.?

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą postanowienia w Subklauzuli (...) Szczególnych Warunków Kontraktu o treści: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.". Przepisy, których stosowanie zostało spornym postanowieniem uchylone, dotyczą sytuacji zaistniałych po powstaniu zobowiązania, których strony nie mogą przewidzieć na etapie zawierania umowy, a które mogą się wiązać z wyjątkowymi trudnościami czy rażącą stratą.

Zgodnie z art. 357¹ k.c.: „Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób

⁵ Wyrok z dnia 13 sierpnia 2018 r., KIO 1494/18

wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym”.

Z kolei zgodnie z art. 358¹ § 3 k.c.: „W razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie”.

Natomiast art. 632 § 2 k.c. reguluje możliwość podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy przez sąd: „Jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą (...).

Powołane przepisy przewidują zatem mechanizmy o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w tych przepisach przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń, które w okolicznościach zawierania umowy, w tym przypadku na etapie sporządzania oferty, nie mogły być uwzględnione. Wyjątkowość przepisów objętych zarzutami wyłącza jakikolwiek automatyzm ich stosowania. Możliwość modyfikacji zawartych zobowiązań każdorazowo jest weryfikowana przez niezależny organ, jakim jest sąd i to sąd, przy ziszczeniu się opisanych przesłanek, będzie uprawniony do nadania nowego kształtu stosunkowi prawnemu pomiędzy stronami.

Z części motywacyjnej Subklazuli zawierającej sporne postanowienie wynika, że wyłączenie stosowania wskazanych tam przepisów Kodeksu

cywilnego zostało spowodowane wprowadzeniem waloryzacji umownej („W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ k.c. art. 358¹ § 3 k.c. art. 632 § 2 k.c.”). Jednakże mechanizmy ujęte w wyłączonych umownie regulacjach Kodeksu cywilnego są regulacjami wyjątkowymi i występującymi sporadycznie w stosunku do podstaw wprowadzonej waloryzacji. W tym przypadku klauzule waloryzacyjne odnoszą się niewątpliwie do zupełnie innej sfery kontraktowej i nie obejmują okoliczności wskazanych wprost w klauzulach uregulowanych w treści art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

Zmiana okoliczności leżąca u podstaw roszczenia mającego swoje źródło w treści art. 357¹ k.c. art. 358¹ k.c., art. 632 § 2 k.c. (nadzwyczajna zmiana stosunków, istotna zmiana siły nabywczej pieniądza lub niemożliwa do przewidzenia zmiana stosunków) jest każdorazowo oceniana przez sąd powszechny przy uwzględnieniu wszelkich towarzyszących jej okoliczności, w tym sąd bada jakie skutki na przyszłość może przynieść zmiana lub pozostawienie przedmiotowo istotnych elementów zobowiązania bez zmian. Wyłączenie tych klauzul przerzuca na wykonawców cały ciężar ryzyka związanego z ewentualnymi nadzwyczajnymi zmianami otoczenia, które mogą dotyczyć zdarzeń (ekonomicznych, politycznych czy społecznych) niezwykle trudnych (a w zasadzie niemożliwych) do przewidzenia (nadzwyczajnych). Tym bardziej zachodzi adekwatna do ich charakteru obiektywna trudność w wycenie ryzyk z nimi związanych. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej trudność ta ma charakter obiektywny, albowiem trudno założyć, że wykonawcy są w stanie podołać tej wycenie i ująć to ryzyko w cenie ofertowej. Już tylko z tego powodu wyłączenie

tych klauzul powoduje, że dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przerzucenie na wykonawców obowiązku dookreślenia (przewidzenia) i w konsekwencji wyceny ekonomicznej świadczeń, które ze swej istoty są niemożliwe do przewidzenia i wyceny.

Gdyby sam zamawiający dysponował mechanizmem korekcyjnym, na etapie składania oferty nie zachodziłaby konieczność identyfikacji i wyceny tych elementów przez wykonawcę – w sposób czysto hipotetyczny i obiektywnie niemożliwy do 1 wycenienia.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, na który zwracał uwagę zamawiający, nie uprawnia go do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie.

Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia.

Ograniczenie to, po stronie zamawiającego wiąże się z ograniczeniem możliwości swobodnego wyboru kontrahenta co jest rekompensowane uprawnieniem do kształtowania warunków umowy. Z kolei wykonawcy mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować, w szczególności w cenie oferty. Jednakże uprawnienia zamawiającego nie mają charakteru absolutnego i za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na

obiektywne skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę.

Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, uzasadnienia dla kwestionowanego postanowienia zmierzającego do wyłączenia uprawnienia do uregulowania przez sąd stosunków pomiędzy stronami nie może stanowić okoliczność, że zamawiający w Szczegółowych Warunkach Kontraktu przewidział szereg okoliczności i uregulował stosunki między stronami w przypadku ich powstania.

Wyłączone klauzule dotyczą bowiem sytuacji nadzwyczajnych, które nie są możliwe do zidentyfikowania na etapie sporządzania oferty. Istotne znaczenie ma przy tym okoliczność, że umowne regulacje ustalone przez zamawiającego określają granice zobowiązania zamawiającego w razie zaistnienia opisanych okoliczności. Istotą przepisów, których obowiązywanie zamawiający wyłączył spornym postanowieniem, jest możliwość sądowego ukształtowania wzajemnych zobowiązań stron adekwatnie do indywidualnie ustalonych okoliczności danego przypadku. Regulacje umowne proponowane przez zamawiającego mają zatem inny zakres przedmiotowy, który jest ograniczony w stosunku do uchylonych klauzul umownych.

Niewątpliwie skalkulowanie w cenie oferty ryzyk, których na etapie jej składania wykonawca nie jest w stanie obiektywnie określić może skutkować wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, jak również nieporównywalnością ofert, albowiem każdy z wykonawców może inaczej ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje bowiem zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określającego przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Rezygnacja z przedmiotowych klauzul może również powodować naruszenie uczciwej konkurencji. Wyłączenie tych klauzul przerzuca bowiem na wykonawców – jak już wskazano – cały ciężar ryzyka wyceny ekonomicznej świadczeń, które ze swej istoty są niemożliwe do przewidzenia i wyceny – związanych z ewentualnymi nadzwyczajnymi zmianami otoczenia ekonomicznego, politycznego i społecznego. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że już w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., KIO 173/18 wskazywała, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w takim postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy

Pzp, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

Czy określenie przez zamawiającego dwóch różnych terminów związania ofertą będzie podstawą unieważnienia postępowania?

Okolicznością, która w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej uzasadniała zaistnienie ww. przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest określenie przez zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania różnych terminów związania ofertą w powiązaniu z okolicznościami dotyczącymi aktualnego etapu postępowania. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której w postępowaniu zostały złożone oferty zawierające różne terminy związania ofertą, tj. jeden z wykonawców złożył ofertę z 60-dniowym terminem związania ofertą, natomiast pozostali wykonawcy złożyli oferty z 30-dniowym terminem związania ofertą.

Wprawdzie zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach Postępowania jeszcze w okresie, w którym 30-dniowy termin związania ofertą jeszcze nie upłynął, jednakże wykonawcy, którzy zadeklarowali ten termin w złożonych ofertach, nie byli nim już

⁶ Wyrok z dnia 9 lipca 2018 r., KIO 1209/18

związani na dzień wniesienia, jak i w konsekwencji na dzień ogłoszenia orzeczenia (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że żaden z wykonawców, którzy zadeklarowali 30-dniowy termin związania ofertą nie dokonał w tym zakresie przedłużenia tego terminu w okresie jego trwania. Zaniechanie dokonania takiego przedłużenia rodzi istotne konsekwencje, albowiem oznacza, że termin związania ofertą przez ww. wykonawców w postępowaniu upłynął i nie będzie mógł już zostać przywrócony.

Jak bowiem wskazuje się w odniesieniu do tej kwestii zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest skuteczne, gdy termin związania jeszcze nie upłynął. Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu prezentowanego przez zamawiającego, tj. że stosując zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z regulacji Kodeksu cywilnego należało przyjąć, iż wszyscy wykonawcy zadeklarowali 60-dniowy termin związania ofertą. Skład orzekający zdecydowanie podzielił pogląd o konieczności dokonywania wykładni oświadczeń woli składanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem reguł wynikających z art. 65 Kodeksu cywilnego, jednakże nie oznacza to, iż wykładni tej należy dokonywać wbrew literalnemu brzmieniu tych oświadczeń. Zmianę treści oświadczenia woli pod pozorem dokonania jego wykładni należy uznać za niedopuszczalną.

Wprawdzie w treści formularzy ofertowych zawarte było odesłanie do odpowiednich postanowień SIWZ, jednakże wszyscy wykonawcy za wyjątkiem Odwołującego oświadczyli wprost, iż uważają się związani ofertą przez okres 30, a nie 60 dni.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykonawcy nie będący już związani ofertą mieliby możliwość nie udzielania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego czy w ogóle odmowy zawarcia umowy (bez negatywnych dla siebie konsekwencji), a takie prawo nie przysługiwałoby wykonawcy będącego w dalszym ciągu związanym złożoną ofertą.

Ta nierówność przejawiałaby się w tym, że wykonawca związany złożoną ofertą musi zawrzeć umowę z zamawiającym, natomiast wykonawca nie związany swą ofertą takiego obowiązku nie ma i może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na zasadzie dobrowolności, co nie mieści się w ramach prawnych przetargu nieograniczonego. Zaistniała wada postępowania była niemożliwa do usunięcia, ponieważ nie jest możliwe przywrócenie terminu związania ofertą, który już upłynął.

Co oznacza użycie w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „nieobjęte zamówieniem podstawowym”?

Użyte w art. 144 ust. 1 Pzp sformułowanie „nieobjęte zamówieniem podstawowym” oznacza, że jest to przesłanka o charakterze obiektywnym i bezwzględnym. Nieuwzględnienie dodatkowych robót budowlanych w podstawowym pierwotnym zamówieniu musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia musi mieć charakter obiektywny i wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego, co oznacza, że nie powinna wynikać z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia lub

zmian wynikających ze zmiany potrzeb zamawiającego lub sposobu wykonania robót budowlanych, które można było przewidzieć (nieprzewidywalność zobiektyzowana).

Dla oceny legalności zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp nie ma znaczenia to, że niedołożenie należytej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia wynika z działań podmiotu trzeciego, któremu instytucja zamawiająca powierzyła przygotowanie postępowania (np. podmiotu, któremu zamawiający powierzył opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych). Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania lub w postępowaniu nie mógł przewidzieć potrzeby wystąpienia dodatkowych robót budowlanych.

W wyroku z dnia 29 maja 2014 r., III SA/Łd 332/14, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, odnosząc się do przesłanki „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”, powołując się na wyrok WSA w Łodzi z dnia 17 kwietnia 2013 r., III SA/Łd 829/12, zwrócił uwagę, że „o tym czy miała miejsce sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia (...) decyduje dołożenie należytej staranności przez zamawiającego w przygotowaniu procesu inwestycyjnego, przy czym oceny tej staranności należy dokonać z obiektywnego punktu widzenia. (...)”.

Błędy w projekcie budowlanym czy specyfikacji technicznej, czy też nieuzasadnione pominięcie pewnych prac, których wykonanie uznaje się następnie za celowe, na pewno nie uzasadniają zastosowania tego przepisu”.

W uchwale z dnia 28 czerwca 2013 r., KIO/KD 57/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „jako roboty, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia pomimo zachowania należytej staranności, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego i od których wykonania uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego można by było zakwalifikować te roboty, których konieczność wykonania ujawniło dopiero zbiecie tynków, rozebranie elementów konstrukcyjnych, czy odkrycie nowych pomieszczeń, a więc zasłonięte podczas planowania zamówienia podstawowego, jak też wynikłe ze zmiany przepisów przeciwpożarowych. Oczywiście dotyczy to sytuacji, gdy proces przygotowania inwestycji, w tym dokumentacji projektowej był poprawnie prowadzony (zarządzono stosowne badania i ekspertyzy stanu budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, zmiana przepisów przeciwpożarowych nastąpiła w stosownym zakresie już po przeprowadzeniu przetargu itd.) – w protokołach konieczności brak jest wystarczająco szczegółowych i jednoznacznych informacji w tym zakresie, by Izba mogła to jednoznacznie ocenić.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż nie chodzi tu o sytuację nie przewidzianą przez zamawiającego (projektanta itp.), bo jest jasne, iż nie zostało to przewidziane, ale czy przewidziane być mogło i powinno. Innymi słowy o sytuację nieprzewidywalną – przynajmniej w normalnych warunkach (z uwzględnieniem wieku i charakteru budynków)”. Oznacza to, że racjonalnie działający zamawiający, dysponując na etapie przygotowania postępowania dokumentacją obiektu budowlanego, w którym będą wykonywane roboty budowlane, powinien również w uzasadnionych przypadkach dokonać inwentaryzacji obiektu

budowlanego, zwłaszcza w przypadku tzw. starych obiektów budowlanych. Dotyczy to również podmiotu, któremu zlecono opracowanie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.

Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza, „nie chodzi tu o sytuację nie przewidzianą przez zamawiającego (projektanta itp.), bo jest jasne, iż nie zostało to przewidziane, ale czy przewidziane być mogło i powinno. Innymi słowy o sytuację nieprzewidywalną – przynajmniej w normalnych warunkach (z uwzględnieniem wieku i charakteru budynków)”.

W jakich przypadkach zamawiający może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego będącego przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane?

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, uznał, że przedmiot świadczenia o roboty budowlane – obiekt budowlany, jako oznaczony co do tożsamości – jest w zasadzie niepodzielny. Takie też w istocie zajął stanowisko Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00.

Niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może jednak być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia.

Zgodnie z art. 379 § 2 k.c., podzielność świadczenia występuje wtedy, gdy może ono być spełnione bez istotnej zmiany jego przedmiotu lub wartości.

Przy świadczeniu z umowy o roboty budowlane, zachowanie dłużnika polega zaś na wykonaniu określonych robót, których efektem jest wytworzenie oznaczonego w umowie obiektu, stanowiącego następnie przedmiot odbioru. Nie ma przeszkód, aby strony w umowie przewidziały, że przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane jest nie cały obiekt, lecz jego część. Tak też jest w istocie z reguły przy bardziej skomplikowanych obiektach.

Oprócz umowy inwestora z generalnym wykonawcą, której przedmiotem jest cały obiekt, pojawiają się umowy dotyczące wykonania robót odnoszących się tylko do wyodrębnionych części tego obiektu. Jak z tego widać, świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo, bez istotnej zmiany jego przedmiotu.

Co więcej, Sąd Najwyższy stwierdził, że aby powstał skomplikowany obiekt wymaga to z reguły wykonania wielu odrębnych robót (budowlanych, instalacyjnych, czy wykończeniowych), które mogą wykonać tylko wyspecjalizowani przedsiębiorcy. Każdy z nich wykonuje swoje roboty w odniesieniu do tego samego obiektu, tyle tylko, że ma wyraźnie sprecyzowany zakres tych robót, odnoszących się do części obiektu lub pewnego fragmentu składającego się na całość. To, że świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo, wynika również pośrednio z art. 654 k.c.

W wyroku z dnia 12 lipca 2018 r., IX GC 1132/16, Sąd Apelacyjny w Poznaniu podzielił powyższy pogląd. W ocenie Sądu Apelacyjnego dodać trzeba, że w art. 654 k.c. ustawodawca wyłącza normę wynikającą z art. 450 k.c. umożliwiającą wierzycielowi odmowę przyjęcia świadczenia częściowego, jeśli przyjęcie takiego świadczenia narusza jego

uzasadniony interes (por. P. Drapała, w: Gudowski, Komentarz, 2013, Ks. III, cz. 2, art. 654, Nb 3). Oznacza to, że inwestor ma możliwość odmowy przyjęcia świadczenia częściowego będącego przedmiotem zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane ze względu na swój uzasadniony interes tylko wtedy, gdy zastosowanie art. 654 k.c. zostało wyłączone w umowie. W takiej sytuacji, w braku odmiennego postanowienia umownego zastosowanie będzie mieć bowiem norma ogólna wynikająca z art. 450 k.c.

Roszczenie wykonawcy o dokonanie odbioru częściowego powstaje z chwilą ukończenia części robót budowlanych (por. wyr. SN z 8 lutego 2002 roku w sprawie II CKN 88/00). W art. 654 k.c. ustawodawca nie określa, jaka część robót musi być ukończona, aby mogło powstać roszczenie o dokonanie odbioru częściowego. Wydaje się zatem, że ukończenie jakiegokolwiek części robót budowlanych może uzasadniać powstanie roszczenia o dokonanie odbioru częściowego. W związku z tym, że dokonanie odbioru częściowego ma wpływ na możliwość dochodzenia roszczenia o zapłatę odpowiedniej części wynagrodzenia, częstotliwość dokonywania odbiorów częściowych może być przedmiotem sporu między wykonawcą i inwestorem. Najczęściej w interesie wykonawcy jest bowiem dokonywanie odbiorów częściowych z możliwie największą częstotliwością, natomiast w interesie inwestora jest dokonywanie odbiorów częściowych możliwie najrzadziej.

Z tego powodu w umowie o roboty budowlane strony powinny określać części robót budowlanych, których ukończenie skutkuje powstaniem obowiązku dokonania odbioru częściowego i skorelowanego z nim roszczenia. Zgodnie z art. 654 k.c. wskutek dokonania odbioru częściowego przez inwestora wymagalne staje się roszczenie

wykonawcy o zapłatę odpowiedniej części wynagrodzenia. Odbiór częściowy nie wywołuje żadnych innych skutków prawnych, chyba że zostaną one określone w umowie o roboty budowlane.

Określony w art. 654 k.c. skutek odbioru częściowego w postaci wymagalności odpowiedniej części wynagrodzenia powstaje niezależnie od sposobu określenia wysokości wynagrodzenia, a w szczególności niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, czy kosztorysowy.

W związku z tym, że w przypadku, gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, określenie jego odpowiedniej części, która staje się 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.

Określenie części wynagrodzenia, które stają się wymagalne wskutek dokonania kolejnych odbiorów częściowych, nie przekreśla *per se* ryczałtowego charakteru wynagrodzenia (por. wyr. SN z 4 września 2002 roku w sprawie I CK 1/02, wyr. SN z 6 maja 2004 roku w sprawie II CK 261/03, wyr. SN z 23 stycznia 2007 roku w sprawie III CSK 275/06,; A. Brzozowski, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. II, art. 654, Nb 1).

Czy w przypadku podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy, zamawiający może żądać podwyższenia kwoty wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy?

Zgodnie z art. 150 ust. 1 i 2 Pzp wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W opinii „Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy” Urząd Zamówień Publicznych uznał, że „Ustawodawca w sposób jasny i precyzyjny określa również dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia posługując się widełkami procentowymi (od 2-10%) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z powyższego wynika więc, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej. Ustawa Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienia do żądanie podwyższenia zabezpieczenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia).

Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia przez

zamawiającego żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie ustawą Pzp w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne ustawodawca dopuszcza jedynie możliwość zmiany formy zabezpieczenia przez wykonawcę na inną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp (por. art. 149 ust. 1 ustawy Pzp). W takim przypadku zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszania jego wysokości."

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

wPrzetargach.pl

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

www.wPrzetargach.pl