



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

MAŁE I ŚREDNIE PRZEDSIĘBIORSTWA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

I. Definicja małych i średnich przedsiębiorstw w prawie krajowym oraz prawie Unii Europejskiej

Mali i średni przedsiębiorcy w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców.

Definicja małych i średnich przedsiębiorstw na gruncie prawa polskiego wskazana została w przepisach ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U.2023.221 t.j.).

W rozumieniu art. 4 ww. ustawy **przedsiębiorcą** jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Przedsiębiorcami są także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

Przepisy ustawy Prawo przedsiębiorców klasyfikują przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w Polsce w szczególności w ramach **kategorii mikro, małych i średnich przedsiębiorstw**, a podstawowymi kryteriami kwalifikującymi przedsiębiorcę do sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw są liczba zatrudnianych pracowników, obrót roczny oraz suma bilansowa.

Za **mikroprzedsiębiorcę** uważa się przedsiębiorcę, który, w **co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych**:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż **10 pracowników** oraz
- 2) osiągnął **roczny obrót netto** ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych **nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro**, lub **sumy aktywów jego bilansu** sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych **2 milionów euro**.

Za **małego przedsiębiorcę** uważa się przedsiębiorcę, który, w **co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych**:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż **50 pracowników** oraz
- 2) osiągnął **roczny obrót netto** ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych **nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro**, lub **sumy aktywów jego bilansu** sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych **10 milionów euro**.

Za **średniego przedsiębiorcę** uważa się przedsiębiorcę, który, w **co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych**:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż **250 pracowników** oraz
- 2) osiągnął **roczny obrót** netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych **50 milionów euro**, lub **sumy aktywów jego bilansu** sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych **43 milionów euro**.

Tabela 1. Definicja mikro, małych i średnich przedsiębiorstw

Przedsiębiorstwo:	Zatrudnienie	roczny obrót	suma bilansowa
Mikro	< 10 pracowników	< 2 mln euro	< 2 mln euro
Małe	< 50 pracowników	< 10 mln euro	< 10 mln euro
Średnie	< 250 pracowników	< 50 mln euro	< 43 mln euro

Przepisy ustawy Prawo przedsiębiorców precyzują, iż w celu kwalifikacji przedsiębiorcy w ramach powyższych kategorii, wartości wyrażone w euro przelicza się na złote według średniego kursu ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku obrotowego wybranego do określenia statusu przedsiębiorcy. Natomiast średnioroczne zatrudnienie, które wskazują definicje mikro, małego i średniego przedsiębiorcy, należy ustalić w odniesieniu do pełnych etatów, nie uwzględniając pracowników przebywających na urloпах macierzyńskich, urloпах na warunkach urlopu macierzyńskiego, urloпах ojcowskich, urloпах rodzicielskich i urloпах wychowawczych, a także zatrudnionych w celu przygotowania zawodowego.

W przypadku przedsiębiorcy działającego krócej niż rok, jego przewidywany obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych, a także średnioroczne zatrudnienie oszacowuje się na podstawie danych za ostatni okres, udokumentowany przez przedsiębiorcę.

Sektor MŚP w świetle zaleceń Komisji z dnia 6 maja 2003 r. dotyczących definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw

Na gruncie prawa wspólnotowego pojęcie przedsiębiorstw z sektora MSP, a w szczególności definicje mikro, małych i średnich przedsiębiorstw przedstawione zostały w treści Zaleceń Komisji Europejskiej 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczących definicji małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U. L 124 z 20.5.2003), które następnie uwzględnione zostały w treści załącznika do Rozporządzenia Komisji Europejskiej nr 70/2001 z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw (Dz.U.UE.L. 2001.10.33, Dz.U.UE-sp.08-2-141). Dokumenty te stanowiły wzór implementacyjny dla polskiego ustawodawcy w toku prac nad transpozycją do krajowego



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

porządku prawnego przepisów prawa unijnego. Z tego też względu ich odzwierciedleniem w określonym zakresie są przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829 ze zm.).

W świetle definicji wprowadzonych przepisami ww. rozporządzenia, pod pojęciem:

mikroprzedsiębiorstwa — należy rozumieć przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 10 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 2 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 2 milionów euro.

małego przedsiębiorstwa — należy rozumieć przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 50 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 10 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 10 milionów euro.

średniego przedsiębiorstwa — należy rozumieć przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 250 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 50 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 43 milionów euro.

Kwalifikacja prawna przedsiębiorcy w ramach powyższych kategorii następuje, w świetle prawa wspólnotowego, w oparciu o szereg wytycznych ujętych w art. 6 załącznika do rozporządzenia nr 70/2001. Formułuje on zasady, na jakich następuje wyznaczenie liczby pracowników zatrudnionych przez dane przedsiębiorstwo, wielkości rocznego obrotu netto, oraz sumy aktywów bilansu, w zależności od tego, czy dany przedsiębiorca należy do grupy przedsiębiorstw niezależnych, przedsiębiorstw partnerskich lub przedsiębiorstw związanych.

II. Rynek zamówień publicznych w Polsce oraz Unii Europejskiej

Udział małych i średnich przedsiębiorstw w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawcy z sektora małych i średnich przedsiębiorstw są grupą czynnie działającą na rynku zamówień publicznych. Stanowią oni znakomitą większość podmiotów ubiegających się o publiczne kontrakty.

1) Zamówienia o wartościach poniżej progów unijnych W 2022 r. ok. 81% (w 2021 r. – ok. 88%) składanych ofert pochodziło od wykonawców z sektora MŚP (dane z ogłoszeń z BZP). Największym zainteresowaniem tej grupy przedsiębiorców cieszyły się zamówienia na roboty budowlane – 95% złożonych ofert. Z kolei w postępowaniach na dostawy i usługi odsetek ofert od MŚP wynosił odpowiednio 76% oraz 77%. W postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych oferty złożone przez przedsiębiorców z sektora MŚP uznano za najkorzystniejsze w 71% zamówień. Natomiast kwota zamówień udzielonych wykonawcom MŚP stanowiła 81% ogólnej wartości tych zamówień.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2) Zamówienia o wartościach równych lub przekraczających progi unijne W 2022 r. ok . 56% (w 2021 r. – ok . 58%) składanych ofert pochodziło od wykonawców z sektora MŚP (dane ze sprawozdań rocznych). Największym zainteresowaniem tej grupy przedsiębiorców cieszyły się zamówienia na usługi – 79% złożonych ofert. Z kolei w postępowaniach na roboty budowlane i dostawy odsetek ofert od MŚP wynosił odpowiednio 76% oraz 48%. Oferty złożone przez przedsiębiorców z sektora MŚP uznano za najkorzystniejsze w 73% postępowań (w 2021 r. – ok . 69%), a kwota udzielonych im zamówień stanowiła 53% ogólnej wartości (w 2021 r. – 49%)

Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych

Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk Ułatwiających Dostęp MSP do Zamówień Publicznych, opublikowany 25 czerwca 2008 roku, jest dokumentem roboczym służb Komisji Europejskiej, zawierającym katalog zaleceń w zakresie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w sposób zapewniający równy dostęp do zamówień publicznych wszystkim wykonawcom, a w szczególności pobudzających aktywność przedsiębiorców z sektora MŚP w sferze zamówień publicznych, które mogą być stosowane przez państwa członkowskie oraz ich instytucje zamawiające na zasadzie dobrowolności.

W intencji Komisji Europejskiej, ma on wypełnić dwa podstawowe zadania: po pierwsze dostarczyć państwom członkowskim i ich instytucjom zamawiającym wytycznych odnoszących się do sposobu stosowania przepisów dyrektyw, tak aby poprawić udział małych i średnich przedsiębiorstw w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, po drugie zwrócić uwagę na te krajowe przepisy i zasady udzielania zamówień, które sprzyjają MSP.

Kodeks koncentruje się na 8 głównych obszarach działania, które mogą wpłynąć na zwiększenie operatywności przedsiębiorców z sektora MSP w dziedzinie zamówień publicznych:

- Rozwiązywaniu problemów związanych z wielkością kontraktów w szczególności dzięki:

- udzielaniu zamówień publicznych, w których dokonano podziału zamówienia na części,
- wykorzystaniu możliwości łączenia się wykonawców w grupy i składania ofert przez wykonawców działających w formie konsorcjów, co pozwala na ocenę spełniania przez tych wykonawców warunków udziału w postępowaniu w oparciu o ich wspólną sytuację ekonomiczną i finansową oraz możliwości techniczne,
- korzystaniu z możliwości zawierania umów ramowych z kilkoma wykonawcami zamiast wyłącznie z jednym dostawcą,
- lepszemu eksponowaniu możliwości korzystania w toku realizacji zamówienia publicznego z pracy podwykonawców, a także zapewnieniu równych warunków dla wszystkich podwykonawców.

- Zagwarantowaniu dostępu do informacji dotyczących prowadzonych postępowań poprzez:

- szersze stosowanie narzędzi elektronicznych w zamówieniach,
- działalność ośrodków informacyjno-doradczych takich jak Enterprises Europe Network



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- **Podnoszeniu jakości i zrozumienia udostępnianych informacji** w szczególności poprzez szkolenia i wytyczne dla instytucji zamawiających oraz szkolenia dla MSP z zakresu przygotowywania ofert.
- **Proporcjonalności wymagań stawianych wykonawcom** dotyczących poziomów kwalifikacji i wymogów finansowych.
- **Zmniejszaniu obciążeń administracyjnych** w szczególności poprzez:
 - uproszczenie zasad dotyczących przedkładania dokumentów przez MSP,
 - preferowanie oświadczeń, zamiast zaświadczeń tam gdzie jest to dozwolone.
- **Przywiązywaniu większej wagi do stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert**, poprzez stworzenie większych możliwości stosowania rozwiązań ukierunkowanych, na jakość dzięki opcji udzielania zamówień na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, stworzenie większych możliwości stosowania innowacyjnych rozwiązań poprzez określenie specyfikacji technicznych w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności.
- **Zapewnianiu odpowiedniej ilości czasu na przygotowanie ofert**, w szczególności dzięki publikacji wstępnych ogłoszeń informacyjnych.
- **Zapewnieniu terminowego dokonywania płatności** za zrealizowane zamówienia poprzez np. zawierane w dokumentach umownych klauzule zastrzegające, że dostawcy obowiązani są do terminowego regulowania płatności na rzecz ich podwykonawców

III. Regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych ułatwiające udział małym i średnim przedsiębiorstwom w procedurach przetargowych

Czynności przygotowujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i działania informacyjne

1. Analiza potrzeb i wymagań

3. Plan postępowań

1. Zakres podmiotowy obowiązku sporządzenia planu postępowań

Zgodnie z treścią art. 23 ustawy Pzp, obowiązek przygotowania rocznego planu postępowań dotyczy zamawiający publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związków, a zatem podmiotów należących do kategorii zamawiających - jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (por. art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), którymi w świetle art. 9 tej ustawy są :

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 2a) związki metropolitalne;
 - 3) jednostki budżetowe;
 - 4) samorządowe zakłady budżetowe;
 - 5) agencje wykonawcze;
 - 6) instytucje gospodarki budżetowej;
 - 7) państwowe fundusze celowe;
 - 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
 - 9) Narodowy Fundusz Zdrowia;
 - 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
 - 11) uczelnie publiczne;
 - 12) Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
 - 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury;
 - 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego.
- oraz innych niż wskazane w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej.

2. Publikacja planu

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, oraz ich związki, nie później niż w terminie 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ, sporządzają plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Plan zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych na zasadach określonych w dziale III w rozdziale 2 oraz na stronie internetowej zamawiającego. W Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego plan postępowań o udzielenie zamówień mogą zamieszczać również zamawiający inni niż publiczni (art. 23 ust. 2 ustawy Pzp). Informacji o planie postępowań o udzielenie zamówień nie zamieszcza się, jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona informacji niejawnych (art. 23 ust. 5 ustawy Pzp). Jednocześnie, na podstawie art. 328 ust. 1 ustawy Pzp, do przygotowania i przeprowadzenia konkursu przepisów art. 23 ustawy Pzp nie stosuje się.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Przepisy art. 23 ustawy Pzp nie znajdują również zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 395 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

3. Treść planów postępowań o udzielenie zamówień publicznych

Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzór planu postępowań o udzielenie zamówień, kierując się potrzebą zapewnienia prawidłowości, przejrzystości i aktualności informacji zawartych w planie.

Dyspozycja art. 23 ust. 3 pkt 1-5 ustawy Pzp, wskazuje, iż plan postępowań o udzielenie zamówień powinien zawierać w szczególności informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi, przewidywanego trybu lub innej procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia, a także przewidywanego terminu wszczęcia postępowania. Tym samym, w planie postępowań powinny zostać przedstawione co najmniej informacje dotyczące przedmiotu oraz rodzaju zamówienia, jego orientacyjnej wartości, a także przewidywanego trybu oraz terminu realizacji. Każdy zamawiający ma zatem możliwość ujęcia w planie dodatkowych, wykraczających poza ww. ramy informacji, o ile nie będą one naruszały ogólnych zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych.

W planie postępowań zamawiający uwzględnia wyłącznie zamówienia, których wszczęcie planowane jest w roku, do którego odnosi się ww. dokument. Oznacza to, iż plan postępowań nie obejmuje zamówień będących w trakcie realizacji lub postępowań, które de facto zostały już przeprowadzone, a nie została jeszcze podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest również zobowiązany do wskazania w planie dokładnej daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Należy pamiętać, iż dokument ten, sporządzany przez zamawiającego co do zasady na początku roku budżetowego, obejmuje zamówienia publiczne planowane w całym roku finansowym, a na decyzję o zainicjowaniu procedury udzielenia zamówienia wpływa wiele czynników, zmieniających się w trakcie roku. W konsekwencji ustawodawca wymaga od zamawiającego wskazania wyłącznie orientacyjnej daty wszczęcia postępowania. Decyzja dotycząca poziomu szczegółowości tych informacji, tj. czy plan postępowań przygotowany zostanie w ujęciu kwartalnym, czy też bardziej precyzyjnie w ujęciu miesięcznym, podejmowana jest samodzielnie przez zamawiającego.

Poprzez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć krótką informację, co będzie przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby odbiorca planu był w stanie zidentyfikować przedmiot, wielkość i zakres planowanego zamówienia.

Wskazując rodzaj nabywanych świadczeń, zamawiający powinien posłużyć się terminologią dostaw, usług lub robót budowlanych, przyjętą przez ustawę Pzp. W przypadku, gdy zamówienie ma charakter mieszany, zamawiający wskazuje wszystkie rodzaje świadczeń, które składają się



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

na planowane zamówienie (np. robota budowlana oraz usługa lub dostawa i usługa). Ustalenie przedmiotu zamówienia następuje w toku czynności przygotowawczych do wszczęcia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem na etapie późniejszym.

W planie postępowań zamawiający powinien również określić tryb lub procedurę w oparciu, o którą zamierza przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Orientacyjna wartość zamówienia, stanowi co do zasady ustaloną w momencie sporządzania planu, przybliżona wartość nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Wartości orientacyjnej nie można utożsamiać z pojęciem „szacowanej wartości zamówienia” będącej szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalonym przez zamawiającego z należytą starannością.

4. Zakres zamówień i aktualizacja planów postępowań o udzielenie zamówień publicznych

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje na obowiązek przygotowania przez instytucje zamawiające planu postępowań, który ma pełnić rolę wstępnej informacji o planowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp. Przygotowany na tej podstawie plan nie konstytuuje obowiązku udzielenia zamówienia w takim kształcie, jaki został pierwotnie w nim określony. Powyższe stanowisko potwierdzają w szczególności przyjęte przez ustawodawcę sformułowania – przewidywany tryb lub procedura udzielenia zamówienia publicznego, przewidywany termin wszczęcia postępowania oraz orientacyjna wartość zamówienia.

Zamawiający zapewnia aktualność planu postępowań o udzielenie zamówień. Aktualizację planu zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej zamawiającego (art. 23 ust. 4 ustawy Pzp).

Jeżeli zamawiający na podstawie przyjętego budżetu lub planu finansowego nie przewiduje udzielania zamówień, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp, **nie jest on zobligowany do zamieszczenia planu postępowań** w Biuletynie Zamówień Publicznych i na stronie internetowej. Nie zamieszcza „zerowego” planu.

Obowiązek aktualizacji, o którym mowa w art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, odnosić się będzie do postępowań, których realizacja została zaplanowana w rozumieniu art. 23 ust 1 ustawy Pzp i które zostały ujęte w planie postępowań. W tym znaczeniu aktualizacja planu postępowań obejmuje przypadki, w których zamawiający rezygnuje z określonego postępowania bądź też modyfikuje informacje przedstawione w planie w odniesieniu do poszczególnych postępowań zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. W takiej sytuacji aktualizacja polega na skreśleniu z planu pozycji, której realizacja nie nastąpi w danym roku finansowym lub na jej modyfikacji. Zamawiający ma również techniczną możliwość „dodania” nowego postępowania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

do zamieszczonego już planu. Natomiast jest to jego fakultatywna decyzja, nieobjęta ustawowym obowiązkiem aktualizacji planu.

Inne działania informacyjne

Przepisy ustawy Pzp, umożliwiają zamawiającym podjęcie działań informacyjnych dotyczących udzielanych przez nich zamówień również poprzez publikacje informacji o postępowaniu w prasie. W postępowaniach powyżej progów unijnych stosowanie do treści art. 88 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może dodatkowo udostępnić ogłoszenie o zamówieniu w innym miejscu niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w szczególności poprzez informację w prasie o zasięgu ogólnopolskim. W postępowaniach poniżej progów unijnych zgodnie z art. 276 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

Zwrócić w tym miejscu trzeba uwagę, że taki sposób publikacji jest jednak wyłącznie dodatkowym sposobem informowania o zamówieniach publicznych i w żadnym wypadku nie może zastępować publikacji w urzędowym publikatorze.

Ustalenie niektórych warunków zamówienia

1. Podział zamówienia na części, a ustalenie wartości szacunkowej zamówienia

Czynnikiem zwiększającym udział małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych, jest niewątpliwie, podział większego zamówienia na części. Należy podkreślić, że dopuszczenie możliwości złożenia oferty na mniejszą część zamówienia stanowi jedno z podstawowych narzędzi, które umożliwia małym i średnim wykonawcom udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Natomiast zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia, niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.

W postępowaniu, w którym dopuszczono składanie ofert częściowych, zamawiający dokonuje oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty dla każdej części zamówienia odrębnie, co jest istotne w ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, wysokości wadium dla konkretnej części i może ułatwiać składanie ofert przez MSP.

Art. 7 pkt 15) ustawy Pzp oferta częściowa – należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z dokumentami zamówienia, wykonanie części zamówienia

Art. 30. 1. Ustawy Pzp jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

2. W przypadku gdy zamawiający planuje nabycie podobnych dostaw, wartością zamówienia jest łączna wartość podobnych dostaw, nawet jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

3. Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych.

4. W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

Innym przypadkiem jest sytuacja, w której zamawiający realizując zamówienie publiczne, każdą z części czynni przedmiotem odrębnego postępowania. Z powyższą sytuacją mamy do czynienia, gdy z pewnych względów (organizacyjnych, finansowych lub innych) zamawiający podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie, czyli organizowaniu kilku postępowań (udzielanych jednocześnie lub w różnych czasie). Każdorazowy pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, zatem ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem art. 30 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy wskazać, że podstawą ustalenia wartości szacunkowej każdego zamówienia publicznego jest, zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy Pzp całkowite szacunkowe wynagrodzenie bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Opinia UZP – Podział zamówienia na części

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in. , że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. a contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Decyzja co do podziału zamówienia na określoną ilość części należy do zamawiającego. Zamawiający podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb, jednakże jego swoboda jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom.

Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy.

Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3439/22



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

*Tak jak wcześniej zostało już to wskazane, jeżeli Zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części to dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie przyczyn decyzji Zamawiającego. Przez dokumenty zamówienia, zgodnie z **art. 7 pkt 3 ustawy należy rozumieć dokumenty** sporządzone przez Zamawiającego lub dokumenty, do których Zamawiający odwołuje się, **inne niż ogłoszenie**, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Podstawową i charakterystyczną cechą wszystkich dokumentów zamówienia jest to, że są one znane każdemu potencjalnemu wykonawcy – **oznacza to, że są to dokumenty dostępne każdemu zainteresowanemu wykonawcy**. Dokumenty zamówienia należy odróżnić od pojęcia „dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia” czy „dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” – te pojęcia bowiem mają szersze znaczenie i dotyczą wszystkich dokumentów jakie w ramach postępowania powstały tj. zarówno dokumentów zamówienia jakie zostały udostępnione, lub do których odwołuje się Zamawiający, ale również do wszystkich innych dokumentów wytworzonych przez Zamawiającego albo dostarczonych Zamawiającemu w związku z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do protokołu postępowania i do załączników do tego protokołu. **Analiza potrzeb i wymagań, jaką sporządził Zamawiający nie stanowi dokumentu zamówienia, lecz jest dokumentem sporządzanym przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to narzędzie zarządcze Zamawiającego, które ma w efekcie przyczynić się do realizacji zasady efektywności.***

Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 717/22 – podział zamówienia na części

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia, należy wskazać, że przepis ten nie reguluje zagadnienia ewentualnej pozorności podziału zamówienia.

Co do zasady podział zamówienia na części ze swojej istoty sprzyja realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz pozytywnie wpływa na rozwój konkurencyjności.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że w myśl art. 91 ust.2 ustawy Pzp zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części, co w rozpoznawanej sprawie wobec podziału zamówienia na części powoduje, że przepis ten nie ma zastosowania.”

2. Wadium

Art. 97. 1. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2. Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.

3. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

4. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

6. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

7. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572).

8. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

9. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

10. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2–4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Art. 98. 1. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

2. Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

3. Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w ust. 2, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX.

4. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

5. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Wadium – informacje ogólne

Zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszącym się do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Oznacza to, że żądanie wniesienia wadium w powyższych postępowaniach jest fakultatywne i zależy od decyzji zamawiającego. Podobnie jest w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne (do których na mocy art. 266 nowej ustawy Pzp stosuje się powyższy przepis dotyczący wadium), jak również w zamówieniach sektorowych (art. 362 pkt 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że bez względu na wartość i rodzaj zamówienia oraz tryb prowadzonego postępowania, zamawiający nie ma obowiązku żądania wniesienia wadium. Wysokość wadium w postępowaniach o udzielenie zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne nie może być większa niż 3% wartości zamówienia (art. 97 ust. 2 nowej ustawy Pzp). Inaczej sytuacja przedstawia się w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, w których zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 10 nowej ustawy Pzp zamawiający może określić kwotę wadium w wysokości nie większej niż 1,5% wartości zamówienia. Powyższe przepisy mają oczywiście zastosowanie, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium. Zatem nowa ustawa Pzp uzależnia maksymalną kwotę wadium od wartości zamówienia. Zarówno w postępowaniach o wartości mniejszej, jak i równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający ma obowiązek zwrotu wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności, wymienionych w art. 98 ust. 1 nowej ustawy Pzp, tj.:

1. upływu terminu związania ofertą;
2. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Zwrot wadium w powyższych przypadkach nie wymaga żadnego działania ze strony wykonawcy i powinien nastąpić co do zasady niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z powyższych okoliczności.

Z kolei przepis art. 98 ust. 2 nowej ustawy Pzp określa sytuacje, w których zamawiający ma obowiązek zwrócić wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku o zwrot wadium przez wykonawcę:

1. który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2. którego oferta została odrzucona;
3. po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
4. po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Wystąpienie wykonawcy z wnioskiem o zwrot wadium w powyższych sytuacjach będzie równoznaczne z deklaracją braku zainteresowania dalszym udziałem w postępowaniu.

W przypadku braku wniosku ze strony wykonawcy zamawiający nie ma obowiązku zwrotu wadium aż do momentu zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 1 nowej ustawy Pzp.

W przepisie art. 97 maksymalna wysokość wadium, jaka może być żądana jest utrzymana na tym samym, co dotychczas poziomie 3% wartości zamówienia. Obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, w przypadku, gdy zamawiający zażąda od wykonawców wniesienia wadium, jest powiązany z obowiązkiem nieprzerwanego utrzymania wadium przez wykonawcę do upływu terminu związania ofertą, włączając sytuacje, w których wykonawca przedłuży termin związania ofertą, chociaż w określonych przypadkach, zwłaszcza wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej lub poręczenia, może to oznaczać konieczność wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zgodnie z art. 97 ust. 6 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis jest konsekwencją zasady ciągłości zabezpieczenia wadialnego. Odnosi się do sytuacji, gdy na skutek przedłużenia terminu związania ofertą okres ważności poręczenia lub gwarancji wadialnej nie będzie obejmował nowego okresu związania ofertą. W takiej sytuacji należy aneksować poręczenie lub gwarancję, dostosowując okres ich ważności do nowego terminu związania ofertą, lub wnieść nowe wadium. Przepis należy interpretować w ten sposób, że przekazanie aneksu zamawiającemu lub wniesienie nowego wadium powinno nastąpić najpóźniej w ostatnim dniu dotychczasowego terminu związania ofertą. Wadium musi bowiem zabezpieczać cały nowy okres związania ofertą od samego jego początku.

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Przepis nie tylko przesądza, iż dokument gwarancji lub poręczenia ma być doręczony zamawiającemu w oryginale, ale również, iż dokument ten ma być wystawiony w postaci elektronicznej. Wymaganie przekazania dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego w postaci elektronicznej odnosi się również do sytuacji, w której zamawiający odstąpił na podstawie art. 65 ust. 1 Pzp od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Odstąpienie od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentów nie dotyczy całości dokumentów. Spełnienie przesłanek art. 65 ust. 1 Pzp powinno być analizowane zawsze w stosunku do konkretnego dokumentu. Tymczasem odstąpienia od użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego nie uzasadnia żadna z przesłanek art. 65 ust. 1 Pzp.

Zwrot wadium

W art. 98 ustawy został na zamawiającego nałożony obowiązek zwrotu wadium bez wezwania wykonawcy niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 od momentu wystąpienia jednej ze wskazanych ustawą okoliczności: upływu terminu związania ofertą, zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego bądź unieważnienia postępowania. Zamawiający zwraca wadium również niezwłocznie i nie później niż w terminie 7 dni na wniosek wykonawcy: który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, którego oferta została odrzucona, który zwrócił się z takim wnioskiem po wyborze oferty najkorzystniejszej (przy czym nie dotyczy to wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) albo po unieważnieniu postępowania, w sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia postępowania albo nie upłynął termin na wniesienie takiego odwołania.

Wystąpienie wykonawcy z wnioskiem o zwrot wadium w wymienionych sytuacjach będzie równoznaczne z deklaracją braku zainteresowania dalszym udziałem w postępowaniu. Doprecyzowano sposób zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, zamawiający zwraca wadium poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenie o zwolnieniu wadium.

Charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Co do zasady jednak zwolnienie z wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu. Ten sam przepis wprowadza nowe w stosunku do dotychczasowych regulacje dotyczące zasad zatrzymania wadium albo wystąpienia przez zamawiającego z żądaniem zapłaty wadium.

Obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium przez zamawiającego, bez żadnego działania ze strony wykonawców, występuje, jeżeli:

- 1) upłynął termin związania ofertą,
- 2) doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 3) doszło do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia. Terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Jednocześnie ustawodawca doprecyzował, że termin ten nie może być dłuższy niż 7 dni od dnia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wystąpienia jednej z okoliczności uzasadniającej zwrot wadium. Zasadą jest, że zamawiający zwraca wadium z urzędu, gdy zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to charakter wadium jako warunku uczestnictwa w postępowaniu. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest bowiem równoznaczne z zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 18 Pzp). Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego uzasadnia zatem zwrot wadium wszystkim wykonawcom, łącznie ze zwycięskim wykonawcą. Ten ostatni może jednak wyrazić zgodę na zaliczenie kwoty wadium na poczet zabezpieczenia, jeżeli wadium zostało wniesione w pieniądzu (art. 450 ust. 4 Pzp).

Od tej zasady art. 98 ust. 1 Pzp przewiduje dwa odstępstwa. Nawet gdy zamawiający nie zawarł jeszcze umowy, zwraca wadium z urzędu, jeżeli upłynął termin związania ofertą. Wniesienie wadium zabezpiecza ciążący na wykonawcy obowiązek zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być dłuższy niż okres związania wykonawcy ofertą. Tak samo powinien postąpić zamawiający w przypadku, gdy unieważnia postępowanie. Po podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający musi najpierw zawiadomić o tym równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 260 ust. 1 Pzp), a następnie musi upłynąć odpowiednio 10 dni (gdy informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) lub 15 dni (gdy informacja o unieważnieniu postępowania została przekazana w inny sposób) przysługujących na wniesienie odwołania (art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp). Dopiero gdy w tym terminie nie wpłynie odwołanie, zamawiający niezwłocznie zwraca wadium. Jeżeli zaś w terminie odpowiednio 10 lub 15 dni przysługujących na wniesienie odwołania zostanie wniesione odwołanie od czynności unieważnienia postępowania, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, gdy odwołanie zostało rozstrzygnięte. Chodzi oczywiście o takie rozstrzygnięcie odwołania, które nie podważa czynności unieważnienia postępowania. W przeciwnym wypadku postępowanie o udzielenie zamówienia jest kontynuowane, co uzasadnia utrzymanie wadium. Odwołanie jest rozstrzygnięte z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku KIO.

Przepis art. 98 ust. 1 pkt 2 Pzp jest także podstawą do zwrotu wadium zwycięskiemu wykonawcy. Z przepisu wynika, że wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium, podobnie jak pozostałym wykonawcom, niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zatrzymanie wadium

Zatrzymanie wadium wraz z odsetkami będzie miało miejsce w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia zamawiający będzie występował odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium. Takie wystąpienie z żądaniem zapłaty wadium będzie dotyczyło sytuacji, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie złożył



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu (jednolitego dokumentu), podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, pełnomocnictw albo nie zgodził się na poprawienie omyłki, co spowodowało brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej; sytuacji, w której wykonawca którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także sytuacji gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ostatni wymieniony przypadek dotyczy zatrzymania wadium zarówno w sytuacji, gdy wykonawca ten uchyla się od podpisania umowy jak również w sytuacji, gdy z różnych innych przyczyn leżących po stronie wykonawcy podpisanie umowy stało się niemożliwe. Takie ujęcie zatrzymania wadium oznacza, że do zatrzymania wadium nie dojdzie, jeżeli sam zamawiający przyczyni się do braku możliwości podpisania umowy np. wyznaczając nieproporcjonalnie krótki termin podpisania umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 252 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jednakże przepisy ustawy Pzp nie sprzeciwiają się zawarciu umowy po upływie terminu związania ofertą. Decyzja w tym zakresie należy do wykonawcy. W przypadku jednak, gdy wykonawca odmówi podpisania umowy po terminie związania ofertą, brak jest podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp. A zatem odmowa zawarcia przez wykonawcę umowy po terminie związania ofertą nie skutkuje zatrzymaniem wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Opinia UZP - Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą i żądania zapłaty w terminie jej obowiązywania

Skuteczne zabezpieczenie wadialne

Z przepisów ustawy Pzp wynika, że wadium jest skutecznie i prawidłowo wniesione do zamawiającego, a więc kreuje uprawnienie zamawiającego do skorzystania z zabezpieczającej i kompensacyjnej funkcji wadium, gdy:

- 1) zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert i jest utrzymywane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp);
- 2) zostało wniesione w wymaganej przez zamawiającego wysokości;
- 3) zostało wniesione w formach określonych w ustawie Pzp (por. art. 97 ust. 7 ustawy Pzp);



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

4) pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego, co przejawia się w możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie opisanym ustawą (por. art. 98 ust. 6 ustawy Pzp);

5) spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami [ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2021 r., poz. 2439 ze zm.), ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2021 r., poz. 1130 ze zm.), ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.)], co ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku innych niż pieniądze form wadialnych.

Gwarancja wadialna w kontekście terminu związania ofertą.

Na tle realizacji obowiązku wniesienia przez wykonawcę wadium, wątpliwości uczestników rynku zamówień publicznych budzi zagadnienie prawidłowości gwarancji wadialnej, której termin ważności jest równy terminowi związania ofertą i w treści której wskazano, że żądanie wypłaty środków z gwarancji powinno zostać dostarczone wystawcy gwarancji najpóźniej w ostatnim dniu ważności gwarancji, jak również kwestia odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w takiej sytuacji. Przechodząc do oceny wskazanego wyżej zagadnienia, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że w przypadku innych niż pieniądze form wadium, dla określenia zobowiązania gwaranta, podstawowe znaczenie ma treść dokumentu gwarancyjnego. Dokument gwarancji wadialnej nie może zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności gwaranta. Celem wadium jest bowiem realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego sumy gwarancyjnej tytułem swoistej rekompensaty za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”.

Jednocześnie, na tle zarysowanego powyżej zagadnienia, należy zwrócić uwagę na zmiany przepisów dotyczących wadium w ustawie Pzp w stosunku do poprzednio obowiązującej ustawy Pzp2004, mianowicie:

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp2004 nie zawierały jednoznacznej regulacji wskazującej, że wadium utrzymuje się jedynie do dnia upływu terminu związania ofertą. Brak było również kategorycznego przesądzenia, że upływ terminu związania ofertą aktualizuje obowiązek zwrotu wadium, jak to ma miejsce w obecnym stanie prawnym (art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Ponadto, na gruncie obowiązującej ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek podania konkretnej daty, w której upływa termin związania ofertą (art. 220 ust. 2 ustawy Pzp). Dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest jednocześnie pierwszym dniem związania ofertą, zaś maksymalny



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

termin związania ofertą liczony jest od dnia upływu terminu składania ofert (art. 220 ust. 1 i art. 307 ust. 1 ustawy Pzp). Wskazane zmiany stanu prawnego – doprecyzowujące istotne aspekty związane z instytucją wadium – miały na celu wzmocnienie bezpieczeństwa obrotu, zwiększenie transparentności postępowań o udzielenie zamówienia oraz ułatwienie przedsiębiorcom – zwłaszcza z sektora MŚP – dostępu do zamówień. Wykonawcy powinni bowiem ponosić koszty związane z utrzymaniem wadium jedynie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do zagwarantowania prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gwarancja wadium powinna umożliwić zaspokojenie roszczeń zamawiającego związanych ze zdarzeniami wskazanymi w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zaistniałymi w terminie związania ofertą. Zasadniczym celem i istotą wadium jest zabezpieczenie ciężącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas ważności wadium nie może być dłuższy niż termin związania wykonawcy złożoną w postępowaniu ofertą. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy przyjąć, że brak jest podstawy prawnej nakazującej wykonawcy utrzymanie wadium w okresie przypadającym po upływie terminu związania ofertą.

Ocena zasadności odrzucenia oferty

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Czynność odrzucenia oferty skutkuje wyeliminowaniem oferty z postępowania i tym samym zamyka wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia publicznego, a więc w sposób kategoryczny kształtuje jego sytuację prawną. Z tego względu zastosowanie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy 2 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp2004”. 3 Pzp może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach precyzyjnie określonych, a także powinno być uzasadnione w niebudzący wątpliwości sposób. Z uwagi na sankcyjny charakter przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, nie jest możliwe rozszerzające jej interpretowanie, czy też stosowanie omawianego przepisu w sytuacjach innych, niż konkretnie wyrażone w ustawie Pzp. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadium przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a co za tym idzie, oferta wykonawcy, który wniósł wadium w taki sposób nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Podkreślić w tym miejscu warto, że omawiane zagadnienie stanowiło przedmiot orzeczeń Sądu Zamówień Publicznych.

Stanowisko Sądu Zamówień Publicznych

Pogląd analogiczny do prezentowanego w niniejszej opinii wyrażony został w wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) 3 oraz w wyroku z dnia 1 sierpnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zs 81/22, XXIII Zs 84/22) 4 . W wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) Sąd uznał, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ustanawiania dodatkowego terminu na zgłoszenie przez zamawiającego roszczeń gwarantowi po upływie terminu związania ofertą. Warto również zauważyć, iż w przywołanych orzeczeniach Sąd Zamówień Publicznych nie dokonał rozróżnienia między terminem ważności wadium, a czynnością techniczną jaką jest zgłoszenie żądania zapłaty kwoty wadialnej w związku z zaistnieniem przesłanki do zatrzymania wadium w terminie jego ważności.

Wnioski

1. Dokument gwarancji wadialnej nie może zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialności gwaranta.
2. W świetle przepisów art. 97 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy, uzasadnione jest przyjęcie, że gwarancja wadialna, przewidująca obowiązek zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium równemu terminowi związania ofertą jest prawidłowa, a w konsekwencji brak jest uzasadnienia dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.
3. W wyroku z dnia 22 kwietnia 2022 r. (sygn. akt: XXIII Zs 13/22) Sąd uznał, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ustanawiania dodatkowego terminu na zgłoszenie przez zamawiającego roszczeń gwarantowi po upływie terminu związania ofertą.

Wyroki KIO:

Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2271/22 – zatrzymanie wadium - zabezpieczenie należytego wykonania umowy

„Izba stoi na stanowisku, że niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Odwołującego obejmuje wszelkie przyczyny, zarówno przez Odwołującego zawinione, jak i niezawinione.

W związku z powyższym, rację ma Zamawiający, który stwierdził na rozprawie, że „przepis ustawy PZP uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium niezależnie od przyczyn”.

Na marginesie, Izba wskazuje, że dalsze oczekiwanie Zamawiającego na przedstawienie zabezpieczenia przez Odwołującego było niemożliwe z uwagi na fakt, że środki na realizację inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr (...) w miejscowości R. w zakresie budowy chodnika i zjazdów” pochodziły z rezerwy subwencji ogólnej Ministerstwa Infrastruktury, które należało wydatkować i rozliczyć do końca bieżącego roku kalendarzowego, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie.

Nadto zgodnie z pkt XVII ust. 1 zd. 1 SWZ: „Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 28.08.2022 r.”. Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Zamawiający, że nie mógł przystać

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

na dalsze opóźnienie w złożeniu zabezpieczenia, ponieważ w dniu 28.08.2022 r. mijał termin związania ofertą dla drugiego wykonawcy, który również musiał dysponować odpowiednim czasem na złożenie wymaganego zabezpieczenia.

Reasumując, Izba mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP.”

Ocena podmiotowa wykonawców

1. Warunki udziału w postępowaniu

Konsekwencją podziału zamówienia na części jest zwiększenie szans małych i średnich przedsiębiorstw w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy bowiem wskazać, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dla każdej z części postępowania. Dlatego też istotne jest, aby warunki udziału w postępowaniu były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy, w tym także z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym im mniejszy zakres zamówienia tym większe szanse na spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez podmioty należące do sektora MSP.

Art. 112. 1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;***
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;***
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;***
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.***

Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r. Sygn. akt: KIO 68/16

Niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. (...)



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Warunki udziału w postępowaniu są uzależnione od indywidualnych uwarunkowań danego zamówienia publicznego. Konkretyzacja warunków następuje poprzez ich określenie na potrzeby danego zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem nie mogą być nadmierne, albowiem pełnią one szczególną rolę gdyż zakreślają krąg podmiotów, które mogą skutecznie ubiegać się o zamówienie. W wyroku z dnia 19 maja 2008 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 428/08 stwierdzono, że „proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności występowania w obrocie gospodarczym oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Art. 113. W odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym zamawiający może wymagać, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Art. 114. W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub

2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub

3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Warunek dotyczący zdolności do występowania w obrocie gospodarczym pozwala zamawiającemu na identyfikację podmiotu występującego w postępowaniu, a w szczególności ustalenie czy podmiot występujący jako np. spółka handlowa jest wpisany do odpowiedniego rejestru.

W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zamawiający



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

będzie mógł stawiać warunki posiadania zezwolenia, licencji, koncesji, wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, zgodnie z art. 113 ustawy Pzp, zamawiający może wymagać, aby wykonawcy byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi, w zakresie, w jakim wykonawcy muszą posiadać określone zezwolenie lub muszą być członkami określonej organizacji, aby móc świadczyć w swoim kraju pochodzenia określone usługi, zamawiający może wymagać od nich udowodnienia, że posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski w takiej organizacji.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej

Art. 115. 1. W odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności:

1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;

2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;

3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;

4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

2. Zamawiający nie może wymagać, aby minimalne roczne przychody, o których mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczały dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody zastosowania takiego wymagania.

3. Stosunek aktywów do zobowiązań, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, może być uwzględniony, jeżeli zamawiający określi w dokumentach zamówienia przejrzyste i obiektywne metody i kryteria takiego uwzględnienia.

4. Jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy ust. 1–3 stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny przychód także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

5. W przypadku dynamicznego systemu zakupów warunek posiadania minimalnego rocznego przychodu obliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości zamówień, które mają być objęte tym systemem.

Z punktu widzenia małych i średnich przedsiębiorstw, szczególne znaczenie ma zakaz określony w art. 115 ust. 2 ustawy Pzp. Mianowicie zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny przychód przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody zastosowania takiego wymogu. Ponadto, jeżeli zamówienie jest podzielone na części, przepisy dotyczące określania warunku w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej stosuje się do każdej z tych części. Zamawiający może określić minimalny roczny przychód także w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia, na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej

Art. 116. 1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia

Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W ustawie Pzp w postępowaniach poniżej progu unijnego zamawiający ma możliwość stawiania wymagań co do warunków przewidzianych w procedurze właściwej dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Zamawiający będzie decydował, które z warunków udziału w postępowaniu będą miały zastosowanie w konkretnym, prowadzonym przez niego postępowaniu.

Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych w § 9 ust. 3 pkt 1 wskazuje, że jeżeli wykonawca **powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami**, wykaz:

- 1) robót, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten **bezpośrednio uczestniczył**;
- 2) Usług i dostaw dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu **bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy**.

Pojęcie „bezpośredniego uczestnictwa” w wykonaniu czynności składających się na realizację zamówienia publicznego, o którym mowa w przytoczonym wyżej przepisie nie zostało zdefiniowane.

Ratio legis tego przepisu przemawia za przyjęciem interpretacji, że zwrot ten oznacza, iż **członek konsorcjum nabywa doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców**, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych wyłącznie przez innych konsorcjantów.

Przywołany wyżej przepis ma bowiem na celu uniemożliwienie wykonawcy powoływania się na czynności i roboty, których w ogóle nie wykonywał, a tym samym nie nabrał w tym zakresie koniecznego i wymaganego przez zamawiającego doświadczenia.

W praktyce możliwa jest sytuacja, w której wszyscy konsorcjanci faktycznie uczestniczą w wykonaniu określonego zadania i powołują się na doświadczenie wspólnie nabyte.

Oceniając, czy na podstawie § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia, dopuszczalne jest uznanie, iż konsorcjant bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu roboty budowlanej, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, zrealizowanych wspólnie z innymi wykonawcami, **a wykonanie tych robót zostało zlecone podwykonawcy**, należy mieć na względzie, że **realizacja przedmiotu zamówienia w ramach konsorcjum, również przy udziale podwykonawców, nie wyklucza automatycznie „bezpośredniego uczestnictwa”** wykonawcy w wykonywaniu tych zadań i powoływania się na doświadczenie wówczas nabyte.

2. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Art. 58. 1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

4. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Kolejną instytucją ułatwiającą dostęp małym i średnim przedsiębiorcom w rynku zamówień publicznych jest możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie. Instytucja ta została uregulowana w przepisie art. 58 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Art. 117. 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców ma na celu połączenie potencjału ludzkiego, technicznego, ekonomicznego i finansowego, by w wyniku zsumowania tegoż potencjału uzyskać zamówienie. Zgodnie z utrwaloną wykładnią każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wypełnienie się choćby jednej z ww. przesłanek w odniesieniu do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum) skutkuje koniecznością wykluczenia z postępowania. Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej ekonomicznego i finansowego, w przypadku konsorcjum, co do zasady mogą być spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia ww. potencjałów. Oznacza to, że wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy traktować w sposób łączny, tak, jakby posiadane przez poszczególnych członków konsorcjum walory stanowiły zasób wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu. A zatem, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zasadniczo wystarczającym jest, aby jeden z grupy takich podmiotów (konsorcjum) wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ustawie Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej należy uznać za spełniony, jeżeli co najmniej jeden z współwykonawców posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej i zrealizuje tę część zamówienia, do której realizacji te uprawnienia są wymagane. Z kolei w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, współwykonawcy będą mogli – tak jak wynika to z art. 63 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy klasycznej – polegać na zdolnościach wyłącznie tych z nich, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1860/23 - doświadczenie nabyte w konsorcjum

*„Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i doktrynie, iż **do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.** Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji,*



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dotatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.”

3. Udostępnianie zasobów

Art. 118. 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;**
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;**
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.**



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 119. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Art. 120. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

Art. 121. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

- 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub**
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.**

Art. 122. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Art. 123. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Kolejnym instrumentem ułatwiającym uczestniczenie w rynku zamówień publicznych podmiotom należącym do sektora małych i średnich przedsiębiorstw jest instytucja przewidziana w art. 118-123 ustawy Pzp – udostępnianie zasobów. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W odniesieniu natomiast do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jednocześnie ustawa Pzp zastrzega, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. A zatem, odwoływanie się do potencjału podmiotów udostępniających jest uprawnieniem wykonawcy, również z sektora MSP, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia obligatoryjne oraz jeśli przewidział - podstawy fakultatywne. Ponadto ustawa Pzp przewiduje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Należy również wskazać, że wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Natomiast w sytuacji, gdy zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu udostępniającego, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Stosownie do dyspozycji art. 119 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. W świetle przepisów ustawy Pzp, ocena czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 108 i 109 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym, jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie publicznego nie bada podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp, w stosunku do wykonawcy, nie może zweryfikować w tym

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zakresie podmiotu trzeciego i żądać przedstawienia przez ten podmiot odpowiednich dokumentów. Analogiczna reguła ma zastosowanie do wszystkich przesłanek dotyczących braku podstaw do wykluczenia – jeśli zamawiający nie żądał w postępowaniu przedłożenia określonych dokumentów podmiotowych od wykonawcy obowiązek ich przedłożenia nie dotyczy także podmiotu trzeciego.

Wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 510/22 - poleganie na zasobach podmiotu trzeciego

Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. Z art. 123 ustawy Pzp wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W konsekwencji uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego (wykazu osób) na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dwoma wymaganymi serwisantami.

4. Obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawców.

W ustawie Pzp są dwie kategorie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przesłanki obligatoryjne wskazane w treści art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz fakultatywne określone dyspozycją art. 109 ust. 1 ustawy. Powyższe przesłanki wykluczenia odnoszą się w jednakowym stopniu do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także z sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Art. 108. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) pracy małoletnich cudzoziemców, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;

3) wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

4) wobec którego orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2019 r. poz. 1115, 1520, 1655 i 1798).

Poniżej zamieszczone zostały stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie niektórych obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy.

Zgodnie z **art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1. Spółka z o.o. spółka komandytowa jest spółką komandytową, w której rolę komplementariusza pełni spółka z o.o. Co do zasady, w spółce komandytowej, sprawy spółki prowadzi komplementariusz (arg. z art. 121 KSH), który odpowiada za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem (arg. z art. 111 KSH). W przypadku spółki komandytowej, której komplementariuszem jest osoba prawna, przez urzędującego członka organu zarządzającego wykonawcy należy rozumieć osobę zasiadającą w organie zarządzającym osoby prawnej będącej komplementariuszem. Jest to bowiem osoba ustawowo upoważniona do reprezentowania spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej. W konsekwencji, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego taka spółka komandytowa, na potwierdzenie braku postaw do wykluczenia składa również informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące członków organu zarządzającego osoby prawnej będącej komplementariuszem. Powyższa interpretacja jest zgodna z brzmieniem art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej.

Zgodnie z **art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, jeżeli może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przepis ten odnosi się do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zarówno takich, które zostały zawarte w postępowaniu, w którym jest składana oferta (wniosek o dopuszczenie



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

do udziału w postępowaniu), jak również tych, które zostały zwarte w innym postępowaniu (prowadzonym przez tego samego lub innego zamawiającego). W świetle art. 111 pkt 4) ustawy Pzp możliwość wykluczenia wykonawcy z ww. powodów istnieje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że wykazanie zaistnienia tej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania ciąży na zamawiającym.

2. Fakultatywne podstawy wykluczenia

Art. 109. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

2) który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy:

a) będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, Dziennik Ustaw – 40 – Poz. 2019

b) będącego osobą fizyczną prawomocnie skazanego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny,

c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną;

3) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo lub wykroczenie, o którym mowa w pkt 2 lit. a lub b;

4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

5) 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 dowodów;

6) jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy;

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

9) który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w odniesieniu do którego realizują się przesłanki



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wykluczenia określone w pkt 1 – 10 tego przepisu. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, zobowiązany jest wskazać przesłanki wykluczenia w dokumentach zamówienia. Przepis art. 109 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia katalog dodatkowych przesłanek wykluczenia, które stanowiąc będą podstawę podmiotowej weryfikacji wykonawcy, o ile zostaną one wskazane przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Jeśli zamawiający nie decyduje się na dodatkowe badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma obowiązku wskazywania tych okoliczności w dokumentach zamówienia.

Należy również wskazać, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja może mieć miejsce np. w trybach wieloetapowych, w których po dokonaniu przez zamawiającego kwalifikacji wykonawców i weryfikacji dokumentów w kolejnym etapie okazuje się, że dany wykonawca podlega wykluczeniu. Może on zatem zostać wykluczony na kolejnym etapie postępowania, mimo, że wcześniej został do tego etapu zakwalifikowany. A zatem jeżeli zaistnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy – nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty np. wykonawca został skazany za określone w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp przestępstwo, wówczas zaktualizuje się podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Opinia UZP - Zaświadczenie wydawane przez e-Urząd Skarbowy jako podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 Pzp, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Na mocy ustawy z dnia 8 czerwca 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu automatyzacji załatwiania niektórych spraw przez Krajową Administrację Skarbową (Dz. U. z 2022 r., poz. 1301) wprowadzono elektroniczne doręczanie i automatyzację procesu wydawania zaświadczeń przy pomocy konta w e-Urzędzie Skarbowym. Z treści art. 306ka ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2022 r., poz. 2651) wynika, że w przypadku gdy zaświadczenia są generowane automatycznie w e-Urzędzie Skarbowym, przepisy działu dotyczącego wydawania zaświadczeń (Dział VIII A Zaświadczenia ustawy Ordynacja podatkowa) stosuje się odpowiednio. Ponadto zgodnie z art. 35c ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2022 r., poz. 813 ze zm.) Szef Krajowej Administracji Skarbowej wydaje pisma generowane automatycznie w e-Urzędzie Skarbowym. Zgodnie natomiast z ust. 4 ww. przepisu, załatwienie sprawy w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczne z załatwieniem sprawy przez organ KAS właściwy do jej załatwienia. Z kolei zgodnie z art. 18 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, naczelnicy urzędu skarbowego są organami pomocniczymi Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, przy pomocy której Szef KAS wykonuje ustawowe zadania, w tym wydawanie zaświadczeń. Dodatkowo, jak podano w komunikacie wydanym przez Krajową Izbę Skarbową, „zaświadczenia elektroniczne powinny być traktowane na równi z dokumentami papierowymi. Dokument elektroniczny (plik) pobrany z e-US ma taką samą moc prawną jak tradycyjny dokument papierowy. Zaświadczenie doręczane na konto podatnika w serwisie opatrzone jest kwalifikowaną 2 pieczęcią elektroniczną Szefa Krajowej Administracji Skarbowej lub kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnionego pracownika urzędu skarbowego.

W świetle powyższego zasadne jest przyjęcie, że dokument elektroniczny wydany w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczny z dokumentem wydanym przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Podkreślić należy, że literalne brzmienie § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje na konieczność wydania zaświadczenia, dotyczącego niezalegania z opłacaniem podatków i opłat, przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Jednakże takie brzmienie ww. przepisu nie wyklucza możliwości uznania dokumentu wydanego przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej (jak w przypadku dokumentów uzyskiwanych za pomocą konta w e-Urzędzie Skarbowym), skoro załatwienie sprawy w e-Urzędzie Skarbowym jest równoznaczne z załatwieniem sprawy przez KAS, którego organami pomocniczymi są naczelnicy urzędu skarbowego.

Zatem zarówno zaświadczenie wydane przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, jak i naczelnika urzędu skarbowego, potwierdza informacje dotyczące niezalegania z opłacaniem



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

podatków i opłat dotyczących danego wykonawcy. Tym samym za dopuszczalne uznać należy złożenie zaświadczenia wydanego w formie dokumentu elektronicznego przez e-Urząd Skarbowy jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dopuszczalne formy przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowego środka dowodowego, jakim jest zaświadczenie wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Na gruncie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej zwanej: „ustawą Pzp” komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 61 ustawy Pzp), określonych w art. 7 pkt 23 ustawy Pzp. Obowiązek elektronicznej komunikacji dotyczy także przekazywania podmiotowych środków dowodowych.

Zasady przekazywania podmiotowych środków dowodowych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. - w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452), dalej zwanego: „rozporządzeniem w sprawie dokumentów elektronicznych”. Zgodnie z § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument. Natomiast, w myśl § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych, w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, wykonawca przekazuje zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Zatem, w świetle ww. przepisów, wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

może przedłożyć zamawiającemu dokument elektroniczny albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu wystawionego w postaci papierowej.

Analizując zagadnienie formy, w jakiej może zostać przedłożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotowy środek dowodowy jakim jest zaświadczenie wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, należy sięgnąć do przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1009 ze zm.) – zwanej dalej: "ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych". Zgodnie z art. 50 ust. 4a tej ustawy, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na wniosek wykonawcy, o którym mowa w art. 50 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. Jednocześnie zgodnie z art. 50 ust. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wydruki, o których mowa w ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie (tj. dane identyfikujące zaświadczenie lub decyzję, typ identyfikatora płatnika składek i jego numer, data wydania zaświadczenia lub decyzji). Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 71aa ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w przypadku pism wydanych w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego ZUS, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną, doręczenie może polegać na doręczeniu wydruku pisma uzyskanego z tego systemu odzwierciedlającego treść tego pisma, jeżeli strona nie wniosła o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub nie wyraziła zgody na doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wydruk taki zawiera: (1) informację, że pismo zostało wydane w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby, która je podpisała, albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną oraz (2) identyfikator pisma nadawany przez system teleinformatyczny Zakładu. Wydruk może zawierać mechanicznie odtwarzany podpis osoby, która podpisała pismo (art. 71aa ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Co ważne, zgodnie z art. 71aa ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wydruk pisma, o którym mowa w art. 71aa ust. 1, stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu, i jest dokumentem urzędowym w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W świetle tych przepisów zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne, wydawane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych może mieć postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym albo postać wydruku tego dokumentu, którego moc na podstawie art. 50 ust. 4c ustawy systemie ubezpieczeń społecznych, po spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie, zrównana została z mocą dokumentu elektronicznego. Mając na uwadze powyższe przepisy, w szczególności regulacje wskazujące, że zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych może mieć postać wydruku o mocy zrównanej z mocą dokumentu elektronicznego, przy zastosowaniu wykładni celowościowej, istnieją podstawy do uznania, że wydruk zaświadczenia można traktować jako dokument wystawiony w postaci papierowej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych. W konsekwencji można uznać, że wykonawca jest uprawniony do złożenia cyfrowego odwzorowania tego wydruku.

Niemniej, biorąc pod uwagę, że komunikacja w postępowaniu odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej oraz mając na uwadze przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, należy pamiętać, że wykonawca ma możliwość wnioskować o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Podsumowując:

W świetle § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych wykonawca może przedłożyć zamawiającemu zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w zależności od sposobu, w jaki zostało ono wystawione: w oryginale jako dokument elektroniczny albo jako cyfrowe odwzorowanie zaświadczenia wystawionego w postaci papierowej.

Wykonawca wnioskując o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na potrzeby postępowania o udzielnie zamówienia publicznego ma możliwość zagwarantowania doręczania ww. zaświadczenia za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

W przypadku otrzymania z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych zaświadczenia jako wydruku o mocy zrównanej z mocą dokumentu elektronicznego, wykonawca może traktować takie zaświadczenie jako dokument wystawiony w postaci papierowej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów elektronicznych i przekazać zamawiającemu - cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej

Art. 111. Wykluczenie wykonawcy następuje:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

1) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g i pkt 2, na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;

2) w przypadkach, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i pkt 2, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, b) art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 – na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia;

3) w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4, na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 109 ust. 1 pkt 4–7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Ponadto, zgodnie z przepisami nowej ustawy w zarówno w postępowaniach poniżej jak i powyżej progów unijnych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania - tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

3. Self-cleaning

Art. 110 ust. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, Dziennik Ustaw – 41 – Poz. 2019

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebrzeżenie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Korzystne rozwiązanie z punktu widzenia małych i średnich przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, jest w formie procedury tzw. self-celaning.

Instytucja ta uregulowana została w treści art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–10 może przedstawić dowody na to, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebrzeżenie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Biorąc pod uwagę powyższe, dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę będą podlegały zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy decyzja, czy takie dowody można uznać za wystarczające. Swoboda oceny zamawiającego jest przy tym ograniczona wytycznymi, nakładającymi na wykonawcę określone warunki korzystania z instytucji self-cleaning. Jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie instytucji self-cleaning, wówczas wykonawca nie zostaje wykluczony z postępowania.

Możliwość samooczyszczenia wykonawców oraz cezury czasowe dotyczące możliwości wykluczenia w ustawie Pzp zostały określone zgodnie z obowiązującymi dyrektywami regulującymi tę kwestię. Regulacja dotycząca samooczyszczenia została doprecyzowana. Uwzględniając wskazówki zawarte w motywie 102 dyrektywy klasycznej, podano przykładowe środki organizacyjne i kadrowe służące samooczyszczeniu, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizowanie personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

4. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia

Art. 125. 1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu

Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. 6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.

Ustawa Pzp w ślad za dyrektywami unijnymi z zakresu zamówień publicznych przewiduje, że w postępowaniach powyżej progów unijnych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Natomiast w przypadku postępowań poniżej progów unijnych w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wykonawca, w tym ten z sektora małych i średnich przedsiębiorstw nie musi gromadzić wszystkich dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu/kryteriów selekcji już na etapie składania oferty. Powyższe dokumenty są wymagane do przedłożenia, co do zasady od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej.

Oświadczenie – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia zostało ustalone w drodze standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16), zwane dalej: „rozporządzeniem JEDZ”. Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwie członkowskim i weszło w życie z dniem 18 kwietnia 2016 r.

Instrukcja wypełniania Jednolitego Dokumentu została zamieszczona stronie www.gov.pl/uzp

Opinia UZP - Kara umowna w kontekście przestanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia jedz

Wprowadzenie Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp1, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał, istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten ustanawia fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Charakteryzuje się ona tym, że wykluczenie wykonawcy z postępowania będzie dopuszczalne w sytuacji, w której określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podstawa wykluczenia została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp). Wskazać także należy, że zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

II.

Przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2 Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp określa przesłanki, które muszą zaistnieć, aby wykluczenie na podstawie tego przepisu było możliwe, tj.:

Po pierwsze: wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Po drugie: niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych;

Po trzecie: przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć istotnego zobowiązania;

Po czwarte: niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

Po piąte: konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle. 1 Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”.

III.

Przesłanki wykluczenia określone w dyrektywie Omawiany przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy klasycznej³, w którym ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. W motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

IV.

Zagadnienie kar umownych w kontekście fakultatywnej podstawy wykluczenia Ustawodawca krajowy doprecyzował użyte w dyrektywie klasycznej pojęcie „innych porównywalnych sankcji”



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

poprzez wskazanie na wykonanie zastępcze oraz uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. W art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest mowa o odszkodowaniu, które nie powinno być zawężane wyłącznie do „odszkodowania sensu stricto”, rozumianego jako odszkodowanie uzyskane w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w art. 471 KC⁴. Uznać należy, że w pojęciu „odszkodowania”, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieszczą się również ustalone w umowie, w oparciu o art. 483 § 1 KC, kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 KC wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podkreślić należy jednak, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary – w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych – mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję 3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.), zwana dalej „dyrektywą klasyczną”. 4 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.), zwana dalej „KC”. 3 kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego.

Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

V.

Oświadczenie na formularzu JEDZ Narzędziem służącym do oceny zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego, w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia⁶, zwanym dalej „JEDZ” (art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W przypadku przewidzenia przez zamawiającego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu, w części III sekcja C („Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”) formularza JEDZ wykonawca winien odpowiedzieć na pytanie, czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od wykonawcy podania szczegółowych informacji na ten temat.

Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności. Jednocześnie, w przypadku odpowiedzi twierdzącej na przytoczone pytanie, wykonawca musi odpowiedzieć, czy przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Jeżeli tak, musi opisać przedsięwzięte środki, z uwzględnieniem regulacji art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, stosownie do treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, oceni dowody wykazane przez wykonawcę w oświadczeniu złożonym na formularzu JEDZ. Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy zamawiający uzna podjęte przez wykonawcę czynności za wystarczające do wykazania jego rzetelności. W przeciwnym wypadku, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

VI.

Wnioski:

1. Sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
2. W katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieści się jedynie kara umowna mająca charakter odszkodowawczy.
3. Kierując się wymogami przejrzystości postępowania, wykonawca w części III sekcja C formularza JEDZ, odpowiadając na pytanie – czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową – składa oświadczenie skorelowane z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji).



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

4. W oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ w części III sekcja C nie wskazuje się umów, przy realizacji których wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.

5. Podmiotowe środki dowodowe

Art. 126. 1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. 3. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Art. 127. 1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. 2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Art. 128. 1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3. Złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Zgodnie z art. 7 pkt. 17 ustawy Pzp przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, wyznacza rozporządzenia Ministra Rozwoju wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia powyżej progów unijnych zamawiający:

1. żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
2. może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Natomiast w postępowaniach o udzielenie zamówienia poniżej progów unijnych zgodnie z art. 273 ust. 1 nowej ustawy Pzp zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

1. braku podstaw wykluczenia;
2. spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Podmiotowe środki dowodowe co do zasady składane są przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie zamawiającego (odpowiednio - art. 126 ust. 1 i 274 ust. 1 nowej ustawy Pzp).

Zgodnie natomiast z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (zamówienia równe lub powyżej wartości progów UE) zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zamawiający dokonuje zatem weryfikacji pod kątem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyżej pozycji w rankingu ofert. Należy przy tym rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest wybór najkorzystniejszej ofert. Tym samym zamawiający wzywa do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania po dokonanej ocenie ofert, ale przed formalnym poinformowaniem wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. Ponadto, złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych **nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji.**

Trzeba pamiętać, że procedura przewidziana w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednorazowy. Natomiast dopiero po zastosowaniu ww. procedury, jeżeli wykonawca ten nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, do przedłożenia stosownych dokumentów.

Należy także zwrócić uwagę na brzmienie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Ponadto jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

W ustawie Pzp istnieje zasada, zgodnie z którą zamawiający wymaga podmiotowych środków dowodowych od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych (np. Krajowy Rejestr Sądowy on -line, Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej, zagraniczne wykazy zatwierdzonych wykonawców lub systemy certyfikacji wykonawców zgodne z art. 64 dyrektywy klasycznej). Warunkiem jest wskazanie przez wykonawcę w JEDZ danych umożliwiających dostęp do tych środków (adres internetowy, wydający urząd lub organ, dokładne dane referencyjne dokumentacji).

Poza tym w myśl art. 127 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie wymaga podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczeń własnych wykonawcy, jeżeli ich treść pokrywa się z informacjami przekazanymi przez wykonawcę w JEDZ.

Wreszcie wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli zamawiający już je posiada (np. zostały złożone w innym postępowaniu). Przepis art. 127 ust. 2 Pzp uzależnia taką możliwość od wskazania przez wykonawcę tych środków. Jedynie wykonawca jest bowiem w stanie ocenić aktualność podmiotowych środków dowodowych, co jest warunkiem ich ponownego wykorzystania. Ponadto wykonawca musi złożyć oświadczenie, w którym potwierdzi ich prawidłowość i aktualność

Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 179/23 – uzupełnienie dokumentów

*„(...) skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma **charakter jednokrotny**. Tym samym błędy popełnione przez Wykonawcę na etapie uzupełniania czy też poprawiania JEDZ obciążają samego Wykonawcę”*

Art. 274. 1. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień składania, chyba że zamawiający jest w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych.

2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia.

3. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W postępowaniach poniżej progów unijnych zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień składania, chyba że zamawiający jest w posiadaniu lub ma dostęp do tych podmiotowych środków dowodowych. Natomiast jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacjom lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia. W postępowaniach poniżej progów unijnych jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

6. Przedmiotowe środki dowodowe

Art. 105. 1. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

3. Jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymagania związane z realizacją zamówienia.

Art. 106. 1. Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

3. Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Art. 107. 1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.

2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych

Stosownie do treści art. 7 pkt 20 ustawy Pzp przedmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Mogą one przybrać postać oznakowań (etykiet), certyfikatów, dokumentów bądź też innych środków. Wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedmiotowe środki dowodowe powinny zostać wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 106 ust. 1 ustawy Pzp) i złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp).

Przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

potwierdzaniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (art. 105 ust. 1 ustawy Pzp).

Przedmiotowy środek dowodowy merytorycznie powiązany jest z opisem przedmiotu zamówienia (a nie kryteriami kwalifikacji wykonawcy) stąd też regulacja dotycząca tego typu środka dowodowego znalazła się w rozdziale dotyczącym przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 105 ustawy wskazuje, że typowym środkiem dowodowym będzie certyfikat. Katalog możliwych przedmiotowych środków dowodowych będzie katalogiem otwartym. Za przedmiotowy środek dowodowy należy uznać sprawozdania z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność lub certyfikat wydany przez taką jednostkę, potwierdzające zgodność z wymaganiami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia publicznego.

Żądanie przedmiotowego środka dowodowego jest możliwe tylko, jeśli zamawiający w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia jednoznacznie wskaże wymagany środek. Podkreślić należy, że o ile rozgraniczenie środków dowodowych jako podmiotowych lub przedmiotowych jest ściśle (konkretny dokument nie może pełnić w postępowaniu obu funkcji), o tyle na poziomie typów środków dowodowych (np. certyfikatów, próbek, opisów) przyporządkowanie danego typu środka dowodowego do środka podmiotowego lub przedmiotowego będzie uzależnione od celu jaki chce uzyskać zamawiający żądając jego przedłożenia. Dokument w formie certyfikatu (np. ISO) potwierdzający, że wykonawca wdrożył odpowiednie normy produkcyjne, co do zasady, będzie środkiem dowodowym podmiotowym weryfikującym zdolność techniczną wykonawcy. Certyfikat wystawiany zaś na konkretny produkt oferowany przez wykonawcę w konkretnym postępowaniu będzie środkiem dowodowym przedmiotowym. Ustawa nie daje zamawiającemu nieograniczonej swobody w żądaniu przedmiotowych środków dowodowych. Przepis art. 106 ust. 2 ustawy stanowi, że zamawiający może żądać przedmiotowych środków dowodowych tylko proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i tylko związanych z nim. W pełni aktualna na okoliczność żądania przedmiotowych środków dowodowych będzie także zasada proporcjonalności, która stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie środków dowodowych niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza to, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyżej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. **Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.**



Uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych

Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie jest wezwaniem jednokrotnym w obrębie tego samego przedmiotowego środka dowodowego. Jeżeli braki w obrębie dokumentów przedmiotowych nie zostały usunięte (pomimo skorzystania z normy art. 107 ust. 2 Pzp) lub dokumenty przedmiotowe zawierają błędy, w tym nie potwierdzają okoliczności, jakich zamawiający wymagał od dokumentu, oferta, do której załączone zostały takie dokumenty, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Wraz ze skierowaniem wezwania o uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, na zasadach określonych w art. 107 ust. 2 Pzp, zamawiający określa termin, w którym środek dowodowy winien zostać uzupełniony przez wykonawcę. Pzp nie określa tego terminu, co oznacza, że zastosowanie znajdują zasady ogólne Pzp. Termin określony przez zamawiającego winien być racjonalny i umożliwić wykonawcy złożenie dokumentu (oświadczenia) lub jego części, co nie zostało dopełnione na etapie składania oferty.

Art. 107 ust. 3 Pzp kreuje katalog wyjątków, których ziszczenie się skutkuje niemożnością lub niecelowością wezwania o uzupełnienie brakującego przedmiotowego środka dowodowego. Przepis wprowadza bezwzględny zakaz uzupełniania środków dowodowych, które potwierdzają zgodność oferty z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przykładowo, jeżeli zamawiający wskaże, że parametry techniczne produktu będą jednym z kryteriów oceny ofert i zażąda celem ich potwierdzenia dokumentu przedmiotowego w postaci dokumentacji technicznej producenta, to wykonawca, nie załączając dokumentacji technicznej produktu, narazi się, w zależności od stanu faktycznego, na odrzucenie oferty lub nieprzyznanie mu punktów w ramach tego kryterium oceny ofert, taki dokument nie podlega bowiem uzupełnieniu.

Wezwanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych jest bezprzedmiotowe, gdy zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania wyrażone w art. 255 Pzp. Dotyczy to również przesłanek fakultatywnych (np. art. 258 Pzp), jeśli zamawiający zdecydował się na ich uwzględnienie. Wystąpienie przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy także stanowi negatywną przesłankę uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 805/23 – uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych

„Zamawiający w treści SWZ zrezygnował z możliwości jaką daje art. 107 ust. 2 p.z.p. i przesądził, że nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne. Z tego względu zidentyfikowanie braków w dokumentacji prowadzi od razu do odrzucenia oferty takiego wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. Co więcej, niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.”

Ocena ofert

Badanie rażąco niskiej ceny

Art. 224. 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od :

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.

7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

W świetle przepisów ustawy Pzp, zamawiający udzielając zamówienia publicznego zawiera umowę z wykonawcą, który złożył ofertę wykonania przedmiotu zamówienia wpisującą się w wymagania określone w dokumentach zamówienia, a także która przedstawia realne warunki realizacji zamówienia, w tym w szczególności taką, która nie zawiera rażąco niskiej ceny.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Jeżeli zamawiający w toku czynności badania oferty stwierdzi, iż zaproponowana cena lub koszt nie odpowiada realiom rynkowych jest bezwzględnie zobowiązany do wyeliminowania takiej oferty z postępowania, poprzez jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, na gruncie ustawy Pzp, jedno z rozwiązań prawnych pozwalających zagwarantować, w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców. Regulacja ta w znaczącym stopniu wpływa również na sytuację małych i średnich przedsiębiorstw, którzy nie są w stanie konkurować ceną z większymi wykonawcami, którzy często w celu zdominowania rynku składają oferty z cenami mającymi charakter cen dumpingowych.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż punktem odniesienia dla ustalenia przesłanki determinującej obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest przedmiot zamówienia i jego rzeczywista wartość (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. sprawy II Ca 2194/05 niepubl.). Najogólniej rzecz ujmując, za ofertę z rażąco niską ceną uznać należy taką ofertę, której cena pozostaje w znacznej dysproporcji do indywidualnie proponowanego świadczenia. Natomiast o rażącej dysproporcji świadczeń można mówić wówczas, gdy cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest ani wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości i wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej przedstawionym m.in. w wyrokach: z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. KIO/UZP 1192/08 oraz z dnia 29 maja 2008 r. sygn. KIO/UZP 466/08, dla uznania, iż *„cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że w określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku.”*

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest do wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu zawsze w przypadku, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1866/16)

Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ustalona przez niego wartość zamówienia, jak również ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Żądanie złożenia wyjaśnień przez wykonawcę skierowane przez zamawiającego może dotyczyć w szczególności zakresu oszczędności osiągniętych dzięki metodzie wykonania zamówienia, wybranym rozwiązaniom technicznym, wyjątkowo sprzyjającym warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, a także kosztów pracy jakie ponosi wykonawca w związku z zatrudnieniem pracowników, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp zawierają otwarty katalog czynników, które mogą być przedmiotem wyjaśnień wykonawcy, jako wpływające na kalkulacje wartości oferty. To do obowiązku wykonawcy należy podanie tych elementów cenotwórczych, które rzeczywiście wpłynęły na ustalony przez niego poziom cenowy. Należy podkreślić, iż w świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy w każdym przypadku do wykonawcy.

Przepisy ustawy Pzp nie wskazują ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty. W orzecznictwie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2016 r. sygn. akt. KIO 1887/16) przyjmuje się, iż „*należy przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający powinien w toku postępowania przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy wykonawca zachowuje się biernie w tym zakresie, udzielając informacji jedynie ogólnych lub np. nieodpowiadających na konkretne pytania zamawiającego. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu musi być bezstronne, nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannym stosunku wykonawcy, należy uznać za dokonywane z naruszeniem ustawy Pzp. Brak rzetelności i staranności wykonawcy w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych przez zamawiającego.*”

Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3005/21 – rażąco niska cena – istotne elementy

„Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

*wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że **istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.***

Podwykonawstwo

1. Zasady dotyczące podwykonawstwa

Art. 462. 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

3. W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

4. Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3:

1) w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub

2) dotyczących dalszych podwykonawców, lub

3) dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

5. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego



zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia

7. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio.

8. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

Instytucja podwykonawstwa w realizacji zamówienia publicznego ma niewątpliwie duże znaczenie w kontekście udziału małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych. Z jednej strony wykonawcy ci mogą korzystać przy realizacji zamówienia z podwykonawców, z drugiej zaś uczestniczą w jego realizacji właśnie, jako podwykonawcy. A zatem podwykonawstwo uważa się za jedno z narzędzi służących do realizacji celu jakim jest zwiększenie efektywności wydatków publicznych, poprzez ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych.

Art. 462 ust. 1 Pzp dopuszcza udział podwykonawców przy realizacji zamówienia publicznego. Przepis wprowadza regulację, która umożliwia wykonywanie części zamówienia bezpośrednio przez inny podmiot niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia (na zasadzie podwykonawstwa). Przepis ustanawia uprawnienie wykonawcy do powierzania wykonywania części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca określa część lub części zamówienia, które zamierza powierzyć do realizacji innemu podmiotowi oraz wskazuje konkretny podmiot (podwykonawcę), któremu konkretna część zamówienia zostanie powierzona. Pzp dopuszcza następujące ograniczenia podwykonawstwa i regulacje ingerujące w treść relacji wykonawca-podwykonawca:

- 1) obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań (art. 60 Pzp),
- 2) wymóg zatrudniania (przez podwykonawcę) na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji (części) zamówienia (art. 95 ust. 1 Pzp),
- 3) niedopuszczalność powierzenia podwykonawcy części, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia w zamówieniach typu in-house (art. 214 ust. 9 Pzp).

Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Powyższy przepis ten nawiązuje do art. 71 ust. 2 dyrektywy klasycznej, który stanowi, że „w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może zażądać



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do zażądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców”. Wskazywane przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani – ma charakter informacyjny.

W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3:

- 1) w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub
- 2) dotyczących dalszych podwykonawców, lub
- 3) dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy. Przepis upoważnia zatem zamawiającego do weryfikacji podwykonawcy niebędącego podmiotem, na zasoby którego powołuje się wykonawca, pod kątem przesłanek wykluczenia wyłącznie na etapie realizacji umowy. Ustawa nie przewiduje weryfikacji podwykonawców, niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na etapie trwającego postępowania. Przepis nie dotyczy podwykonawców, którzy są podmiotami udostępniającymi swoje zasoby.

W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli wobec zweryfikowanego podwykonawcy,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby zajdą podstawy wykluczenia – zamawiający jest zobowiązany zażądać, aby wykonawca w określonym przez zamawiającego terminie zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia. Celem tego przepisu jest niedopuszczenie podwykonawcy do realizacji części zamówienia.

Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio.

Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

2. Umowa o podwykonawstwo

Art. 463. Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.

Art. 464. 1. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidziany w umowie o podwykonawstwo, nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku.

3. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadku

gdy:

- 1) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia;***
- 2) przewiduje ona termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 2;***
- 3) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463.***



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

4. Niezgłoszenie zastrzeżeń, o których mowa w ust. 3, do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację projektu umowy przez zamawiającego.

5. Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

6. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadkach, o których mowa w ust. 3.

7. Niezgłoszenie sprzeciwu, o którym mowa w ust. 6, do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

8. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 złotych. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.

9. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, podwykonawca lub dalszy podwykonawca, przedkłada poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy również wykonawcy.

10. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 2, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

11. Przepisy ust. 1–10 stosuje się odpowiednio do zmian umowy o podwykonawstwo.

Art. 465. 1. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

4. Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.

5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

7. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy.

8. Do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp przez umowę o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

A zatem cechami umowy o podwykonawstwo, o której mowa powyżej jest:

- a) pisemność,
- b) odpłatność,
- c) oraz jej przedmiot, tj . usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo winny być częścią zamówienia publicznego.

Częścią zamówienia na usługi, dostawy oraz roboty budowlane jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw, lub robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi, dostawy, jak i roboty budowlane może być również realizacja świadczenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia, a także realizacja takiego świadczenia, które służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, np . dostawa materiałów służących realizacji robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności należy wskazać, że na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, istnieje możliwość zawarcia umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą zamówienia, a podwykonawcą bez względu na rodzaj zamówienia publicznego, do którego wykonania jest zobowiązany wykonawca. Natomiast, w przypadku realizacji przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy, usługi, jak i roboty budowlane, może być zawarta nie tylko pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą, ale także, pomiędzy podwykonawcą, a innym podmiotem, tj . dalszym podwykonawcą.

Ustawa Pzp w sposób szczegółowy reguluje problematykę umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 464 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

budowlanej. Zamawiający, w terminie określonym zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 2, zgłasza w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane:

- 1) niespełniającej wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni,
- 3) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463.

Ponadto wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 złotych. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, podwykonawca lub dalszy podwykonawca, przedkłada poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy również wykonawcy. W przypadku, o którym mowa w ust. 8, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż określony w ust. 2, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej.

Stosownie do postanowień zawartych w art. 465 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Powyższy przepis obliгуje zamawiającego do bezpośredniej wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy w dwóch przypadkach. Pierwszy z nich wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

1. umowa o podwykonawstwo zawarta między wykonawcą a podwykonawcą musi zostać zaakceptowana przez zamawiającego;
2. przedmiotem umowy o podwykonawstwo są roboty budowlane,



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3. przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego są roboty budowlane;
4. wykonawca uchyła się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy;
5. roszczenie podwykonawcy jest wymagalne.

Drugi przypadek, w którym zamawiający zobowiązany jest wypłacić wynagrodzenie bezpośrednio podwykonawcy wymaga spełnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

1. umowa o podwykonawstwo została przedłożona zamawiającemu;
2. przedmiotem umowy o podwykonawstwo są dostawy lub usługi;
3. przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego są roboty budowlane;
4. wykonawca uchyła się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy;
5. roszczenie podwykonawcy jest wymagalne.

Wynagrodzenie wypłacane bezpośrednio podwykonawcy dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty zamawiający jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego.

Zapłata wynagrodzenia w częściach lub udzielenie zaliczki

Kontrakty finansowane ze środków publicznych są atrakcyjne dla wykonawców nie tylko z uwagi na często dużą wartość, ale w szczególności z uwagi na ich bezpieczeństwo finansowe jakie gwarantują publiczni zamawiający. Czynnikiem zwiększającym płynność finansową wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także rozszerzającym krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówień, w szczególności poprzez ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorstwom, jest niewątpliwie, wprowadzona do przepisów ustawy Pzp, procedura udzielania zaliczek i płatności częściowych.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Art. 443. 1. Zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

2. Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

3. Zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zgodnie z art. 443 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczki będzie więc dotyczy wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Odnosnie regulacji dotyczących zaliczek i wypłatę wynagrodzenia w częściach, w art. 443 ustawy, wprowadza się obowiązek wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Obowiązek ten będzie więc teraz dotyczył wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a nie tylko umów na roboty budowlane. Rozwiązania takie powinno poprawić płynność wykonawców, obniżyć ich koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców. Projektowane przepisy znoszą również obecnie obowiązujące ograniczenia w zakresie możliwości przewidzenia zaliczki jeżeli wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Umowy

Art. 431. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Zasada współdziałania w zakresie realizacji umowy o zamówienie publiczne określona w art. 431 nowej ustawy Pzp, adresowana jest do zamawiającego oraz wybranego w postępowaniu wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Wprowadzenie tej zasady ma na celu wzmocnienie regulacji dotyczącej etapu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada współdziałania polega na współpracy wykonawcy z zamawiającym, przejawiającej się w szczególności koniecznością wzajemnego informowania się o przebiegu umowy, zgłaszaniu



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wątpliwości i problemów, a także szybkim reagowaniu i podejmowaniu decyzji, niezbędnych dla prawidłowej realizacji zobowiązania.

Art. 433. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Klauzule abuzywne w umowach o zamówienie publiczne to postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Katalog niedozwolonych postanowień umownych sformułowany został w art. 433 nowej ustawy Pzp. W art. 433 ustawy wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

Stosownie do treści art. 433 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą zawierać postanowień dotyczących:

- odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, z zastrzeżeniem przypadków, w których jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy, które nie jest związane w sposób bezpośredni lub pośredni z przedmiotem umowy o wykonanie zamówienia publicznego lub jej prawidłowym wykonaniem;
- odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy o zamówienie publiczne.

Art. 436. Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

2) warunki zapłaty wynagrodzenia;

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy: a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

– stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

– wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

– zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

– zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W art. 436 ustawy wskazuje się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa, takie jak kwestie terminu jej wykonania oraz warunków płatności. Nowym rozwiązaniem jest wyraźne zobligowanie zamawiających do określenia terminu wykonania umowy, w jednostkach czasu (dniach, tygodniach, latach), chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, niezależną od zamawiającego np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE. W pkt. 4 tego artykułu wskazuje się postanowienia obligatoryjne w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, tj. karę umowną dla wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało zwaloryzowane, za brak dalszej waloryzacji podwykonawców, a także klauzule dotyczą zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.

Art. 439 ust. 11. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

W art. 439 Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. Waloryzacja może następować w oparciu o kurs waluty obcej (klauzula walutowa), równowartość ceny określonych produktów lub dóbr na danym rynku (klauzula towarowa) lub też umówiony wskaźnik (np. publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego). Uwzględniając, iż mamy do czynienia z waloryzacją umowną, której warunki powinien ustalić i wprowadzić do przyszłej umowy zamawiający, należy wskazać, że może ona cechować się z jednej strony pewnym automatyzmem, gdy wszystkie przesłanki jej zastosowania zostaną określone wyczerpująco i nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie którejs ze stron umowy; z drugiej



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

strony postanowienia umowne mogą być tak ukształtowane, iż do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Zawierając umowę z klauzulą waloryzacyjną, strony dopuszczają modyfikację wynagrodzenia w sposób wynikający z takiej klauzuli waloryzacyjnej. O ile zmiana wysokości wynagrodzenia na podstawie klauzuli automatycznej nie będzie wymagała zmiany umowy, lecz jej wykonania zgodnie z treścią postanowienia waloryzacyjnego, o tyle w przypadku braku elementów pozwalających na automatyczne określenie wysokości wynagrodzenia konieczna będzie zmiana umowy i zawarcie aneksu – w konsekwencji złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli. Źródłem zmiany wysokości wynagrodzenia może być zatem sama umowa, ale też aneks sporządzony z uwzględnieniem wytycznych zawartych w umownej klauzuli waloryzacyjnej zawierającej wszystkie elementy opisane w art. 439 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 Pzp, konstruując umowne postanowienia waloryzacyjne, zamawiający zobowiązany jest określić:

1) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, którego osiągnięcie będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia. Ustawodawca nie przesądził, czy poziom zmian cen ma być określany procentowo, czy kwotowo. Możliwe są zatem obydwie formy. Przykładowo zamawiający określi, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia. Ustawodawca nie określił również ani minimalnego, ani maksymalnego poziomu zmiany. Innymi słowy uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia nie powstanie w przypadku dowolnej zmiany ceny materiałów lub kosztów, a tylko w przypadku osiągnięcia określonego przez zamawiającego w umowie poziomu. Ocena, czy określony przez zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do wystąpienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia jest odpowiedni, musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot i elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia;

2) Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wskazać początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Tym samym, konstruując postanowienie waloryzacyjne, zamawiający zdecyduje, z którego momentu ceny materiałów lub kosztów będą brane pod uwagę, aby można było ustalić, czy doszło do ich zmiany, a jeśli tak, to czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną przez zamawiającego, co ma znaczenie dla powstania uprawnienia do zażądania zmiany wynagrodzenia. Inaczej mówiąc, zmiany cen lub kosztów zostaną odniesione do aktualnego we wskazanym przez zamawiającego momencie poziomu cen lub kosztów w celu ustalenia, czy osiągnęły one już poziom uprawniający strony do skierowania żądania o zmianę wynagrodzenia;

3) Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, ze względu na ogromne zróżnicowanie poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przedmiot zamówienia, przepis ustawy nie może być nadmiernie kazuistyczny, gdy chodzi o określenie przesłanek zmiany wynagrodzenia. W ramach obowiązku przygotowania projektu umowy poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, ukształtowania także sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia. W tym zakresie ustawodawca ograniczył się jedynie do wskazania dwóch sposobów:

- a. odesłania do wskaźników zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- b. wskazania innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia.

Określenie przez zamawiającego sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia ma jeden zasadniczy cel: umożliwić określenie konkretnej kwoty wynagrodzenia uwzględniającej zaistniałe zmiany ceny materiałów lub kosztów oraz jej wpływu na koszt wykonania zamówienia;

4) Sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Treść tego wymagania nie pozostawia wątpliwości, że wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji, a na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia, w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Tym samym nie będzie podstawy do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia;

5) Okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający, konstruując klauzulę waloryzacyjną, zobowiązany jest nie tylko przewidzieć zmianę wynagrodzenia w określonych sytuacjach, ale także określić, z jaką częstotliwością z takim żądaniem będzie można wystąpić. Analogicznie jak w przypadku ustalania poziomu zmiany ocena, czy przyjęte przez zamawiającego okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia, określone zostały prawidłowo, musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot, wahania cen materiałów lub kosztów i te elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia;

6) Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Uwzględniając, iż zamawiający działają w oparciu o plany finansowe, istotne jest ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Skoro sposób ustalenia maksymalnej wartości



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zmiany wynagrodzenia dopuszczanej przez zamawiającego pozostawiono właśnie jemu, to może on wartość tę ustalić zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jak i maksymalną kwotę, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone.

Zgodnie ze zmienionym brzmieniem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeśli została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

Tym samym późniejsza zmiana pierwotnie ustalonego terminu realizacji umowy na czas dłuższy niż 6 miesięcy nie powoduje automatycznie obowiązku modyfikacji zawartej pierwotnie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzulę waloryzacyjną, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp tworzy się zasadniczo na etapie przygotowania postępowania przygotowując dokumenty zamówienia i ustalając okres obowiązywania umowy.

Jeżeli natomiast zamawiający zastrzegł w dokumentach zamówienia możliwość skorzystania np. z opcji polegającej na wydłużeniu terminu wykonania umowy ponad termin określony w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp brak będzie podstaw do uznania, że zamawiający będzie zwolniony z obowiązku opisanego klauzul waloryzacyjnych, skoro przed zawarciem umowy dopuszcza możliwość realizacji zamówienia w terminie wykraczającym ponad okres z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp.