

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Luty - Marzec 2014 r.

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP” informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP”, rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.

Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP” danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

Spis treści

AKTUALNOŚCI.....	2
➤ Przegląd Gospodarczy Polski	2
➤ Nowe dyrektywy w zakresie zamówień publicznych	2
➤ Sejm uchwalił nowelizację Prawa zamówień publicznych w zakresie podwyższenia progu stosowania ustawy Pzp oraz wprowadzenia zmian uwzględniających specyfikę działalności naukowo-badawczej i kulturalnej.....	3
➤ Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa - nowelizacja ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473).....	5
➤ Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił skargę Prezesa Urzędu na wyrok KIO z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt KIO 2159/13	10
➤ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę zamawiającego na decyzję Prezesa UZP	12
➤ Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną zamawiającego od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.....	16
➤ Roczne sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych	19
PRAWO EUROPEJSKIE.....	21
Nowe dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i koncesji zostały przyjęte przez Parlament Europejski i Radę.	21
OPINIE PRAWNE	27
Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych a powołanie biegłego rzeczoznawcy majątkowego na potrzeby postępowania administracyjnego	27
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	30
Rażąco niska cena – przykład naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzony w trakcie kontroli Prezesa UZP	30
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	39
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	39
ANALIZY SYSTEMOWE.....	48
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2014 – 28.02.2014.....	48

AKTUALNOŚCI

➤ **Przegląd Gospodarczy Polski**

10 marca 2014 Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) opublikowała najnowszy Przegląd Gospodarczy Polski. Skrót raportu dostępny jest na stronie organizacji pod adresem <http://www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-poland.htm>

Przegląd z jednej strony wysoko ocenia zmiany gospodarcze zachodzące w Polsce w ostatnich dekadach z drugiej strony przedstawia zalecenia dotyczące obecnej sytuacji gospodarczej koncentrując się na kwestii rynku pracy i konkurencyjności. W tym kontekście raport odnosi się również do zamówień publicznych i ich znaczącej pozycji dla gospodarki w odniesieniu do konkurencyjności. Raport zwraca uwagę na nadmierne znaczenie kryterium najniższej ceny przy udzielaniu zamówień publicznych i zaleca zmianę praktyki w tym zakresie na rzecz wyboru ofert gwarantujących najlepszą relację jakości do ceny w oparciu o pozacenowe kryteria oceny ofert, w tym kryteria środowiskowe. Podkreśla się, że takie podejście będzie wymagało wzmocnienia kwalifikacji personelu zamawiającego w odniesieniu do kryteriów pozacenowych.

Raport zwraca również uwagę na zagrożenia dla „neutralności procesu udzielania zamówień publicznych” wynikające z niebezpieczeństwa preferencyjnego traktowania na poziomie lokalnym spółek publicznych działających w sektorach zarządzania odpadami, gospodarki wodnej i transportu publicznego. Poza tym, wskazuje się że redukcja nadmiernej biurokracji w wielu sektorach, w tym w odniesieniu do zamówieniach publicznych, poprawi ogólny poziom konkurencyjności jak i transparentności rynku.

➤ **Nowe dyrektywy w zakresie zamówień publicznych**

W lutym br. przyjęte zostały nowe unijne dyrektywy w zakresie zamówień publicznych:

- dyrektywa w sprawie zamówień publicznych,
- dyrektywa w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,
- dyrektywa w sprawie udzielania koncesji .

Termin implementacji dyrektyw do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa w ciągu 24 miesięcy od ich wejścia w życie.

Nowe dyrektywy zastępują obecnie obowiązujące dyrektywy 2004/17/WE oraz 2004/18/WE, a także ustanawiają osobny reżim dla udzielania koncesji.

Więcej informacji w dziale [PRAWO EUROPEJSKIE](#).

➤ **Sejm uchwalił nowelizację Prawa zamówień publicznych w zakresie podwyższenia progu stosowania ustawy Pzp oraz wprowadzenia zmian uwzględniających specyfikę działalności naukowo-badawczej i kulturalnej**

14 marca 2014 r. Sejm po rozpatrzeniu zgłoszonych przez Senat Rzeczypospolitej Polskiej poprawek, uchwalił ustawę o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Sejm odrzucił trzy z pięciu poprawek Senatu. Poprawki miały charakter legislacyjno-redakcyjny.

Ustawa zostanie przekazana do podpisu Prezydenta RP, po podpisaniu zostanie skierowana do publikacji w Dzienniku Ustaw RP. Wejdzie w życie po upływie 14 dnia od dnia ogłoszenia.

Zasadnicza zmiana wprowadzana przedmiotową ustawą dotyczy podwyższenia progu zastosowania ustawy Pzp. Przewidziana w ustawie wysokość progu została zwiększona z 14 000 euro do 30 000 euro. Nowa wysokość progu - 30 000 euro, od którego powstaje obowiązek stosowania ustawy Pzp, będzie dotyczyła wszystkich kategorii zamawiających. Oznacza to, że do udzielania zamówień wyłączonych spod Pzp z uwagi na ich szacunkową wartość nie będzie konieczne spełnianie wymagań określonych ustawą - Prawo zamówień publicznych.

Konsekwencją przyjęcia tego rozwiązania są zmiany w ustawie z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 228, poz. 1368) oraz w ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 217) w przepisach, które odwołują się do kwoty 14 000 euro, warunkującej dotychczas stosowanie ustawy Pzp.

Przedmiotowa nowelizacja wprowadza także dotyczące wąskiego grona zamawiających wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp do zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, czyli mniejszej niż tzw. progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi:

1) służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej, mającej

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju (art. 4 pkt 8a);

2) z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności (art. 4 pkt 8b).

Powyższe zmiany oznaczają, iż zamawiający z sektora finansów publicznych oraz zamawiający będący innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, obowiązani będą do stosowania ustawy Pzp na dostawy lub usług od wartości zamówienia wynoszącej 134 000 euro, natomiast obowiązek stosowania ustawy przez pozostałych zamawiających (z wyjątkiem zamawiających udzielających zamówień sektorowych i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), powstanie jeżeli wartość zamówienia będzie równa lub przekroczy 207 000 euro.

W związku z wprowadzeniem przedmiotowych wyłączeń przedmiotowa nowelizacja wprowadza zmiany w ustawie z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki oraz w ustawie z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, które określają zasady udzielenia zamówień wyłączonych z reżimu przepisów ustawy Pzp.

Zmiany w powyższych ustawach mają na celu zapewnienie pełnej zgodności z prawem Unii Europejskiej przy udzielaniu zamówień na dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów naukowych oraz z zakresu działalności kulturalnej poprzez zobligowanie zamawiających do udzielania zamówień w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie.

Zamawiający udzielając zamówienia z dziedziny nauki lub z zakresu działalności kulturalnej będzie obowiązany do zamieszczenia ogłoszenia o udzielanym zamówieniu w Biuletynie Informacji Publicznej na swojej stronie podmiotowej, a także do niezwłocznego zamieszczania informacji o udzieleniu zamówienia.

Ponadto ustawa zawiera zmiany postulowane przez Prezesa Urzędu wychodzące naprzeciw oczekiwaniom udzielających zamówienia dotyczące badań naukowych i prac rozwojowych. Zaproponowane w ustawie zmiany sprzyjające poprawie sprawnego udzielenia zamówień publicznych dotyczą:

- doprecyzowania wyłączenia stosowania przepisów ustawy dotyczących usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e),
- rozszerzenia przesłanki zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie zamówień na dostawy rzeczy wytwarzanych w celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej, mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, w sytuacji, gdy zamówienie może być wykonane tylko przez jednego, konkretnego wykonawcę (art. 67 ust. 1 pkt 1a),
- wprowadzenia możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z nieprzyznaniem środków na sfinansowanie danego zamówienia z dziedziny badań i rozwoju (art. 93 ust. 1b).

➤ **Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie podwykonawstwa - nowelizacja ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473)**

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Opinie prawne” w katalogu [„Dotyczące ustawy Pzp”](#) zostały zamieszczone odpowiedzi na pytania dotyczące problematyki podwykonawstwa. Zamieszczone odpowiedzi zostały opracowane w związku z wejściem w życie w dniu 24 grudnia 2013 r. ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473). Jest to pierwszy fragment pytań i odpowiedzi dotyczący powyższej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. W miarę dalszego napływu pytań, zamieszczane będą kolejne odpowiedzi bądź treść zamieszczonych odpowiedzi będzie rozszerzana.

Podwykonawstwo – nowelizacja ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473), dalej zwanej: „ustawą Pzp”.

1. Jaki jest zakres umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp)?

Cechami umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp jest:

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

Ww. definicja umowy o podwykonawstwo określona w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp ma zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, z wyjątkiem przepisów dot. zamówień w dziedzinach obronności i

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

bezpieczeństwa (art. 131a i n. ustawy Pzp), które posiadają autonomiczną definicję umowy o podwykonawstwo.

Usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią zamówienia publicznego. Odwołując się w szczególności do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wykształconego na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, przyjąć należy, iż analogicznie dla interpretacji art. 2 pkt 9b ustawy Pzp „pod pojęciem części zamówienia należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia”. 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. Nie będą objęte zakresem umowy o podwykonawstwo, takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które wprawdzie będą powiązane z przedmiotem zamówienia, ale nie będą służyły jego realizacji, np. usługi ubezpieczeniowe lub prawnicze.

Z definicji umowy o podwykonawstwo wynika zróżnicowanie kręgu podmiotów uprawnionych do zawierania tego typu umów w zależności, od rodzaju zamówienia publicznego, którego umowy te dotyczą. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, istnieje możliwość zawarcia umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą zamówienia, a innym podmiotem (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 podmiotem trzecim (podwykonawcą), ale także, pomiędzy podmiotem trzecim (podwykonawcą), a innym podmiotem (dalszym podwykonawcą).

Zakres ochrony przysługującej podwykonawcom uległ zatem istotnemu rozszerzeniu na gruncie ustawy Pzp w związku z objęciem przez uregulowania w zakresie umowy o podwykonawstwo nie tylko podwykonawców robót budowlanych, jak ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego, ale także podwykonawców dostaw i usług biorących udział w realizacji zamówienia publicznego, oraz tzw. dalszych podwykonawców (w zakresie podwykonawstwa na dostawy, usługi lub roboty budowlane realizowanego w ramach zamówienia na roboty budowlane). W związku z powyższym, podwykonawcy usług i dostaw, którzy w dotychczasowym stanie prawnym pozbawieni byli możliwości egzekwowania swoich roszczeń bezpośrednio od zamawiającego, w przypadku, gdy generalny wykonawca nie regulował względem nich swoich zobowiązań, zostali zrównani w tym zakresie z podwykonawcami robót budowlanych, otrzymując na gruncie ustawy Pzp takie same uprawnienia (instrumenty prawne).

2. Czy jest możliwe powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom?

Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.

3. W jakim terminie wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane ma przedkładać zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (art. 143b ust. 5 ustawy Pzp) lub poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi (art. 143b ust. 8 ustawy Pzp)?

Termin siedmiodniowy przewidziany w art. 143b ust. 5 ustawy Pzp na złożenie kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane oraz w art. 143b ust. 8 ustawy Pzp na złożenie kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w przypadku zamówienia na roboty budowlane jest ustawowym terminem maksymalnym na złożenie przedmiotowych umów przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Mimo, że ustawa Pzp nie przewiduje sankcji za przekroczenie ww. terminu zauważyć należy, że uchybienie terminowi przewidzianemu w art. 143b ust. 5 i 8 ustawy Pzp może przyczynić się do uchylecia obowiązku dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Dokonanie przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia łączy się bowiem z uprzednią akceptacją umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub odpowiednim przedłożeniem umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Należy również zauważyć, iż wynagrodzenie wypłacane przez zamawiającego w ramach bezpośredniej zapłaty dotyczy tylko należności powstałych odpowiednio po akceptacji umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane lub po przedłożeniu umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi.

4. Czy zamawiający powinien przewidzieć zasady, a w szczególności termin na odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy Pzp?

Możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego związana jest wyłącznie z dokonaniem przez zamawiającego wielokrotnej bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku, gdy podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty (por. art. 143c ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp).

Przepis art. 143c ust. 7 ustawy Pzp stanowi odrębną od rozwiązań Kodeksu cywilnego podstawę prawną do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, inaczej niż ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego (por. art. 395 Kc), nie przewiduje się w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu do odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy Pzp przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy.

Co więcej, przepis art. 143c ust. 7 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens) i podlega ścisłej wykładni. W związku z tym, strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie tylko nie muszą, lecz wręcz nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin do skorzystania z ww. uprawnienia do odstąpienia od umowy. Takie postanowienie byłoby bowiem sprzeczne z normą art. 143c ust. 7 ustawy Pzp.

5. Czy wielokrotne złożenie kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy do depozytu sądowego (art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp), może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego z tytułu wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, lub konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 143c ust. 7 ustawy Pzp)?

Wielokrotne złożenie przez zamawiającego do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, jak również wielokrotne złożenie do depozytu sądowego kwoty pieniężnej przekraczającej 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, w oparciu o art. 143c ust. 7 ustawy Pzp.

6. Jakie są konsekwencje złożenia do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na podstawie art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, dla uznania za spełnione świadczenia zamawiającego względem wykonawcy?

Mając na uwadze fakt, iż do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), ważne złożenie do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, a więc w sytuacji odpowiadającej hipotezie normy z art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, ma takie same skutki, jak spełnienie świadczenia (art. 470 Kc).

Zamawiający poprzez złożenie określonej kwoty do depozytu sądowego w sytuacji odpowiadającej hipotezie normy z w art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zwalnia się w przedmiotowym zakresie z

obowiązku wypłaty odpowiadającej tej kwocie części wynagrodzenia wykonawcy, uzyskując jednocześnie roszczenie o zwrot kosztów złożenia ww. kwoty do depozytu sądowego.

7. Czy w umowie o roboty budowlane zawieranej z wykonawcą mogą być regulowane zasady zawierania umów o podwykonawstwo (art. 143d ust. 1 ustawy Pzp)?

Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.

Norma z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp stanowi w powyższym zakresie na gruncie ustawy Pzp odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego. Wskazany przepis nie ma natomiast zastosowania do treści umów o roboty budowlane, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp. Brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

8. Czy jest możliwa zmiana lub rezygnacja z podwykonawcy dotycząca podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy dany warunek był przedmiotem punktowania w celu ustalenia pozycji wykonawcy w rankingu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu dwuetapowym (np. w przetargu ograniczonym, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnym), w sytuacji o której mowa w art. 36b ust. 2 ustawy Pzp?

W sytuacji zmiany lub rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca (lub wykonawca samodzielnie) spełnia dany warunek udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podwykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które pozwala na złożenie oferty w postępowaniu dwuetapowym, to w przypadku zmiany lub rezygnacji z takiego podwykonawcy, wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca (lub wykonawca samodzielnie) spełnia dany warunek udziału w postępowaniu w stopniu, który umożliwiałby dalszy udział w drugim etapie postępowania. Przy czym, obowiązek wykazania powyższych okoliczności w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego spoczywa na wykonawcy.

9. Czy brak zadeklarowania realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców na etapie składania ofert uniemożliwia zawarcie umów o podwykonawstwo na etapie realizacji umowy?

W przypadku, gdy oferta wykonawcy realizującego roboty budowlane nie zawierała wskazania części, którą na etapie realizacji zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcy, co do zasady oznacza zobowiązanie się wykonawcy do samodzielnego realizowania zamówienia. Zmiana w tym zakresie stanowić będzie zmianę umowy, a jej dopuszczalność powinna być oceniana w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Co do zasady, z punktu widzenia ustawy Pzp, zmiana zakresu podwykonywanych robót może być uznana za nieistotną zmianę umowy w sprawie zamówienia, jeżeli wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu i w odniesieniu do tej części nie została wyłączona dopuszczalność podwykonawstwa.

➤ **Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił skargę Prezesa Urzędu na wyrok KIO z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt KIO 2159/13**

[Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2014 r. \(sygn. akt X Ga 652/13\)](#) Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił w całości skargę Prezesa Urzędu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2159/13), dotyczący kwestii dopuszczalności przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego, materiału dowodowego będącego podstawą orzekania oraz możliwości wpływania wykonawcy na decyzję zamawiającego w przedmiocie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W wyroku z dnia 17 września 2013 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 2159/13 Izba wskazała, że dopuszczalne jest przystąpienie do postępowania odwoławczego przez wykonawcę po stronie odwołującego, pomimo, że w takim przypadku wykonawca występował w postępowaniu przed KIO przeciwko własnej ofercie i ją kwestionował. Izba uznała również, że oświadczenie wykonawcy złożone w toku postępowania odwoławczego może być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu kwestii prawidłowości czynności zamawiającego, która została poddana kontroli na skutek wniesienia odwołania. Izba wskazała, że wyjaśnienia wykonawcy złożone w toku postępowania odwoławczego mogą mieć wpływ na nakazanie zamawiającemu wykonania czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wniesiona przez Prezesa Urzędu skarga dotyczyła fundamentalnych kwestii związanych z udzielaniem zamówień publicznych w zakresie zasad i okoliczności wyjaśniania rażąco niskiej ceny oraz postępowaniem odwoławczym w zakresie dopuszczalności przystąpienia wykonawcy do

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

postępowania odwoławczego po stronie swojego konkurenta. W skardze Prezes Urzędu kwestionował również dopuszczalność uznania czynności zamawiającego za nieprawidłową w oparciu o okoliczności nieznanne zamawiającemu w trakcie postępowania, ujawnione dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Podniesione w skardze Prezesa Urzędu zarzuty dotyczyły następujących kwestii:

1. braku możliwości uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w oparciu o okoliczności, które nie były znane Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a więc podczas podejmowania czynności lub zaniechania czynności, które następnie były przedmiotem odwołania i postępowania odwoławczego przed Izbą,
2. braku legitymacji wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do przystąpienia do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą po stronie odwołującego się (konkurencyjnego względem niego Wykonawcy), co faktycznie spowodowało się do kwestionowania przez Przystępującego do postępowania odwoławczego własnej oferty i korzystnego dla Przystępującego postępowania zamawiającego,
3. niedopuszczalności oparcia przez Izbę rozstrzygnięcia w sprawie odwoławczej na oświadczeniu Przystępującego, który nie miał interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego w celu pośredniego kwestionowania prawidłowości złożonej przez siebie w postępowaniu oferty, które stanowiło jedyny dowód, w oparciu, o który Izba uwzględniła odwołanie,
4. braku uprawnienia wykonawcy do wpływania na decyzję zamawiającego w zakresie konieczności zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w związku z tym, że z obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych wynika, że decyzja w tym zakresie należy do kompetencji zamawiającego, odpowiedzialnego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając skargę Prezesa Urzędu w całości, Sąd Okręgowy wskazał, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie może być rozumiany jako możliwość występowania w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Sąd Okręgowy wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negocjowanie własnych ofert, a dopuszczenie do takiej sytuacji stanowi aprobatę dla działania wykonawców zmierzających do wycofania się z różnych powodów ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, w szczególności bez utraty wniesionego wadium.

Sąd Okręgowy wskazał również, że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. „Stan rzeczy”, o którym mowa w

przywołanym wyżej przepisie dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania odwoławczego. Sąd Okręgowy uznał, że Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp biorąc pod uwagę stan rzeczy, który istniał w czasie wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, a nie w czasie dokonania lub zaniechania kontrolowanej przez KIO czynności zamawiającego. Zatem Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Prezesa Urzędu, że okoliczności nie znane zamawiającemu w momencie dokonywania kontrolowanej przez Izbę czynności nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości tego działania zamawiającego.

Sąd Okręgowy wskazał również, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w zakresie wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące podejrzenia zaistnienia rażąco niskiej ceny mogą mieć wpływ wykonawcy.

➤ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę zamawiającego na decyzję Prezesa UZP

Wyrokiem z dnia 17 grudnia 2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 2406/13) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę zamawiającego na decyzję Prezesa UZP w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł z tytułu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówienia na zagospodarowanie popiołu dennego o kodzie 10 01 24 z bloku 460 MW elektrowni.

W zaskarżonej decyzji Prezes UZP uznał, że brak jest podstaw do uznania, iż faktycznie – jak twierdził zamawiający – w sprawie niniejszej zaistniała którakolwiek z ustawowych przesłanek uzasadniających zastosowanie przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki.

Brak było w szczególności podstaw do uznania, że przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przekonanie zamawiającego, że na rynku nie funkcjonuje inny podmiot, który podjąłby się realizacji owego zamówienia, oparto przede wszystkim na fakcie unieważnienia wcześniej wszczętego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze względu na nie złożenie w tym postępowaniu choćby jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu, jak również przypuszczeniu, że kolejne postępowania prowadzone w trybach konkurencyjnych nie dają gwarancji, że inny podmiot złoży ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Żadna z przywołanych przez zamawiającego okoliczności, w tym trudności w udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym z uwagi na konieczność unieważnienia kolejnych postępowań ze względu na przyczyny formalne, nie może uzasadnić udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy.

Dla spełnienia przesłanki z tego przepisu konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca, który jest w stanie wykonać zamówienie; za niewystarczające uznać należy natomiast ustalenie, że w danym momencie tylko jeden wykonawca skłonny jest podjąć się wykonania zamówienia. Innymi słowy, skorzystanie z dobrodziejstwa art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy możliwe jest jedynie w przypadku wykazania, że poza jednym nie ma innych wykonawców, którzy mogliby wykonać zamówienie, a nie wtedy, gdy co prawda istnieje więcej niż jeden taki wykonawca, lecz zainteresowanie uzyskaniem tego konkretnego zamówienia zgłasza tylko on.

Prezes UZP zauważył, iż wynik nieformalnego, nie znajdującego poparcia w przepisach ustawy, rozeznania rynku, na które powołał się zamawiający, może potwierdzać jedynie, że w czasie, kiedy rozeznanie to było dokonywane nie było innych podmiotów, które były zainteresowane realizacją przedmiotowego zamówienia. Fakt wyrażenia zainteresowania wykonaniem zamówienia tylko przez jednego wykonawcę nie dowodzi, że nie istniały wówczas inne podmioty potencjalnie zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia. O tym, że podmioty takie faktycznie istniały, świadczył zarówno fakt skierowania do nich wspomnianego nieformalnego zapytania, jak i treść informacji uzyskanych przez Prezesa UZP w toku postępowania administracyjnego.

Prezes UZP zauważył nadto, iż od chwili przeprowadzenia przez zamawiającego rozeznania rynku do dnia udzielenia zamówienia upłynęły 4 miesiące. Na decyzję o braku wyrażenia zainteresowania zamówieniem przez podmioty zdolne do jego realizacji mógł mieć także wpływ nieformalny, a zatem niewiążący, charakter rozeznania dokonanego przez Stronę.

Przywołane przez zamawiającego trudności w prawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia ze względu na jego prototypowość nie mogą usprawiedliwić udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zdaniem Prezesa UZP, w przedmiotowej sprawie nie zaistniała także przesłanka wymieniona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Prezes UZP zauważył, iż planowana na początek września 2008 r. data pierwszego wypustu popiołu dennego znana była zamawiającemu na długo przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia na zagospodarowanie tego odpadu (już w kontraktowym harmonogramie inwestycyjnym datowanym na dzień 30 grudnia 2002 r.), decyzję o przeprowadzeniu

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający podjął natomiast na początku marca 2008 r. Pomimo tego dopiero w dniu 10 czerwca 2008 r. zostało przekazane ogłoszenie o zamówieniu z ustalonym terminem składania ofert na dzień 5 sierpnia 2008 r. Mając na uwadze wskazywaną przez zamawiającego konieczność zapewnienia odbioru odpadu od dnia 1 września 2008 r. należy stwierdzić, iż procedura przetargu nieograniczonego została wszczęta w terminie, który przy przewidzeniu wszystkich zdarzeń oraz wynikających z nich obowiązków i terminów określonych ustawą, nie pozwalał na udzielenie zamówienia przed wskazaną datą pierwszego wypadu popiołu.

Zdaniem Prezesa UZP, obowiązkiem zamawiającego jest działanie z należytą starannością, która w odniesieniu do zabezpieczenia zaspokajania potrzeb zamawiającego od oznaczonego terminu powinna się przejawiać w odpowiednio wczesnym wszczęciu postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących w tym postępowaniu wystąpić, w szczególności z uwzględnieniem czasu potrzebnego na ewentualne wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów, badanie i ocenę ofert oraz skorzystanie przez wykonawców z przysługujących im środków ochrony prawnej, a także ich rozpoznanie przez uprawnione podmioty. Brak należytej staranności w tym zakresie musi być oceniony jako okoliczność zależna od zamawiającego, a w związku z tym nie może być uzasadnieniem dla odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych ze względu na niemożliwość jej przewidzenia i brak winy zamawiającego.

W świetle powyższych rozważań, również żadne z pozostałych okoliczności podniesionych przez zamawiającego, a mianowicie niebezpieczeństwo opóźnienia realizacji zamówienia głównego, tj. budowy bloku 460 MW, jak również groźba narażenia Zamawiającego na wymierne straty finansowe, spowodowane opóźnieniem uruchomienia wspomnianego bloku, nie mogły stanowić przesłanki do zastosowania przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 3 ustawy.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podzielił w pełni powyższe stanowisko.

Jego zdaniem:

1. Za wyjątkową sytuację należy w przedmiotowej sprawie uznać sytuację, w której wobec bliskiego terminu uruchomienia nowego bloku energetycznego i w konsekwencji pojawienia się konieczności zagospodarowania popiołu, nie został wyłoniony wykonawca usługi zagospodarowania popiołu.
2. W sytuacji, gdy konieczne jest znalezienie wykonawcy zamówienia, postępowanie w sprawie udzielenia takiego zamówienia powinno zostać wszczęte z odpowiednim

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

wyprzedzeniem, uwzględniającym możliwość opóźnienia spowodowanego np. unieważnieniem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego i koniecznością ponownego prowadzenia procedury przetargowej. Nawet jeżeli harmonogram budowy wspomnianego prototypowego bloku energetycznego był wielokrotnie zmieniany, to nie zwalniało to skarżącego od podjęcia działań zmierzających do znalezienia wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem, które pozwoliłoby na zachowanie przewidzianych prawem procedur. Powstanie sytuacji, w której zamawiający nie miał już czasu na przeprowadzenie zwykłej procedury wyłonienia wykonawcy zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych i zdecydował się na tryb nadzwyczajny w postaci zamówienia z wolnej ręki, spowodowane zostało zbyt późnym rozpoczęciem przez niego procedury poszukiwania wykonawcy. Dlatego nie można uznać, że przyczyny powstania wyjątkowej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego.

3. Nie może być usprawiedliwieniem późnego rozpoczęcia poszukiwania wykonawcy fakt, iż skład chemiczny i właściwości mającego powstawać w przyszłości popiołu dennego nie były do końca znane, co utrudniało precyzyjne sformułowanie istotnych warunków zamówienia i znalezienie wykonawcy, ponieważ brak możliwości precyzyjnego określenia wszystkich właściwości popiołu istniał od momentu podjęcia decyzji o budowie bloku energetycznego i trwał aż do jego uruchomienia.
4. Co do przesłanki stanowiącej, że „zamawiający nie mógł przewidzieć powstania wyjątkowej sytuacji”, w pełni zasadne było stanowisko Prezesa UZP, „iż działający z należytą starannością zamawiający powinien przewidzieć, że postępowanie o zamówienie publiczne, prowadzone zgodnie z przepisami ustawy, może zakończyć się niewybraniem wykonawcy owego zamówienia, postępowanie to może zostać bowiem – stosownie do art. 93 ust. 1 ustawy – unieważnione, m.in. z powodu nie złożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu (vide pkt 1 powołanego przepisu)”. Za trafne należy uznać twierdzenie, że w sytuacji, gdy konieczne jest znalezienie wykonawcy zamówienia, którego termin realizacji jest ściśle określony, postępowanie związane z jego udzieleniem powinno zostać wszczęte z odpowiednim wyprzedzeniem, po to, aby możliwe było uwzględnienie potencjalnych opóźnień spowodowanych np. koniecznością unieważnienia takiego postępowania i jego ponownego przeprowadzenia.
5. Dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie

faktycznie wyłącznie jednego wykonawcy, który jest w stanie wykonać określone zamówienie. Przesłanka jednego wykonawcy nie oznacza wykonawcy, który jako jedyny jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który jako jedyny jest w stanie określone zamówienie wykonać. Tym samym zamawiający nie może zastosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie istnieje więcej niż jeden wykonawca mogący wykonać usługę będącą przedmiotem zamówienia. Już z samego faktu, iż zamawiający zwrócił się do 8 firm jako potencjalnych wykonawców wynika, iż wykonawców mogących wykonać usługę zagospodarowania było więcej niż tylko jeden, co wyklucza stwierdzenie spełnienia wskazanej przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Wyrok nie jest prawomocny.

➤ **Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną zamawiającego od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie**

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2013 r. (sygn. akt II GSK 1337/12) Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę zamawiającego od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 kwietnia 2012 r. (sygn. akt V SA/Wa 324/12), oddalającego skargę zamawiającego na decyzję Prezesa UZP w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł z tytułu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówienia na zagospodarowanie popiołu dennego o kodzie 10 01 82 z bloku 460 MW elektrowni.

W zaskarżonej decyzji Prezes UZP uznał, że brak jest podstaw do uznania, iż faktycznie – jak twierdził zamawiający – w sprawie niniejszej zaistniała którakolwiek z ustawowych przesłanek uzasadniających zastosowanie przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki.

Brak było w szczególności podstaw do uznania, że przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przekonanie zamawiającego, że na rynku nie funkcjonuje inny podmiot, który podjąłby się realizacji owego zamówienia, oparto przede wszystkim na fakcie unieważnienia wcześniej wszczętego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze względu na nie złożenie w tym postępowaniu choćby jednej oferty nie podlegającej odrzuceniu, jak również

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

przypuszczeniu, że kolejne postępowania prowadzone w trybach konkurencyjnych nie dają gwarancji, że inny podmiot złoży ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Żadna z przywołanych przez zamawiającego okoliczności, w tym trudności w udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym z uwagi na konieczność unieważnienia kolejnych postępowań ze względu na przyczyny formalne, nie może uzasadnić udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy.

Dla spełnienia przesłanki z tego przepisu konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca, który jest w stanie wykonać zamówienie; za niewystarczające uznać należy natomiast ustalenie, że w danym momencie tylko jeden wykonawca skłonny jest podjąć się wykonania zamówienia. Innymi słowy, skorzystanie z dobrodziejstwa art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy możliwe jest jedynie w przypadku wykazania, że poza jednym nie ma innych wykonawców, którzy mogliby wykonać zamówienie, a nie wtedy, gdy co prawda istnieje więcej niż jeden taki wykonawca, lecz zainteresowanie uzyskaniem tego konkretnego zamówienia zgłasza tylko on.

Prezes UZP zauważył, iż wynik nieformalnego, nie znajdującego poparcia w przepisach ustawy, rozeznania rynku, na które powołał się zamawiający, może potwierdzać jedynie, że w czasie, kiedy rozeznanie to było dokonywane nie było innych podmiotów, które były zainteresowane realizacją przedmiotowego zamówienia. Fakt wyrażenia zainteresowania wykonaniem zamówienia tylko przez jednego wykonawcę nie dowodzi, że nie istniały wówczas inne podmioty potencjalnie zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia. O tym, że podmioty takie faktycznie istniały, świadczył zarówno fakt skierowania do nich wspomnianego nieformalnego zapytania, jak i treść informacji uzyskanych przez Prezesa UZP w toku postępowania administracyjnego.

Prezes UZP zauważył nadto, iż od chwili przeprowadzenia przez zamawiającego rozeznania rynku do dnia udzielenia zamówienia upłynęły 4 miesiące. Na decyzję o braku wyrażenia zainteresowania zamówieniem przez podmioty zdolne do jego realizacji mógł mieć także wpływ nieformalny, a zatem niewiążący, charakter rozeznania dokonanej przez Stronę.

Przywołane przez zamawiającego trudności w prawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia ze względu na jego prototypowość nie mogą usprawiedliwić udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zdaniem Prezesa UZP, w przedmiotowej sprawie nie zaistniała także przesłanka wymieniona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Prezes UZP zauważył, iż planowana na początek września 2008 r. data pierwszego wypustu popiołu dennego znana była zamawiającemu na długo przed podjęciem decyzji o udzieleniu

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

zamówienia na zagospodarowanie tego odpadu (już w kontraktowym harmonogramie inwestycyjnym datowanym na dzień 30 grudnia 2002 r.), decyzję o przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający podjął natomiast na początku marca 2008 r. Pomimo tego dopiero w dniu 10 czerwca 2008 r. zostało przekazane ogłoszenie o zamówieniu z ustalonym terminem składania ofert na dzień 5 sierpnia 2008 r. Mając na uwadze wskazywaną przez zamawiającego konieczność zapewnienia odbioru odpadu od dnia 1 września 2008 r. należy stwierdzić, iż procedura przetargu nieograniczonego została wszczęta w terminie, który przy przewidzeniu wszystkich zdarzeń oraz wynikających z nich obowiązków i terminów określonych ustawą, nie pozwalał na udzielenie zamówienia przed wskazaną datą pierwszego wypadu popiołu.

Zdaniem Prezesa UZP, obowiązkiem zamawiającego jest działanie z należytą starannością, która w odniesieniu do zabezpieczenia zaspokajania potrzeb zamawiającego od oznaczonego terminu powinna się przejawiać w odpowiednio wczesnym wszczęciu postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących w tym postępowaniu wystąpić, w szczególności z uwzględnieniem czasu potrzebnego na ewentualne wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów, badanie i ocenę ofert oraz skorzystanie przez wykonawców z przysługujących im środków ochrony prawnej, a także ich rozpoznanie przez uprawnione podmioty. Brak należytej staranności w tym zakresie musi być oceniony jako okoliczność zależna od zamawiającego, a w związku z tym nie może być uzasadnieniem dla odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych ze względu na niemożliwość jej przewidzenia i brak winy zamawiającego.

W świetle powyższych rozważań, również żadne z pozostałych okoliczności podniesionych przez zamawiającego, a mianowicie niebezpieczeństwo opóźnienia realizacji zamówienia głównego, tj. budowy bloku 460 MW, jak również groźba narażenia Zamawiającego na wymierne straty finansowe, spowodowane opóźnieniem uruchomienia wspomnianego bloku, nie mogły stanowić przesłanki do zastosowania przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia trybu z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 3 ustawy.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podzielił w pełni powyższe stanowisko i oddalił skargę zamawiającego na przywołaną wyżej decyzję Prezesa UZP.

Zamawiający zaskarżył [wyrok WSA](#) do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

NSA oddalił skargę kasacyjną.

Jego zdaniem:

1. Brak jest podstaw do uznania, że w sprawie niniejszej zostały spełnione przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Dla przyjęcia, że przesłanki te zostały spełnione, konieczne byłoby ocenienie zaistnienia sytuacji nieprzewidywalnej w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą należałoby zachować. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego (np. katastrofy, awarie).
2. Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie może być też spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia.
3. Przesłanka wyboru trybu z wolnej ręki przewidziana jest dla jak najszybszego, natychmiastowego wykonania czynności objętych zamówieniem. Aby skorzystać z tego trybu, musi istnieć pilna potrzeba udzielenia zamówienia z powodu okoliczności, których wcześniej zamawiający nie mógł przewidzieć. Sąd I instancji prawidłowo ocenił te przesłanki w kontekście tych powodów, które zostały wskazane przez stronę. Oceny tej nie może zmienić charakter inwestycji, a który był znany od samego początku zawarcia umowy i słusznie Sąd I instancji podkreślił, że należało się do tego wcześniej przygotować.
4. Wyznaczenie postępowania przetargowego i konsekwencji związanych z tym przetargiem, jak też rodzaj inwestycji obciąża stronę, bo nie są to zdarzenia nieprzewidywalne. Prototypowość inwestycji także przemawia za obowiązkiem dołożenia należytej staranności.

Wyrok jest prawomocny.

➤ **Roczne sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych**

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Opinie prawne” w katalogu „Dotyczące ustawy Pzp” została zamieszczona opinia prawna [„Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych”](#) oraz [„Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach”](#), które stanowią zestawienie odpowiedzi na pytania, jakie w tym zakresie zostały skierowane do Urzędu Zamówień Publicznych.

Materiały zostały opracowane w związku z wejściem w życie w dniu 27 grudnia 2013 r. **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2013 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego**

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. poz. 1530), które zastąpi dotychczas obowiązujące rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2006 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. Nr 155, poz. 1110 oraz z 2007 r. Nr 175, poz. 1226).

PRAWO EUROPEJSKIE

Nowe dyrektywy w sprawie zamówień publicznych i koncesji zostały przyjęte przez Parlament Europejski i Radę.

Parlament Europejski, w dniu 15 stycznia 2014 roku, oraz Rada, w dniu 11 lutego 2014 roku, przyjęły pakiet trzech dyrektyw:

- dyrektywę w sprawie zamówień publicznych zastępującą obecną dyrektywę 2004/18/WE,
- dyrektywę w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych zastępującą dyrektywę 2004/17/WE oraz
- dyrektywę w sprawie udzielania koncesji.

Wprowadzenie nowych, zmodernizowanych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych wyniknęło z konieczności zrewidowania i unowocześnienia obowiązującego prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, w celu lepszego dopasowania przepisów pod kątem zmieniającej się sytuacji politycznej, społecznej i gospodarczej.

Nowe regulacje zostały opracowane z uwzględnieniem **tzw. „podejścia opartego na narzędziach”**. Oznacza to, że głównym zamierzeniem projektodawcy było udostępnienie instytucjom i podmiotom zamawiającym możliwie szerokiej gamy narzędzi pozwalających im w sposób optymalny zorganizować proces udzielania zamówienia. Konsekwencją takiego podejścia jest fakt, że większość przepisów zawartych w nowych dyrektywach **będzie obowiązkowa** do wdrożenia do krajowych regulacji.

Wprowadzone zmiany przede wszystkim **upraszczają i przyspieszają** proces udzielania zamówień publicznych przewidując w szczególności obowiązkowe przejście na komunikację elektroniczną między wykonawcą i zamawiającym, krótsze niż dotychczas terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert oraz regulując w szerszym niż dotychczas zakresie wstępne konsultacje rynkowe (znane wcześniej jako tzw. dialog techniczny), a także takie narzędzia jak katalogi elektroniczne. Ułatwiają również skorzystanie z procedury dialogu konkurencyjnego i procedury konkurencyjnej z negocjacjami (obecne negocjacje z ogłoszeniem).

Nowe przepisy ułatwiają także ubieganie się o zamówienia publiczne, przede wszystkim poprzez zmniejszenie wymagań stawianych wykonawcom w zakresie dokumentacji oraz ograniczenie maksymalnego poziomu wymagań w odniesieniu do zdolności ekonomicznej i

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

finansowej wykonawców, nakładając jednakże większy zakres obowiązków w zakresie weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców na instytucje zamawiające. W szerszym niż dotychczas wymiarze ma również być wykorzystywana baza e-Certis.

Jednocześnie przepisy nowych dyrektyw doprecyzowują – w ślad za orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE – szereg zagadnień, które dotychczas budziły wątpliwości w praktyce, na przykład: wykluczenie wykonawcy winnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy czy ograniczenie możliwości powoływania się na zdolność podmiotów trzecich w przypadku kluczowych elementów zamówienia.

Ponadto, nowe przepisy kodyfikują zasady powierzania zadań i zawierania umów w ramach współpracy publiczno-publicznej, w tym zamówień udzielanych podmiotom zależnym (powiązanym) (tzw. zamówienia typu in-house).

Dyrektywy zrywają także z dotychczasową typologią kryteriów oceny ofert przewidzianą na gruncie obecnie obowiązujących przepisów: najniższej ceny oraz oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zgodnie z nowymi regulacjami instytucje zamawiające mają udzielać zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie może natomiast obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą ocenia się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, ekologiczne lub społeczne związane z przedmiotem zamówienia. Może też być określana na podstawie ceny lub kosztu (z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak koszt cyklu życia). Oznacza to, że cena nadal będzie mogła być jedynym kryterium oceny oferty. Nowe regulacje unijne umożliwiają jednak położenie większego nacisku na jakość towarów czy też zamawianych usług i koszty ponoszone przez zamawiającego w trakcie całego cyklu korzystania z przedmiotu zamówienia. Jednocześnie upoważniają państwa członkowskie do ograniczenia możliwości stosowania najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia.

Przepisy dyrektyw promują ponadto rozwiązania innowacyjne, wprowadzając m.in. szczególny rodzaj współpracy zamawiającego z wykonawcami pn. partnerstwo innowacyjne.

W nowych dyrektywach znalazły się również rozwiązania, które już obecnie funkcjonują w polskim systemie zamówień publicznych oraz takie, które były postulowane przez Polskę w toku negocjacji. Dla przykładu należy wskazać wprowadzenie do dyrektyw wymogu aby podmiot, na którego doświadczenie i wiedzę powołuje się wykonawca brał udział w wykonaniu zamówienia czy wprowadzenie do dyrektywy sektorowej procedury dialogu konkurencyjnego, o które zabiegała Polska, a także wprowadzenie w dyrektywach

możliwości dokonywania płatności bezpośrednio na rzecz podwykonawców, która już istnieje w ustawie Prawo zamówień publicznych.

1. Nowa dyrektywa w sprawie zamówień publicznych

Nowa dyrektywa zawiera w ogromnej większości przepisy obligatoryjne, pozostawiając w tym względzie niewielkie pole do manewru dla wdrażających je państw członkowskich. Spora część fakultatywnych do tej pory przepisów, ujętych w dyrektywie 2004/18/WE, stała się obligatoryjna.

Nowa dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązki m.in. w **zakresie monitorowania**.

Przewiduje **uelastycznienie procedur udzielania zamówień** (weryfikacja kwalifikacji wykonawcy w oparciu o dokumenty, które ma pozyskać sam zamawiający, jednolity dokument zamówienia itp.) nie wprowadza natomiast zasadniczych zmian w zakresie dostępnych procedur zamówień publicznych: nowością jest **partnerstwo innowacyjne**, zmianie uległa procedura negocjacyjna z ogłoszeniem, która stała się, jako nowa **procedura konkurencyjna z negocjacjami**, łatwiej dostępna dla zamawiających. W szerszym niż dotychczas zakresie będzie mógł także być wykorzystywany dialog konkurencyjny.

Zmian dokonano w zakresie **systemu zakupów dynamicznych** (uproszczenie) oraz **umowach ramowych**. Uszczegółowiono regulacje, zawarte dotychczas jedynie w preambule do dyrektywy 2004/18/WE, w zakresie **katalogów elektronicznych**. Istotne zmiany dotyczą wykorzystania **narzędzi elektronicznych**, jak również w zakresie kwalifikacji wykonawców (zwłaszcza przesłanki wykluczenia) oraz kryteriów udzielenia zamówienia. Nowością są ponadto przepisy dotyczące tzw. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

W zakresie **polegania na zdolności innych podmiotów** (tego rodzaju możliwość dotyczy sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak również zdolności technicznej i zawodowej) zasady powoływania się na podmioty trzecie nie odbiegają od dotychczas stosowanych. Warto tylko zwrócić uwagę na to, że w przypadku kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących doświadczenia zawodowego wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te podmioty będą realizować roboty budowlane lub usługi, do których ich zdolności są potrzebne. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby

określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy.

Dyrektywa zawiera nowe, bardziej szczegółowe przepisy dotyczące **podwykonawstwa**. Reguluje kwestie przestrzegania przez podwykonawców obowiązków określonych w art. 18 ust. 2, bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców (fakultatywne dla państw członkowskich), przekazywania określonych informacji zamawiającym w zakresie podwykonawców a także sprawdzania czy nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia.

Termin implementacji dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa zasadniczo w ciągu 24 miesięcy od jej wejścia w życie.

W ciągu 54 miesięcy od wejścia w życie dyrektywy państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić stosowanie środków komunikacji elektronicznej w zamówieniach publicznych; wymóg ten, w przypadku tzw. centralnych jednostek zakupowych zaczyna obowiązywać w ciągu 36 miesięcy od wejścia w życie dyrektywy. W ciągu 48 miesięcy od wejścia w życie dyrektywy powinny być wdrożone przepisy dotyczące tzw. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (art. 59 ust. 2).

Do upływu 54 miesięcy od wejścia państwa członkowskie mogą odroczyć:

- stosowanie art. 59 ust. 5 (odnajdywanie przez samych zamawiających informacji o wykonawcach w bezpłatnych krajowych bazach danych) oraz
- art. 61 ust. 2 (korzystanie przez zamawiających z e – Certis).

2. Nowa dyrektywa w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Dyrektywa sektorowa w dużej części powtarza regulacje zawarte w dyrektywie klasycznej, zatem przepisy, co do których państwa członkowskie mają częściową lub całkowitą swobodę uznania czy i w jakim zakresie implementować je do prawa krajowego w dużej mierze pokrywają się z przepisami dyrektywy klasycznej.

Zamówieniami objętymi dyrektywą są zamówienia na dostawy, roboty budowlane lub usługi, jeżeli są przeznaczone na potrzeby wykonywania danej działalności sektorowej.

Nowością jest możliwość zastosowania **dialogu konkurencyjnego** w sektorowych zamówieniach (na skutek zabiegów Polski). Przy czym zastosowanie dialogu konkurencyjnego w zamówieniach sektorowych (w odróżnieniu od zamówień klasycznych) nie jest uzależnione od wystąpienia określonych przesłanek.

Różnice pomiędzy nową dyrektywą klasyczną, a nową dyrektywą sektorową dotyczą **konkurencyjnej procedury negocjacyjnej**. W dyrektywie klasycznej procedura ta nazywa się **procedurą konkurencyjną z negocjacjami** a w sektorowej **procedurą negocjacyjną z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie**.

Terminy implementacji nowej dyrektywy sektorowej pokrywają się z terminami implementacji nowej dyrektywy klasycznej.

3. Nowa dyrektywa w sprawie udzielania koncesji

Dyrektywa koncesyjna jest mniej obszerna niż nowa dyrektywa klasyczna, zawiera szereg rozwiązań identycznych lub analogicznych do przepisów zawartych w dyrektywie klasycznej (ale także sektorowej, w zakresie w jakim dotyczy podmiotów prowadzących tzw. działalność sektorową).

Dyrektywa koncesyjna częściowo powtarza zapisy, które znalazły się w dyrektywie klasycznej oraz sektorowej, z tego względu niektóre z powyższych przepisów nieobligatoryjnych lub częściowo pozostawiających wybór co do zakresu implementacji państwom członkowskim będą znajdowały zastosowanie także w przypadku dyrektywy koncesyjnej. Jednakże - z drugiej strony - uwagi na fakt, że dyrektywa koncesyjna w założeniu ma ustanawiać bardziej liberalny reżim niż pozostałe dwie dyrektywy niektóre z przepisów, które znalazły się w tych dyrektywach nie mają swoich odpowiedników w dyrektywie koncesyjnej.

Dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające zamówień w drodze koncesji, których szacunkowa wartość wynosi co najmniej 5 mln euro. Z art. 1 ust. 2 wynika, że zakresem dyrektywy są objęte zarówno koncesje na roboty budowlane jak i usługi.

Termin implementacji dyrektywy koncesyjnej do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa w ciągu 24 miesięcy od jej wejścia w życie.

Link do strony internetowej Rady Unii Europejskiej zawierającej informację prasową na temat przyjęcia przez Radę nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, na której można znaleźć także teksty przyjętych dyrektyw w angielskich wersjach językowych:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/intm/140975.pdf

W chwili obecnej teksty nowych dyrektyw w języku polskim są dostępne tylko w brzmieniu zatwierdzonych przez Parlament Europejski w dniu 15 stycznia br.:

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

[Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych – tekst przyjęty przez Parlament Europejski w dniu 15 stycznia 2014 roku.](#)

[Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – tekst przyjęty przez Parlament Europejski w dniu 15 stycznia 2014 roku.](#)

[Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji - tekst przyjęty przez Parlament Europejski w dniu 15 stycznia 2014 roku.](#)

OPINIE PRAWNE

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych a powołanie biegłego rzeczoznawcy majątkowego na potrzeby postępowania administracyjnego

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp przez zamówienie publiczne należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są dostawy, usługi bądź roboty budowlane. Aby więc mówić o zamówieniu publicznym, niezbędne jest stwierdzenie, że istnieje stosunek zobowiązaniowy, który wynika z umowy zawartej pomiędzy wykonawcą usług, dostaw czy robót budowlanych, a zamawiającym, który za wykonanie tego przedmiotu zamówienia zapłaci. Jednocześnie, ustawa Pzp dotyczy tylko tych stosunków prawnych, które powstają na gruncie umów cywilnoprawnych (cechujących się m. in. dobrowolnością oraz równością stron). Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2812/05).

Zgodnie z treścią art. 84 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 267), dalej „Kpa”, organ administracji publicznej może zwrócić się do biegłego lub biegłych o wydanie opinii. Powołanie biegłego w postępowaniu administracyjnym nie stanowi o nawiązaniu stosunku cywilnoprawnego pomiędzy organem administracji a biegłym. Warunkiem istnienia oraz cechą stosunku cywilnoprawnego, o którym mowa w ustawie Pzp, jest tymczasem równość stron tego stosunku. W przypadku powołania biegłego na podstawie art. 84 § 1 Kpa, w toku prowadzonego postępowania, organ administracji dokonuje w stosunku do biegłego czynności urzędowej o charakterze władczym. Wynika to m.in. z faktu, iż zgodnie z art. 84 § 2 Kpa do biegłego stosuje się przepisy dotyczące świadków, a wydana opinia ma walor dowodu w sprawie administracyjnej. Organ administracji na podstawie ustawowego upoważnienia wydaje postanowienie o powołaniu biegłego celem wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na wynik postępowania administracyjnego, biegły natomiast ma obowiązek wykonania czynności, o których mowa w postanowieniu. Wydane przez organ postanowienie stanowi jednocześnie podstawę do wypłaty biegłemu wynagrodzenia za świadczoną przez niego usługę. Bezzasadna zaś odmowa wydania opinii przez biegłego lub nie stawienie się

jako biegły mimo prawidłowego wezwania stanowić może podstawę do ukarania przez organ prowadzący postępowanie grzywną (arg. z art. 88 § 1 Kpa).

W odniesieniu do niektórych kategorii spraw administracyjnych istnieje prawny obowiązek powołania biegłego z listy (rejestr) biegłych (rzecznawców), przy czym w odniesieniu do takich osób przepisy określają szczegółowe wymagania dotyczące kwalifikacji, wykształcenia, praktyki i innych wymagań, które muszą spełniać kandydaci na rzeczoznawców. Jeżeli organ powołuje biegłego z listy, jest zwolniony z oceny, czy biegły ma wiadomości, o których posiadaniu świadczy fakt wpisania na listę, nie negocjuje warunków umowy ani nie przyjmuje oferty. W przypadku powoływania biegłych w ramach konkretnego postępowania administracyjnego, ustawa Pzp nie znajdzie zatem zastosowania. Powoływanie biegłych stanowi bowiem element postępowań administracyjnych, określony przepisami Kpa, co pociąga za sobą brak możliwości swobodnego kształtowania stosunku pomiędzy organem administracji a biegłym. Ponieważ stosunek prawny zawierany z biegłym w trybie przepisów Kpa w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego, celem sporządzenia przez biegłego ekspertyzy nie ma statusu zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp, brak jest podstaw prawnych do stosowania przepisów ustawy Pzp celem dokonania wyboru biegłego.

Na podstawie art. 12 ust. 4a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych organ, który wydał decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wydaje decyzję ustalającą wysokość odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość. Do postępowania w sprawie wydania decyzji ustalającej wysokość odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość, jako postępowania w sprawie indywidualnej, rozstrzyganej w drodze decyzji administracyjnej, zastosowanie mają przepisy Kpa. W przypadku zatem konieczności wyboru biegłego rzeczoznawcy majątkowego do sporządzenia opinii o wartości nieruchomości w formie operatu szacunkowego na potrzeby konkretnego postępowania administracyjnego, prowadzonego w sprawie wydania decyzji ustalającej wysokość odszkodowania za nieruchomości przeznaczone na realizację inwestycji drogowej, organ prowadzący dane postępowanie będzie dokonywał wyboru biegłego w oparciu o przepisy Kpa. Powołanie biegłego w konkretnym postępowaniu administracyjnym nie będzie oznaczało nawiązania stosunku cywilnoprawnego pomiędzy organem a biegłym. W takim przypadku, organ prowadzący postępowanie administracyjne nie stosuje przy powołaniu biegłego rzeczoznawcy przepisów ustawy Pzp.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Jednak, jeżeli zamawiający nabywa usługi ekspertów (biegłych) wprowadzie dla celów postępowań administracyjnych, ale nie w ramach procedury Kpa o powoływaniu biegłych, powinien stosować przepisy ustawy Pzp na zasadach określonych tą ustawą. Jeżeli zamawiający może przewidzieć i oszacować zakres usług eksperckich w dziedzinie wyceny nieruchomości, których będzie potrzebował w danym roku, powinien zastosować do udzielenia takiego zamówienia przepisy ustawy Pzp, gdy wartość tych usług przekroczy wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 000 euro. Jeżeli zakres i wartość usług może być określona tylko ogólnie, gdyż wszystkie niezbędne szczegóły będą znane dopiero przed udzieleniem zamówienia, zamawiający może zawrzeć umowę ramową w oparciu o art. 99 i 100 ustawy Pzp. Natomiast, w sytuacji, gdy konieczności powołania biegłego rzeczoznawcy majątkowego nie można przewidzieć i zaplanować, a tym samym zamawiający nie ma podstaw, aby szacować wartość takiej usługi z innymi podobnymi usługami udzielanymi w danym roku – opisuje on przedmiot zamówienia i szacuje jego wartość w odniesieniu do znanego mu zakresu i aktualnego zapotrzebowania. W powyższych okolicznościach, wypłata wynagrodzenia dla biegłego za wyświadczoną przez niego usługę opiera się o nawiązany pomiędzy zamawiającym a wykonawcą stosunek cywilnoprawny, w wyniku uprzednio przeprowadzonego postępowania na podstawie ustawy Pzp, nie zaś - jak ma to miejsce w przypadku powołania biegłego w trybie art. 84 § 1 Kpa – w oparciu o stosowne postanowienie organu administracji publicznej wydane w trakcie procedury administracyjnej.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Rażąco niska cena – przykład naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzony w trakcie kontroli Prezesa UZP

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje jednak pojęcia rażąco niskiej ceny, zatem ocena oferty w tym zakresie należy do zamawiającego i powinna się odbywać *ad casum* w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności z uwzględnieniem rodzaju udzielanego zamówienia publicznego.

Uwzględniając cele przedmiotowej regulacji, tj. zapewnienie należytej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego oraz poszanowanie zasady uczciwej konkurencji, przyjąć należy, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych w danej branży, której nie da się uzasadnić obiektywnymi czynnikami, wskazującą na realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Zauważyć przy tym należy, iż przyczyną złożenia oferty, której cena znacząco odbiega od cen innych ofert może być zarówno świadome działanie wykonawcy, jak również nierzetelność kalkulacji wykonawcy.

Z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, iż punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, tj. wartość przedmiotu zamówienia powiększona o stawkę podatku VAT. Jednakże podkreślić należy, iż powyższy wyznacznik nie może być traktowany jako bezwzględnie wiążący i ostateczny, choćby z uwagi na możliwość nienależytego oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, wyznacznik ten powinien być pomocny jedynie przy ustaleniu, czy zaoferowana cena oferty może być rażąco niska i wszczęciu procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

W przypadku powzięcia przez zamawiającego podejrzenia, co do przedstawienia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia i przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych ze sposobem kalkulacji oferty (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). W tym miejscu podkreślić należy, iż wszelki automatyzm w uznawaniu ceny za rażąco niską, a w konsekwencji odrzucanie ofert wykonawców bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie ytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu np. tańszych o więcej niż 10% średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, pozbawiając wykonawców możliwości wykazania, że ich oferta została rzetelnie skalkulowana.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek zaniechanie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących czynników cenotwórczych nie budzi wątpliwości, bowiem implikuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy, tak odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny w kontekście złożonych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, winna poprzedzać ich wszechstronna analiza i ocena wiarygodności, której wynikiem będzie ustalenie, czy cena zaoferowana przez wykonawcę została skalkulowana rzetelnie z uwzględnieniem całego zakresu zamówienia.

W toku oceny wyjaśnień wykonawcy zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, tj. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, ale również wszelkie inne czynniki wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże wykonawca, jeśli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. Zauważyć przy tym należy, iż katalog czynników, będących podstawą wyjaśnień jest otwarty, a zamawiający powinien brać pod uwagę także inne wskazane przez wykonawcę okoliczności uzasadniające wysokość skalkulowanej ceny.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Ciężar wykazania zamawiającemu, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 2.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1292/12). Wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wykazać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. Tym samym złożenie przez wykonawcę wyjaśnień ogólnikowych, niewiarygodnych, nierozpraszających wątpliwości zamawiającego jest równoznaczne w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny (tak KIO w wyroku z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 109/12, KIO 125/12).

W końcu wskazać należy, iż jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę 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 (art. 90 ust. 4 ustawy Pzp).

Przykład naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzonego w trakcie kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

KND/32/13

Data wszczęcia postępowania: 22 maja 2013 r.

Z rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia - *Opis przedmiotu zamówienia* – wynika, iż przedmiot zamówienia stanowił najem bez limitu kilometrów 19 sztuk samochodów osobowych przystosowanych do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, z pakietem ubezpieczeń OC, AC, NNW, Assistance oraz wyposażonych w system do rejestracji przebiegu egzaminu praktycznego. W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany był także do jednokrotnej wymiany samochodów stanowiących przedmiot umowy na fabrycznie nowe tej samej marki i modelu. Cena miała obejmować wszystkie niezbędne koszty związane z wykonaniem zamówienia, takie jak m.in.: dostawę, koszty transportu, ubezpieczenia, koszty przeglądów, napraw, serwisowania, wymiany samochodów na nowe egzemplarze oraz inne opłaty i podatki.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Wykonawca A., którego oferta w przedmiotowym postępowaniu została uznana za najkorzystniejszą, za realizację zamówienia zaoferował cenę 9,12 zł. Pozostałe złożone w toku niniejszego postępowania oferty zawierały odpowiednio ceny: 442.320,00 zł oraz 2.935.728,00 zł.

Zamawiający, korzystając z trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę A. do wyjaśnień w ww. zakresie, lecz mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że odrzuceniu podlega oferta, jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa punktem odniesienia dla kwalifikowania ceny jako rażąco niskiej jest realna, rynkowa wartość danego zamówienia. Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegająca od jego rynkowej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, danego zamówienia wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Z kolei zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 109/12, KIO 125/12), „(...) wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej”. Oznacza to, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Natomiast na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie zaś w

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska (tak też KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13).

Stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia wykonawcy dotyczące kalkulacji ceny, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

Zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez wykonawcę A. nie jest rażąco niska wobec faktu, iż ww. wykonawca, któremu udzielono znacznego rabatu na zakup samochodów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, mimo zaoferowania ceny 0,01 zł za miesięczny najem samochodu, osiągnie zysk pochodzący ze sprzedaży samochodów po dwóch latach użytkowania przez WORD. Zamawiający oparł swoje stanowisko na orzecznictwie KIO, w świetle którego „(...) trudno znaleźć powód, dla którego w takiej sytuacji wykonawcy nie mogliby bilansować kosztów kupna i sprzedaży samochodów z kosztem ich dostosowania do potrzeb zamawiającego – a dopiero taki bilans kosztów jest rzeczywistym kosztem udostępnienia pojazdów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1029/12, KIO 1031/12). Należy jednak zauważyć, iż przytoczony wyrok zapadł w odmiennym stanie faktycznym, w którym wykonawcy składający odwołanie za realizację przedmiotowego zamówienia zaoferowali ceny na poziomie 116.604,00 zł oraz 69.372,00 zł. Ponadto, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się na ogólne stwierdzenia pochodzące z uzasadnienia ww. wyroku w oderwaniu od badania realnych okoliczności, które wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności relacji ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę do zakresu zamówienia oraz wiarygodności udzielonych wyjaśnień.

Należy bowiem wskazać, iż w wyjaśnieniach wykonawca A. m.in. powołał się na zysk ze sprzedaży samochodów po dwóch latach w określonej wysokości. W odniesieniu do powyższego należy zauważyć, że mając na uwadze sposób wykorzystywania samochodów (ośrodek egzaminacyjny) oraz ich sugerowany przebieg w ciągu roku (15 000 – 18 000 km) wątpliwym wydaje się możliwość odsprzedaży pojazdów po dwuletnim okresie ich eksploatacji po cenie sugerowanej przez wykonawcę (kalkulacja zastrzeżona jako

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

tajemnica przedsiębiorstwa). Z analizy rynku samochodowego przeprowadzonej na potrzeby niniejszej kontroli w oparciu o informacje dostępne na stronie internetowej wynika, iż na rynku wtórnym ceny dwuletnich samochodów marki Hyundai i20 kształtują się na poziomie: 23.900,00 zł, 26.400,00 zł, 26.900,00 zł. Jednocześnie na rynku pierwotnym producenci oraz dealerzy marek samochodowych prowadzą wyprzedaż modeli z rocznika 2011 (a więc także dwuletnich), obecnie więc nowy model Hyundai i20 z rocznika 2011 (model wskazany w ofercie wykonawcy A.), jak wynika z oferty producenta, można nabyć za cenę 31.900 zł. W świetle powyższych ustaleń nie sposób uznać za wiarygodną wskazanej przez wykonawcę przewidywanej wartości rezydualnej samochodu eksploatowanego (rozumianej jako cenę, na jaką może liczyć właściciel samochodu, sprzedając go po upływie założonego czasu eksploatacji).

Ponadto, należy podkreślić, iż przedstawiona argumentacja nie zmierza do kwestionowania twierdzeń wykonawcy odnoszących się do znanej powszechnie możliwości uzyskania rabatów czy też korzystnych stosunków handlowych, w jakich wykonawca pozostaje z producentem samochodów. Należy jednak zauważyć, że w przedmiotowej sprawie korzyść wykonawcy z uzyskania zamówienia jest ubocznym skutkiem realizacji świadczenia, w całości bowiem pochodzić ma ze stosunków pozaumownych o charakterze hipotetycznym. W tym miejscu należy wskazać również, że przychód uzyskany ze sprzedaży pojazdów do szkół nauki jazdy, którego ww. wykonawca nie uwzględnił, na który jednak pośrednio się powołuje, stanowi hipotetyczny zysk pochodzący ze źródła zewnętrznego w stosunku do ceny uzyskanej za realizację przedmiotu zamówienia i wydaje się potwierdzać, iż cena ta nie została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów ponoszonych na realizację tego konkretnego zamówienia.

W wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 39/11), w którym wykonawca zaoferował cenę w wysokości 2.752,32 zł (1 zł za miesiąc) za realizację zamówienia obejmującego najem samochodów osobowych dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Szczecinie wskazano, że „niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, to właśnie zaoferowana przez wykonawcę cena powinna pokrywać koszty realizacji zamówienia”. Wyjaśnienia wykonawcy wskazują natomiast, że pokrycie kosztów najmu i zysk wykonawcy nie będzie pochodził z zapłaty dokonanej przez zamawiającego.

Z kolei w wyroku KIO z dnia 12 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 437/13), odnoszącym się do ww. zagadnienia wskazano, iż „(...) upatrywanie dodatkowych wpływów będących

ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania (...) w ekonomii nazywane jest subsydiowaniem skrośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła – związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsydiowanym) lub też niezwiązanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa”. Dalej na gruncie badanego stanu faktycznego Izba wskazała, iż przewidywanie dalszych zysków wynikających z pierwotnie wykonanego świadczenia stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne, a więc dodatkowy wpływ z tego tytułu ma jedynie charakter hipotetyczny. Zdaniem Izby brak jest bowiem jakichkolwiek obiektywnych przesłanek pozwalających na uznanie, iż konsekwencją zrealizowania danej usługi jest co do zasady powierzenie temu podmiotowi innej usługi powiązanej z tą wykonywaną pierwotnie. Przenosząc powyższe ustalenia Izby odpowiednio na grunt kontrolowanego postępowania należy stwierdzić, iż analogicznie do przedstawionego w ww. wyroku stanu faktycznego, brak jest także podstaw do uznania za wystarczające powoływania się przez wykonawcę na wpływy pochodzące ze sprzedaży samochodów do szkół nauki jazdy oraz z odsprzedaży eksploatowanych samochodów objętych umową, które pokryją koszty realizacji zamówienia i zapewnią wykonawcy zysk, są to bowiem wpływy o charakterze hipotetycznym, a nawet wątpliwym.

W tym miejscu należy podkreślić, iż ocena oferty pod kątem wystąpienia przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie relacji świadczenia pieniężnego do niepieniężnego (czyli innych korzyści wykonawcy uzyskiwanych niezależnie od wynagrodzenia wypłacanego przez zamawiającego).

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, to dopiero uzyskana po zakończeniu okresu najmu różnica pomiędzy hipotetyczną kwotą otrzymaną przez wykonawcę po sprzedaniu objętych umową samochodów, a ceną zakupu nowych pojazdów, zapewni pokrycie kosztów realizacji usługi. Oznacza to, że przewidywany już po zrealizowaniu usługi dochód ze zbycia samochodów nie jest jedynie dodatkowym walorem ekonomicznym, lecz stanowi podstawowe źródło zysku wykonawcy. Podkreślić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest nie tylko najem 19 sztuk samochodów osobowych przystosowanych (a więc wymagających modyfikacji) do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, z pakietem ubezpieczeń OC, AC, NNW, Assistance oraz wyposażonych w system do rejestracji przebiegu egzaminu praktycznego, ale również zapewnienie związanych z tym usług

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

dodatkowych, generujących inne finansowe obciążenia wykonawcy, wynikające m.in. z kosztów transportu, napraw, likwidowania szkód, itp.

Należy również zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 228.000,00 zł., natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ustalona została w wysokości 273.600,00 zł brutto. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, za realizację zamówienia zaoferował cenę 9,12 zł, a pozostałe złożone w postępowaniu oferty znacznie przekraczały wartość ustaloną przez Zamawiającego. Kwota zaoferowana przez wykonawcę A. stanowiła 0,004% szacunkowej wartości zamówienia, 0,003% kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz odpowiednio 0,002% i 0,0003% cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zatem stosunek procentowy kwestionowanej ceny ofertowej pozostaje w rażącej dysproporcji do ww. wartości. Jakkolwiek zgodzić się należy z poglądem, iż samo oparte na matematycznym odniesieniu stwierdzenie, że cena oferty najkorzystniejszej odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, czy też od ceny ofert innych wykonawców nie jest wystarczające dla uznania, że cena jest rażąco niska, to należy zauważyć, iż okoliczność ta w połączeniu z oceną wiarygodności wyjaśnień i kalkulacji wykonawcy udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, iż cena nie została skalkulowana w sposób rzetelny z uwzględnieniem całego zakresu przedmiotowego zamówienia.

Należy zatem stwierdzić, iż wykonawca A. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie była ceną rażąco niską, zatem Zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną przez niego ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe zaniechanie zamawiającego w odniesieniu do oferty wykonawcy A. stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, ponieważ oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, wskazane naruszenie należy zakwalifikować jako mające wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie należy wskazać, iż wniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku ww. kontroli doraźnej nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 4 lutego 2014 r. (sygn. akt: KIO/KD 5/14). W uzupełnieniu powyższego stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Izba zważyła na jeszcze jedną okoliczność wynikającą wprost z wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a dotyczącej cen i upustów uzyskanych od importera pojazdów

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

będących przedmiotem oferty. „Z wyjaśnień tych wynika, że wykonawca ujął przedmiot zamówienia w bilansie całej inwestycji, co w ocenie Izby nie jest dopuszczalne. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest odsprzedaż używanych samochodów, a najem samochodów wraz ze stosownym wyposażeniem i dodatkowymi usługami (ubezpieczenia, serwisu itp.). Tym samym cena jaką zaproponował wykonawca nie pokrywa choćby w najmniejszym zakresie kosztów, jakie wykonawca ten zobowiązany jest ponieść na realizację przedmiotowego zamówienia, nie mówiąc już o zysku, który nie jest możliwy do osiągnięcia za cenę przedstawioną w ofercie. Dla przykładu podać można chociażby element dotyczący kosztów ubezpieczenia, gdzie wykonawca w wyjaśnieniach podał wartość, która nie zostanie pokryta z ceny ofertowej.

Jak słusznie wskazał kontrolujący, wartości uboczne uzyskiwane przez pośredników mogą odnosić się do realizacji całej inwestycji (mogą stanowić wewnętrzną strategię marketingową firmy), nie mogą zaś stanowić podstawy do wyliczenia ceny ofertowej, która musi być skalkulowana w taki sposób, aby odpowiadała realnie ponoszonym kosztom w danym zamówieniu, z założeniem osiągnięcia realnego zysku”.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO 2831/13 z dnia 3 stycznia 2014 r. – oferta w formie pisemnej

„Wbrew twierdzeniu Odwołującego, samo przystawienie pieczęci imiennej nie oznacza zachowania formy pisemnej. Pieczęć nie jest desygnatem pojęcia „własnoręcznego podpisu.” Izba nie ma wątpliwości, że wolą Odwołującego było złożenie prawidłowej oferty. Jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych, jak podkreślono powyżej, w odniesieniu do oferty zawiera bezwzględny wymóg zachowania formy pisemnej. Niezachowanie bezwzględnego wymagania zachowania formy pisemnej powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej. Złożone zaś załączniki w postaci podpisanych kosztorysów, jak również ponumerowane strony oferty, nie stanowią podstawowej treści oferty, a mogą jedynie wskazywać na zamiar wywołania określonych skutków prawnych. Co więcej, należy podkreślić, że brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Ustawa nie przewiduje takiej możliwości. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak podpisu na formularzu ofertowym nie stanowi nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Brak podpisu stanowi o niezgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Nadto Izba zauważa, że nie jest prawdą, że formularz ofertowy ma za zadanie jedynie zebranie i podsumowanie parametrów oferty. W pierwszym punkcie zawiera bowiem oświadczenie o złożeniu oferty: „Oferujemy wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia za cenę”. W kolejnych punktach formularza znalazły się oświadczenia wykonawcy dotyczące terminu realizacji zamówienia, okresów rękojmi i gwarancji, oświadczenie wykonawcy, iż zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie składa co do niej zastrzeżeń, a nadto oświadczenie wykonawcy co do związania ofertą na czas wskazany w specyfikacji, zobowiązanie do podpisania oferty w przypadku przyznania zamówienia. Te elementy formularza ofertowego są oświadczeniami niezwykle istotnymi, ponieważ gwarantują zawarcie i realizację umowy w określonym terminie i na warunkach opisanych w SIWZ. Oświadczeń tych nie można zastąpić pozostałymi dokumentami oferty, tj. przedłożonymi

kosztorysami. Odwołujący nie złożył podpisu pod ww. oświadczeniami, a tym samym nie dochował formy pisemnej, wobec czego nie złożył oferty. Należy także zauważyć, że przedłożone przez Odwołującego kosztorysy zawierają jedynie kwotę netto. Cenę, jaką zobowiązany jest określić wykonawca za realizację zamówienia, należy określić jako cenę brutto. Dlatego też złożone przez Odwołującego dokumenty nie mogą zastąpić podstawowej treści oferty, w tym określenia wykonawcy, ceny za realizację zamówienia (brutto) i oświadczeń – w tym oświadczenia woli wykonawcy co do zawarcia umowy i realizacji zamówienia za określoną cenę i na określonych warunkach.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2931/13 z dnia 8 stycznia 2014 r. – potencjał ekonomiczny

W niniejszej sprawie, stosując wykładnię prounijną, tj. abstrahując od wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ograniczenia możliwości powoływania się na sytuację innych podmiotów do sytuacji finansowej i pominięcia w tym przepisie sytuacji ekonomicznej oraz przyjmując wprost regulację art. 47 Dyrektywy klasycznej, nie można stwierdzić, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie którego Zamawiający żądał złożenia polisy ubezpieczenia OC na kwotę 10.000.000 zł. W przedmiotowej sprawie nie występują żadne szczególne uwarunkowania, które choćby uprawdopodobniały rzeczywistość udostępnienia potencjału ekonomicznego. Przeciwnie, poleganie na tym potencjale ograniczone zostało do sfery czysto formalnej, tj. przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego i jego polisy ubezpieczeniowej. Nie można przyjąć, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku tylko dlatego, że przedłożył polisę ubezpieczenia OC innego podmiotu i zobowiązanie, z którego nie wynika, że zdolność ekonomiczna w jakikolwiek sposób w praktyce zostanie rzeczywiście udostępniona. Wskazany w treści zobowiązania sposób udostępnienia zasobów (szkolenie, doradztwo, udostępnienie pracowników) z natury rzeczy może dotyczyć takich zasobów jak wiedza i doświadczenie czy potencjał kadrowy, nie jest natomiast adekwatny do przekazania potencjału ekonomicznego. Polisa OC ma dotyczyć sytuacji wykonawcy i jeśli jest to ubezpieczenie zawarte przez inny podmiot i na jego rzecz, to nie wystarczy samo złożenie dokumentu polisy, aby w jakikolwiek sposób sytuacja ekonomiczna wykonawcy, który samodzielnie warunku udziału w postępowaniu nie spełnia, uległa zmianie. Ani zobowiązanie podmiotu trzeciego, ani stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie w żaden sposób nie potwierdzają, że poprzez udostępnienie

polisy OC w celu jej przedłożenia Zamawiającemu, nastąpiło jakiegokolwiek wsparcie ekonomiczne wykonawcy przez podmiot trzeci. Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób miałby zostać objęty ochroną ubezpieczeniową na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez inny podmiot, nie wykazał żadnej łączącej go z ubezpieczycielem więzi prawnej, która gwarantowałaby możliwość skorzystania z ubezpieczenia za zdarzenia wywołane działaniem lub zaniechaniem Odwołującego. Zauważyć również należy, że w niniejszej sprawie nie występują żadne powiązanie kapitałowe czy organizacyjne między Odwołującym a podmiotem udostępniającym zasoby, które mogłyby ewentualnie uprawdopodobnić (choć z pewnością nie przesądzić) rzeczywisty charakter tego udostępnienia.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 142/14 z dnia 10 lutego 2014 r. – doświadczenie

„W przypadku usług o charakterze okresowym lub ciągłym, do których niespornie zalicza się usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, dopuszczalne – w ocenie Izby - jest posłużenie się dokumentem, wystawionym w trakcie wykonywania usługi, jeśli świadczenie, które wykonawca już zrealizował odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez dostawy lub usługi o charakterze okresowym lub ciągłym przez umowy niezakończone, to tym bardziej można posłużyć się dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie świadczenia okresowego lub ciągłego, wystawionym w trakcie wykonywania umowy (arg. a maiori ad minus) nawet jeśli przed dniem, w którym upłynął termin składania ofert umowa została wykonana w całości. Warunkiem jest jednak, aby świadczenie okresowe lub ciągłe, w zakresie objętym dokumentem odpowiadało wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 190/14 z dnia 17 lutego 2014 r. – potencjał kadrowy

W ocenie Izby, odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że osoby wskazane do pełnienia funkcji projektantów w poszczególnych branżach: (...), posiadają co najmniej 5 letnie doświadczenie w projektowaniu w zakresie uprawnień określonych w warunku udziału

w postępowaniu. Nie znajduje uzasadnienia stanowisko zamawiającego, który stwierdził w toku rozprawy, że obowiązkiem wykonawców było podanie w wykazie osób precyzyjnie dat realizacji zlecenia w formule data, miesiąc rok. Wymóg ten nie wynika zarówno z regulacji ustawowych jak również z treści postanowień samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podstaw, aby stwierdzić, że przez określenie okresu realizacji „od 01.2008 - obecnie” wykonawca „uniemożliwił zamawiającemu potwierdzenie spełniania przez wykonawcę” wymogu co najmniej 5 lat doświadczenia. Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, że nawet gdyby przyjąć, że rozpoczęcie prac projektowych nastąpiło 31.01.2008 roku to wymagany okres 5 - letniego doświadczenia upływał dnia 31.01.2013 roku. Mając na uwadze powyższe oraz to, że termin składania ofert upływał dnia 22.10. 2013 roku należy stanowczo stwierdzić, że wskazani w wykazie osób projektanci posiadają ponad 5 - letnie doświadczenie w projektowaniu. Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli zamawiający miał, jak twierdzi, wątpliwości co do oceny czy podany w ten sposób okres trwania zlecenia potwierdza posiadanie co najmniej 5 - letniego doświadczenia w projektowaniu, mógł w toku oceny ofert, skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 i zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia treści złożonego oświadczenia, czego nie uczynił.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 115/14 z dnia 7 lutego 2014 r. – uzupełnianie dokumentów

„(...) orzecznictwo wielokrotnie traktuje o niedopuszczalności uzupełnienia ponownie dokumentu, który został złożony na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreślił to także Odwołujący, przytaczając przykładową tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Dostrzeżenia jednak wymaga, że podkreśla się również, iż dopuszczalne jest ponowne wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia tego samego dokumentu, jeśli dotyczy ono innej kwestii, aniżeli będąca przedmiotem wcześniejszego wezwania. W analizowanej sprawie takie ponowne wezwanie, z zastrzeżeniem uprzedniego wyjaśnienia przez Zamawiającego, kwestii czy dokument w ogóle jest wadliwy z powodów wynikających z treści art. 18 § 2 ksh, z przedstawionych wyżej względów jest tym bardziej uzasadnione.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2907/13 z dnia 8 stycznia 2014 r. – inna omyłka

„Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, winna być obligatoryjnie poprzedzona zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dopiero brak zgody na dokonanie poprawki w odniesieniu do pozycji nr 67 kosztorysu ofertowego mógłby skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli zatem tylko brak zgody na dokonanie poprawy wzmiankowanej wyżej omyłki mógł skutkować odrzuceniem oferty, to przy braku takiego sprzeciwu winno dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej i udzieleniu zamówienia – bez konieczności unieważnienia postępowania. (...)

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być wynikiem zarówno nieprawidłowej identyfikacji samego zakresu zamówienia, jak również interpretacji wyjaśnień dokonanych przez podmiot zamawiający – wystarczy zatem, że nie będzie to celowe działanie wykonawcy, lecz będzie to czynność niezamierzona. Nie sposób zatem uznać, jak twierdzi Zamawiający, iż wprowadzenie przez tego ostatniego wykonawców w błąd powoduje, że niezgodności te tracą przymiot omyłek na skutek „świadomego działania wykonawców pod wpływem błędu wywołanego niepoprawnymi wyjaśnieniami”. Tego rodzaju argumentacja powodowałaby, iż mielibyśmy do czynienia z zupełnie nowym pojęciem „świadomego działania pod wpływem błędu” – co trudno sobie wyobrazić odnosząc tego rodzaju konstrukcję semantyczną do Działu IV ustawy Kodeks cywilny zatytułowanego „Wady oświadczenia woli” i wypracowanego w odniesieniu do zawartych tam przepisów stanowiska orzecznictwa i doktryny.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2875/13 z dnia 3 stycznia 2014 r. – rażąco niska cena

„Zamawiający pogląd o bezzasadności zarzutu opierał przede wszystkim na braku udowodnienia przez odwołującego, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska.

Stanowisko to oparte jest na podstawowej regule dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 Pzp, w ślad za art. 6 k.c., zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym. W myśl powołanych przepisów, jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu co

do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10).

Zdaniem Izby pogląd ten nie może jednak znaleźć pełnego zastosowania w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można pominąć, że udzielając zamawiającemu żądanych wyjaśnień, wykonawcy zobowiązani są do wskazania okoliczności o obiektywnym charakterze, których katalog jest nieograniczony (vide: art. 90 ust. 2 Pzp). Jeśli wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane.

W tej sytuacji, obarczenie odwołującego wyłącznym ciężarem dowodu nakładałoby na wykonawcę obowiązek procesowy w zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem – jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 188/14 z dnia 17 lutego 2014 r. – oferta niezgodna z SIWZ - harmonogram rzeczowo-finansowy

W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,

c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie Izby pierwsze dwa z ww. elementów są spełnione, co prowadzić musiało do wniosku, że harmonogram finansowo-rzeczowy, który wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą zgodnie z rozdziałem X SIWZ stanowił treść oferty, tj. zobowiązanie wykonawcy do wykonania świadczenia w określony sposób. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, aby ww. harmonogram rzeczowo-finansowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i w konsekwencji, że nie stanowił treści oferty. (...) Zdaniem Izby, wszystkie przywołane wyżej postanowienia tak SIWZ jak i wzoru przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiły wyraz tego, że zamawiający nadał dokumentowi w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego doniosłe znaczenie. Nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby w świetle wzoru umowy na późniejszym etapie wykonawca miał sporządzać nowy, ostateczny harmonogram rzeczowo-finansowy, w oderwaniu od treści harmonogramu załączanego do oferty, co miało świadczyć o tym, że harmonogram załączany do oferty miał charakter wyłącznie pomocniczy. Stanowisko odwołującego nie znajdowało bowiem oparcia w treści SIWZ i wzoru umowy. Z rozdziału X SIWZ wynikało, że harmonogram składany wraz z ofertą miał zostać wypełniony w kolumnie 3, w której należało wycenić poszczególne elementy robót opisane w kolumnie 2. Następnie zaś dla tak wycenionych elementów należało oszacować i zadeklarować czasokresy ich wykonania, wrysowując te informacje liniowo w dokument. Jak wynikało zatem z powołanego postanowienia SIWZ, wykonawcy obowiązani byli nie tylko wycenić poszczególne etapy robót, ale również zobowiązać się do ich wykonania w ściśle określonym czasie. W ocenie Izby skoro wykonawcy obowiązani byli podawać w harmonogramie dane dotyczące wartości i czasookresu realizacji poszczególnych etapów robót, to informacje te stanowiły zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych etapów robót o określonej wartości w tych właśnie czasookresach. Nie podzielono zatem stanowiska, że zobowiązanie to nie stanowi treści oferty.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2963/13 z dnia 8 stycznia 2014 r. – unieważnienie postępowania

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie, jeśli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepis ten jest bezpośrednio powiązany z art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakłada na zamawiającego obowiązek podania przed otwarciem ofert kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i który jest gwarancją tego, że zamawiający nie unieważni samowolnie postępowania wskazując na brak środków na jego sfinansowanie.

Oba te przepisy wskazując na „zamówienie” odnoszą się do danego zamówienia, które jest przedmiotem danego postępowania, czyli – w tym przypadku – zamówienia podstawowego. Zamawiający ma więc obowiązek wskazać kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, bo ta kwota jest istotna w postępowaniu. To, że zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający w wartości szacunkowej zamówienia powinien ująć wartość zamówień uzupełniających, jest tylko zabiegiem ustawodawcy i odnosi się do „progów”, od których stosuje się procedurę pełną („unijną”), czy też uproszczoną. Nie odnosi się natomiast do wysokości posiadanych środków finansowych (zresztą jak i sama szacunkowa wartość zamówienia). Przed otwarciem ofert zamawiający wskazał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego: 1.820.368,26 zł brutto oraz kwotę 2.730.552,40 zł brutto jako kwotę wraz z zamówieniami uzupełniającymi. Tylko podanie pierwszej z tych kwot było obowiązkowe w świetle art. 86 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, druga informacja była jedynie informacją dodatkową, a w zasadzie to nawet zbędną. Należy bowiem zwrócić uwagę na różnicę w finansowaniu obu rodzajów zamówień. Zamówienie podstawowe jest zamówieniem właśnie udzielanym przez zamawiającego i stanowi jego zobowiązanie. Tym samym, jako że jednostki sektora finansów publicznych nie mogą zaciągać zobowiązań nie mając środków na ich pokrycie (czy to w budżecie bieżącym, czy, w przypadku zamówień trwających dłużej niż rok budżetowy – zapewnionych na przyszłość), zamawiający musi mieć zapewnione środki na realizację zamówienia udzielanego, tj. podstawowego. Jak wskazał zamawiający, na rok 2014 r. zarezerwował na ten cel kwotę 910.184,13 zł i przewidział taką samą kwotę na rok 2015 (910.184,13 zł). Natomiast deklaracja, że zamawiający zamierza w przyszłości udzielić zamówień uzupełniających, nie jest z jego strony żadnym zobowiązaniem, tym samym nie musi mieć pokrycia w posiadanych środkach finansowych. Zamawiający dopiero w przyszłości, a ma na to trzy lata, zdecyduje, czy takich zamówień w ogóle potrzebuje i czy stać go na ich sfinansowanie. Zatem wskazanie, że wraz z zamówieniami uzupełniającymi zamawiający mógłby wydać nawet kwotę 2.730.552,40 zł brutto, nie oznacza, że zamawiający taką kwotą dysponuje czy będzie dysponował.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2894/13 z dnia 9 stycznia 2014 r. – interes w uzyskaniu zamówienia

„Odwołujący jest uczestnikiem toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta nie została odrzucona, i jako taki zamówienie wciąż może uzyskać – ma więc interes w jego uzyskaniu i może ponieść szkodę.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność przyszła i niepewna, jaką pozostaje ewentualne unieważnienie postępowania po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, ze względu na fakt, iż poza możliwościami zamawiającego pozostaje sfinansowanie i udzielenie zamówienia odwołującemu. Unieważnienie postępowania w tym przypadku formalnie pozostaje uznaniową decyzją zamawiającego, którą zamawiający może, ale wcale nie musi podjąć – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający może podnieść kwotę, którą przeznacza na sfinansowanie zamówienia i postępowania nie unieważniać.

Niedopuszczalne jest więc w tym przypadku uzależnianie i warunkowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców jedynie od woli i deklaracji zamawiającego. Powyższe prowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której jedynie w oparciu o procesowe stanowisko zamawiającego, którym nie jest wcale związany, o konieczności unieważnienia postępowania w wypadku, gdy wybrana przezeń oferta zostanie odrzucona, niemożliwe będzie zakwestionowanie tego wyboru w drodze środków ochrony prawnej.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. o sygn. akt: X Ga 189/13 dotyczący gwarancji bankowej

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 grudnia 2013 r. o sygn. akt: V Ca 2808/13 dotyczący treści oferty oraz niezgodności oferty z SIWZ

[pełny tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 2/2014

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2014 – 28.02.2014

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	22 875	3 107	25 982
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / na podwykonawstwo	14	25	39
O udzieleniu zamówienia	25 540	4 363	29 903
O konkursie	25	4	29
O wynikach konkursu	13	17	30
O zmianie ogłoszenia	6 865	2 097*	8 962
O koncesji na usługi / roboty budowlane	2	4	6
O zamiarze zawarcia umowy	947	116	1 063
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	153	153
O profilu nabywcy	-	15	15
RAZEM	56 281	9 901	66 182

* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	21,78%	7,18%
Dostawy	41,53%	50,29%
Usługi	36,69%	42,53%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,09%	95,56%
Przetarg ograniczony	0,51%	3,70%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,10%	0,64%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,10%
Licytacja elektroniczna	0,28%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	96%	93%	86%	92%
Cena i inne kryteria	4%	7%	14%	8%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	41	0,82%
Dostawy	41	0,43%
Usługi	62	0,74%
Razem	144	0,63%

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	0	0,00%
Dostawy	7	0,07%
Usługi	24	0,29%
Razem	31	0,14%

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	301	6,04%
Dostawy	293	3,08%
Usługi	707	8,42%
Razem	1 301	5,68%

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	4 069	81,61%
Dostawy	5 580	58,70%
Usługi	5 591	66,58%
Razem	15 240	66,58%

**Postępowania, w których przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	8	0,16%
Dostawy	29	0,31%
Usługi	16	0,19%
Razem	53	0,23%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	11,39%	4,86%
Dostawy	43,05%	44,46%
Usługi	45,56%	50,68%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	80,00%	86,20%
Przetarg ograniczony	0,37%	2,84%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	1,26%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,05%	9,63%*
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,07%
Wolna ręka	16,30%	-
Zapytanie o cenę	2,91%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,32%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	5,985 mld zł
-------------------------	---------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	42%
Dostawy	30%
Usługi	28%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
rok 2012	174 239	147 849	84,85%
I poł. 2013	82 348	70 435	85,53%
I-III kw. 2013	129 612	109 301	84,33%
rok 2013	177 288	148 553	83,79%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	5,50	2,53
Dostawy	2,35	1,43
Usługi	2,66	1,64
Średnio	2,67	1,66

Zamówienia udzielone według województw
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	9%
kujawsko-pomorskie	4%	5%
lubelskie	5%	5%
lubuskie	3%	3%
łódzkie	5%	5%
małopolskie	10%	8%
mazowieckie	18%	17%
opolskie	2%	2%
podkarpackie	5%	5%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	11%	12%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	9%	10%
zachodniopomorskie	5%	6%

Średni czas trwania postępowań
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2013	2014
Roboty budowlane	39 dni	45 dni
Dostawy	31 dni	33 dni
Usługi	31 dni	30 dni
Średnio	32 dni	32 dni

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,06%
Administracja rządowa terenowa	2,81%
Administracja samorządowa	44,68%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,13%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,03%
Uczelnie publiczne	4,13%
Podmiot prawa publicznego	7,74%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	11,77%
Inny	24,67%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	1,96%
Administracja rządowa terenowa	2,77%
Administracja samorządowa	37,98%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,23%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,28%
Uczelnie publiczne	6,88%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	20,06%
Zamawiający sektorowy	2,16%
Inny	26,68%

**Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	6,66%	25,09%	68,26%
Administracja rządowa terenowa	12,58%	36,28%	51,15%
Administracja samorządowa	16,29%	28,54%	55,17%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	2,94%	36,76%	60,29%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	4,45%	26,70%	68,85%
Uczelnie publiczne	6,71%	58,85%	34,44%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	5,04%	64,11%	30,85%
Zamawiający sektorowy	7,43%	47,83%	44,74%
Inny	7,80%	47,01%	45,19%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień
według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	70,28	0,78	0,00	0,00	0,00	27,13	1,55	0,26
Administracja rządowa terenowa	77,75	0,29	0,00	0,00	0,00	16,91	3,32	1,73
Administracja samorządowa	79,81	0,09	0,01	0,06	0,01	16,65	2,82	0,55
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	85,29	0,00	0,00	0,00	0,00	5,88	8,82	0,00
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	56,28	0,26	0,00	0,00	0,00	25,92	17,28	0,26
Uczelnie publiczne	84,14	0,10	0,00	0,10	0,05	12,11	3,26	0,24
Podmiot prawa publicznego	79,36	0,91	0,30	0,00	0,00	17,30	2,00	0,12
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,33	0,79	0,00	0,00	0,00	9,06	0,82	0,00
Inny	76,76	0,57	0,06	0,08	0,00	19,17	3,34	0,02

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Liczba zamówień udzielonych polskiem wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	1	1 x usługi	1 905 000 EUR
Czechy	1	1 x usługi	453 194 EUR
Estonia	1	1 x dostawy	505 968 EUR
Litwa	1	1 x usługi	38 145 EUR
Niemcy	3	2 x roboty budowlane 1 x dostawy	1 058 685 EUR
Słowacja	2	1 x dostawy 1 x usługi	5 399 900 EUR
Węgry	1	1 x dostawy	1 057 335 EUR
Razem	10	2 x roboty budowlane 4 x dostawy 4 x usługi	10 418 227 EUR

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]							Razem		
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			4	22 732 879	1	877 000			5	23 609 879
Belgia			7	2 570 180	1	1 754 579			8	4 324 759
Chiny	1	61 800 000	1	b.d.					2	61 800 000
Czechy	1	126 929 738	4	2 098 425	4	37 066 947			9	166 095 110
Dania			1	1 982 706					1	1 982 706
Francja			3	1 087 418	3	24 072 240			6	25 159 658
Hiszpania	4	970 503 903	1	25 209 588	4	51 952 505			9	1 047 665 996
Holandia			3	2 189 463					3	2 189 463
Litwa			1	1 720 438					1	1 720 438
Luksemburg					1	4 550 000			1	4 550 000
Niemcy	3	279 696 933	13	223 547 973	4	12 937 554			20	516 182 460
Portugalia			1	2 643					1	2 643
Słowacja			1	77 236	1	660 000			2	737 236
Szwajcaria			4	2 562 294	3	32 879 125			7	35 441 419
Szwecja			1	5 280 000					1	5 280 000
USA			1	1 465 605	5	51 130 658			6	52 596 263
Wielka Brytania			31	1 478 458	5	7 141 388			36	8 619 846
Włochy			4	18 971 393					4	18 971 393
Razem	9	1 438 930 574	81	312 976 698	32	225 021 996	0	0	122	1 976 929 268

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	27	
Zakończone	25	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stwierdzono naruszeń	18	72%
Stwierdzono naruszenia	7	28%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	0	0%
ponowna ocena	7	100%
uchybień formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	9	
Zakończone	19	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	3	16%
Stwierdzono naruszenia	16	84%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	6	38%

Kontrole doraźne zawiadomień

(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do Prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	13	
Zakończone	8	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	8	100%
w tym:		
	8	100%
uchybień formalne	7	88%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	82	
Zakończone	66	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	19	29%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	407	
Rozpatrzono ogółem	444	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	34	8%
Odrzucone	13	3%
Umorzone postępowanie	83	19%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	84	19%
Oddalone	156	35%
Uwzględnione	74	16%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2014 r.	2013 r.
Roboty budowlane	16%	23%
Dostawy	34%	28%
Usługi	50%	49%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2014 r.	2013 r.
Liczba wniesionych skarg	17	25
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	4%	5%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2-3/2014

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka Joanna Orzeł
Aleksandra Patyk Izabela Rzepkowska
Wojciech Michalski
pod kierunkiem Anity Wichniak-Olczak

KONTAKT:

Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov.pl