Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych

Urząd Zamówień Publicznych
2015 r.

Opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Ustawy Prawo zamówień publicznych

Łamanie, druk i oprawa:
Wydział Poligrafii
CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
02-903 Warszawa
ul. Powsińska 69/71
www.cuw.gov.pl

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2015 r.

SPIS TREŚCI

I. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Pzp 9

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych 9

Środki zakładowego funduszu świadczeń socjalnych 11

Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5 12

Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE 16

Obowiązek stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez instytuty badawcze (dawniej jednostki badawczo-rozwojowe) 20

Wybrane kwestie dotyczące stosowania ustawy Pzp, po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. 22

II. Obowiązek stosowania regulacji Pzp do wyboru wykonawcy zamówienia publicznego oraz wyłączenie tego obowiązku 26

Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Pzp) . . . 26

Wyłączenie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e) 28

Wybór brokera ubezpieczeniowego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych 32

Udzielanie zamówień publicznych przez zamawiającego stosującego szczególną procedurę przewidzianą przez wewnętrzne regulacje organizacji międzynarodowej 33

Udzielanie zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi – zagadnienia wybrane na podstawie pytań kierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych 35

Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp 39

Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe 43

Stosowanie prawa zamówień publicznych przy zakupie bonów towarowych 46

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego 47

Zakup leków dla pensjonariuszy domu pomocy społecznej 50

Czy w obecnym stanie prawnym jest dopuszczalne stosowanie tzw. odwróconego in-house 51

III. Stosowanie trybów o udzielenie zamówienia publicznego 53

Zamówienia dodatkowe i uzupełniające dla konsorcjum 53

Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego 54

Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę 60

Niedopuszczalność nabywania oprogramowania w trybie zapytania o ocenę 64

IV. Przygotowanie, wszczęcie i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 66

Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp) 66

Publikowanie ogłoszeń w siedzibie zamawiającego poprzez zastosowanie elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykiem) 67

Samodzielność finansowa wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp 68

Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych 71

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp 73

Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej 74

Opis wymagań związanych z realizacją zamówienia publicznego, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy – Prawo zamówień publicznych 78

Opis przedmiotu zamówienia 80

Opis i szacowanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane 82

Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia 83

Omyłki i błędy w ofertach wykonawców – analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej 84

Kryteria oceny ofert w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. 92

Wspólne udzielanie zamówień art. 16 ustawy Pzp 94

Udzielanie zamówień wielorodzajowych 95

Definicja kierownika zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami ustawy o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych oraz ustawy o służbie cywilnej 96

Składanie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 98

Powierzanie innym osobom wykonywania w ramach przeprowadzanego postępowania zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego czynności – składanie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp 99

Stosowanie art. 17 ustawy w przypadku uczestnictwa w postępowaniu radcy prawnego jako byłego pracownika zamawiającego 100

Stosowanie art. 6a ustawy Pzp 102

Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych 103

Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie 104

V. Warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne i przesłanki wykluczenia wykonawców 109

Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów 109

Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy 111

Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych 113

Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji 117

Przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział – wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności 120

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 122

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie 123

Obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzajacych brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art 24 ust. 1 ustawy Pzp 128

Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia 129

Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna) 131

Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy wykonawcy, który wykonywał czynności związane z przygotowaniem przeprowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności . . 132

Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa; dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się 134

System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych 137

Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa 144

Opłacona polisa 148

Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności

Gospodarczej jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 150

Zasady oceny przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp 153

Udzielanie zamówień zastrzeżonych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – spełnianie warunku dotyczącego profilu zatrudnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego 154

VI. Wybór oferty najkorzystniejszej 156

Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych 156

Niedopuszczalność zwrotu próbek załączonych do oferty wybranego wykonawcy . . . 157

Tajemnica przedsiębiorstwa 159

Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. 161

Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia 163

Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego 164

VII. Umowa w sprawie zamówienia publicznego 168

Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy 168

Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne 170

Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego 242

Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego 173

Dopuszczalność przedpłat w zamówieniach publicznych na prenumeraty czasopism lub gazet w świetle art. 151a ustawy – Prawo zamówień publicznych 181

Dopuszczalność zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki 183

Dopuszczalność oraz warunki zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przed 24 października 2008 r. 185

Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy 186

Dopuszczalność rozszerzenia zakresu zamówienia w stosunku do zakresu, na jaki została przewidziana umowa ramowa 187

VIII. Udzielanie zamówień publicznych na usługi nieprioritetowe 1899

Udzielanie zamówień publicznych na tzw. usługi nieprioritetowe o wartości poniżej progów unijnych 189

IX. Sprawozdanie roczne 192

Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych 192

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część II 204

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część III 206

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część IV 209

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część V 212

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część VI 215

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część VII 217

X. Opinie różne 221

Środki ochrony prawnej 221

Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia 324

Dopuszczalność wprowadzania zmian do programu funkcjonalno-użytkowego w trakcie realizacji robót budowlanych 232

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kontekście zmiany nominalnej wartości kontraktu 234

Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 235

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji 327

Charakter prawny listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz konsekwencje nieuzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp 238

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych a powołanie biegłego rzeczoznawcy majątkowego na potrzeby postępowania administracyjnego 239

I. PODMIOTY ZOBOWIĄZANE DO STOSOWANIA USTAWY PZP

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych

I. Przypadki, w których zachodzi obowiązek stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn zm.), dalej „ustawa Pzp", określają przepisy art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy te określą bowiem kategorie podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych (zamawiających). Tak więc dla stwierdzenia, iż dany podmiot przy udzieleniu danego zamówienia jest zobowiązany do zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp, konieczne jest ustalenie, iż w odniesieniu do tego podmiotu zachodzi jeden z przypadków określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Przepisy art. 3 ust. 1 ustawy Pzp nie kwalifikują wprost stowarzyszeń jako zamawiających zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, iż samo posiadanie przez dany podmiot statusu prawnego stowarzyszenia (ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach – Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855, z późn. zm.) nie jest wystarczające do zakwalifikowania go jako zamawiającego.

Podobnie przepisy ustawy Pzp nie wiążą w sposób samoistny faktu wydatkowania przez dany podmiot środków publicznych z obowiązkiem stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych. Okoliczność ta może jedynie stanowić jedną z przesłanek, od zaistnienia której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp (tak art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Oznacza to, iż samo ustalenie, że dany podmiot wydatkuje środki publiczne nie jest wystarczające do stwierdzenia obowiązku stosowania przez ten podmiot przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do ustalenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp istotne znaczenie może mieć stwierdzenie, że dany podmiot jest finansowany w ponad 50% ze środków publicznych przez podmioty wskazane odpowiednio w przepisach art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy Pzp (tak art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp). Jednak również i w tym przypadku okoliczność ta nie stanowi samoistnej przesłanki pozwalającej na stwierdzenie obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Okoliczność ta może zatem stanowić jedynie jedną z przesłanek, od zaistnienia której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp).

Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, że fakt, iż dane stowarzyszenie wydatkuje środki pochodzące z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych, dokonanego zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2014 r., poz. 1118), nie stanowi samodzielnej podstawy do stwierdzenia obowiązku stosowania przez to stowarzyszenie procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp. W każdym przypadku konieczna jest zatem analiza, czy w odniesieniu do danego podmiotu zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp przez stowarzyszenia może zachodzić w dwóch przypadkach. Pierwszy przypadek będzie zachodzić w sytuacji spełnienia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (podmiot prawa publicznego). Drugi przypadek może natomiast zachodzić w sytuacji ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Szczegółowe omówienie powyższego zagadnienia zawiera opinia prawna zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5".

IV. W uzupełnieniu powyższego stanowiska należy wskazać, iż dokonując oceny przesłanki finansowania działalności podmiotu, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy mieć na uwadze całokształt działalności ocenianego podmiotu (cały dochód uzyskiwany przez podmiot, włączając w to

dochód z działalności komercyjnej, jeżeli taką działalność prowadzi). Przy ocenie przesłanki finansowania podkreślenia wymaga, iż pod pojęciem tym należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 pkt 1 i 2).

Istotne przy tym jest to, że finansowanie podmiotu publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem, a instytucjami publicznymi lub państwem (zob. wyrok Trybunału UE z dnia 3 października 2000 r. C-380/98, pkt 40 i n.). Nie każde świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności, stąd jako finansowanie ze środków publicznych w znaczeniu tego przepisu mogą być rozumiane jedynie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony.

Odnosząc powyższe uwagi do zagadnienia związanego z przekazywaniem środków pochodzących z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych należy wskazać, iż dla ustalenia, czy środki te mieszczą się w kategorii finansowania działalności podmiotu publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, istotne znaczenie ma określenie zasad i trybu przekazywania tych środków na rzecz organizacji pożytku publicznego. W tym zakresie kluczowe znaczenie mają przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (art. 27–art. 27a).

Stosownie do postanowienia przepisów art. 27 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może, na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych, przekazać 1% podatku obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego. Decyzja o przekazaniu środków, ich wysokości oraz wyborze organizacji pożytku publicznego należy do wyłącznej i autonomicznej decyzji podatnika. Kluczowe przy tym jest to, że organizacje pożytku publicznego nie mają prawnej możliwości uzyskania tych środków bez decyzji samego podatnika. Dokonanie takiego odpisu przez podatnika nie ma bowiem charakteru obligatoryjnego. Wprowadzenie instytucji odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie stwarza zatem dla organizacji pożytku publicznego gwarancji uzyskania takiego finansowania.

O przyznaniu organizacji pożytku publicznego środków w ramach odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie decydują na żadnym etapie podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp, a w szczególności nie decydują o tym organy administracji publicznej. Jedynie stosownie do postanowienia art. 27a ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego prowadzi w formie elektronicznej i upublicznia wykaz organizacji mających status organizacji pożytku publicznego, na które podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych, zgodnie z odrębnymi przepisami, może przekazać 1% podatku z zeznań podatkowych składanych za rok podatkowy. Przy czym o tym jakie organizacje pożytku publicznego uwzględnia się w tym wykazie rozstrzygają wprost przepisy art. 27a ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż samo zamieszczenie danej organizacji w wykazie nie jest równoznaczne z pozyskaniem środków z tytułu odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych. Powyższe, jak wskazano powyżej, zależeć będzie w każdym przypadku od wyłącznej decyzji samego podatnika.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż uzyskanie środków z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych dokonywanego przez podatników nie stanowi finansowania działalności podmiotu przez podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp. Tym samym powyższa oko-

liczność nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia obowiązku stosowania przez organizację pożytku publicznego przepisów ustawy Pzp na zasadzie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku nie dochodzi do nawiązania stosunku zależności pomiędzy beneficjentem (organizacją pożytku publicznego) a organami administracji publicznej przekazującymi środki zgodnie z dyspozycją podatnika.

V. Odnosząc się z kolei do kwestii zastosowania przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż znajduje on zastosowanie do przypadków, w których dane zamówienie jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy Pzp, na podstawie dotacji lub innych bezzwrotnych form wsparcia finansowego, które przeznaczone są bezpośrednio na pokrycie kosztów danego zamówienia. Przepis ten nie dotyczy natomiast przypadków, gdy zamówienie jest finansowane ze środków pochodzących z ogólnego dofinansowania działalności danego podmiotu. Jedynie zatem celowe pochodzenie środków z przeznaczeniem na sfinansowanie konkretnego zamówienia spełnia przesłankę „finansowania zamówienia" w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do zagadnienia związanego z przekazywaniem środków pochodzących z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych należy wskazać, iż przekazywanie tych środków nie ma takiego charakteru. Stosownie bowiem do postanowienia art. 27 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie środki z tego tytułu mogą być wykorzystane wyłącznie na prowadzenie działalności pożytku publicznego. Środki te nie są zatem przekazywane na sfinansowanie konkretnego zadania czy projektu, jakkolwiek muszą być przeznaczone na działalność pożytku publicznego. Powyższe oznacza, że środki te mają charakter wsparcia działalności podmiotu posiadającego status organizacji pożytku publicznego, a zatem stanowią ogólne dofinansowanie jego działalności (a nie konkretnego zamówienia).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że okoliczność, iż dane zamówienie jest finansowane z wykorzystaniem środków uzyskanych z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia obowiązku stosowania przez organizację pożytku publicznego przepisów ustawy Pzp na zasadzie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Środki zakładowego funduszu świadczeń socjalnych

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez podmioty enumeratywnie określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przez zamówienia publiczne, rozumiemy zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, umowy odpłatnie zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Rozporządzanie środkami zakładowego funduszu świadczeń socjalnych podlega przepisom ustawy Pzp, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- fundusz został utworzony przez pracodawcę będącego podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy,
- ze środków funduszu dokonuje się zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie ma charakter umowy odpłatnej.

Zasady tworzenia przez pracodawców zakładowego funduszu świadczeń socjalnych określa ustawa z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 111), dalej „ustawa o zakładowym funduszu". Stosownie do treści art. 1 ust. 1 ustawy o zakładowym funduszu środki funduszu są przeznaczane na finansowanie działalności socjalnej organizowanej na rzecz osób uprawnionych do korzystania z Funduszu, na dofinansowanie zakładowych obiektów socjalnych oraz

na tworzenie zakładowych żłobków, klubów dziecięcych, przedszkoli oraz innych form wychowania przedszkolnego.

Działalność socjalną w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawa o zakładowym funduszu stanowią: usługi świadczone przez pracodawców na rzecz różnych form wypoczynku, działalności kulturalno-oświatowej, sportowo-rekreacyjnej, opieki nad dziećmi w żłobkach, klubach dziecięcych, sprawowanej przez dziennego opiekuna lub nianię, w przedszkolach oraz innych formach wychowania przedszkolnego, udzielanie pomocy materialnej – rzeczowej lub finansowej, a także zwrotnej lub bezzwrotnej pomocy na cele mieszkaniowe na warunkach określonych umową.

Istnienie obowiązku stosowania prawa zamówień publicznych przy wydatkowaniu środków z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych zależne jest od formy ich wydatkowania. Jeżeli ze środków zakładowego funduszu świadczeń socjalnych finansowane są dostawy, usługi lub roboty budowlane na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej, wówczas mamy do czynienia zamówieniem publicznym, a tym samym z obowiązkiem stosowania procedur ustawy. Są to bowiem przypadki, w których środki z funduszu są przekazywane w zamian za konkretne świadczenie wzajemne wykonawcy. Sytuacja taka będzie zachodziła m.in. w wypadku finansowania ze środków funduszu zakupu bonów towarowych, czy usługi w postaci wczasów, kolonii i obozów.

Stwierdzić jednak należy, iż ustawodawca, w art. 5 ustawy Pzp, wprowadził w stosunku m.in. do usług socjalnych uproszczoną procedurę udzielania zamówień publicznych. Polega ona na możliwości odstąpienia przez zamawiającego od stosowania niektórych, enumeratywnie wskazanych przepisów. I tak, w przypadku usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy, zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących: wstępnych ogłoszeń informacyjnych; terminów; wadium; zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy; innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę.

Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5

I. Dokonując analizy sytuacji prawnej fundacji oraz stowarzyszeń jako zamawiających na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej "ustawa Pzp", należy wskazać, iż art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakłada obowiązek jej stosowania również przez osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru handlowego ani przemysłowego. Warunkiem uznania wskazanych podmiotów za zamawiających, o których mowa w ustawie Pzp jest stwierdzenie, iż jednostki sektora finansów publicznych bądź inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50 %, bądź posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, bądź sprawują nadzór nad organem zarządzającym, bądź mają prawo do powoływania ponad połowy składu organy nadzorczego lub zarządzającego tego podmiotu.

Interpretacja pojęcia podmiotu prawa publicznego na gruncie prawa Unii Europejskiej omówione zostało w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE".

Na gruncie polskiego porządku prawnego, przesłanka utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego realizuje się w szczególności w przypadku podmiotów będących organizacjami pożytku publicznego w rozumieniu art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. – o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz.U. z 2014 r., poz. 1118). Stosownie do brzmienia art. 20 tejże ustawy, organizacją pożytku publicznego może być organizacja pozarządowa oraz podmiot, o którym

mowa w art. 3 ust. 3 pkt 1 i 4 niniejszej ustawy, jeżeli łącznie spełniają warunki, o których mowa w pkt 1–6 tego przepisu, w tym m.in. prowadzą działalność pożytku publicznego na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów, pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona za względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa. Należy podkreślić, iż organizacje pożytku publicznego powołane są wyłącznie do realizowania celów społecznie użytecznych na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów[1]. Dodatkowo należy wskazać, że przepisy prawa przewidują, że organizacje pożytku publicznego, w celu realizacji określonych zadań mogą otrzymywać dotacje pochodzące z budżetu państwa bądź z budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 112 ust. 1 pkt 7 oraz art. 221 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) odpowiednio w budżecie państwa oraz budżecie jednostki samorządu terytorialnego mogą być zabezpieczane sumy na dotacje przeznaczone m. in. dla stowarzyszeń posiadających status organizacji pożytku publicznego. Dotacje pochodzące z budżetu państwa mogą być przekazywane w celu finansowania bądź dofinansowania zadań zleconych im do realizacji, a które znajdują się zasadniczo w sferze działań państwa. Natomiast, jeśli chodzi o dotacje pochodzące od jednostek samorządu terytorialnego, to zgodnie z treścią art. 221 ust. 1 ustawy o finansach publicznych podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje wyłącznie na cele publiczne związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Zatem przyznanie środków finansowych w postaci dotacji pochodzących z budżetu państwa lub jednostki samorządu terytorialnego uzależnione jest od przeznaczenia ich wyłącznie na cele wskazane w ustawie – tj. wyłącznie na cele publiczne. Jeżeli zatem określona instytucja otrzymuje ww. środku finansowe to należy wnosić, iż jest zobowiązana do prowadzenia działalności o charakterze społecznie użytecznym – publicznym.

Działalność na rzecz pożytku publicznego w sensie prawnym oznacza działalność społecznie użyteczną, prowadzoną przez organizacje pozarządowe w sferze realizacji zadań publicznych, z zasady nie mającą charakteru indywidualnego. Zatem, instytucja będąca organizacją pożytku publicznego z racji swojego statusu wypełnia zadania o charakterze publicznym na rzecz ogółu społeczeństwa bądź określonej, szczególnej jego grupy. Rola takiej instytucji szczególnie wyraźnie przedstawia się w okolicznościach, gdy otrzymuje na realizację tych zadań środki publiczne, które jak już wspomniano przeznaczone mogą być wyłącznie na realizację zadań o takim właśnie charakterze. Jednocześnie, uzasadnione jest stwierdzenie, iż działania o charakterze publicznym są co do zasady działaniami powszechnymi. Podmioty realizujące te zadania zasadniczo nie decydują, w oparciu o subiektywne przesłanki, kto zostanie beneficjentem ich pomocy, są zobowiązane do prowadzenia działalności, której efekty wywierają wpływ na wszystkie osoby, na rzecz, których działają. W tym kontekście należy raz jeszcze podkreślić, iż warunkiem koniecznym dla uznania powszechności określonych działań nie musi być okoliczność, iż są one skierowane do całego społeczeństwa, wystarczające jest, aby określone świadczenia skierowane były do osób spełniających określone generalne warunki. Słowa „powszechny" użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie należy interpretować jako dostępny dla wszystkich, acz w znaczeniu „dotyczący wielu", „dostępny dla wielu" czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone w odpowiedniej rangi przepisach.[2]

Pod pojęciem finansowania określonego podmiotu w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej w rozumieniu przepisów ustawy, a także przez inne podmioty prawa publicznego, należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Stosownie do treści art. 11 ust. 2

[1] Komentarz do ustawy o organizacjach pożytku publicznego i wolontariacie, Jolanta Blicharz, Andrzej Uchla, Oficyna 2008 r. LEX.

[2] Postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 maja 2005 r. (sygn. sprawy IX Ca 196/05 niepubl.).

ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 pkt 1 i 2).

Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu (fundacji, stowarzyszenia), gdy środki publiczne przekazywane są temu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50% wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.

Odnośnie przesłanki, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. c ustawy Pzp tj. sprawowania nadzoru nad organem zarządzającym, należy wskazać, iż przesłankę tę należy oceniać z zastosowaniem kryterium możliwości wywierania wpływu na decyzje zamawiającego przy użyciu określonych środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż nie wystarczy tu nadzór, o którym mowa w art. 8 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – o stowarzyszeniach (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 79 poz. 855, z późn. zm.) oraz w art. 13-14 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. – o fundacjach (Dz. U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203, z późn. zm.). Nadzór, o którym mowa wyżej jest sprawowany jedynie w granicach i na zasadach określonych w przepisach prawa, a zatem jest to nadzór administracyjny, nie może on zmieniać się w koordynowanie czy kierowanie działalnością fundacji bądź stowarzyszenia. Organ realizujący uprawnienia nadzorcze nie ponosi bowiem odpowiedzialności ani prawnej, ani ogólnopolitycznej za działalność podmiotów podległych temu nadzorowi. Działają one „na własny rachunek i własną odpowiedzialność". Ponadto, jest to nadzór nad fundacją oraz stowarzyszeniem jako całością, a nie nad jej organem zarządzającym. W wyroku z dnia 1 lutego 2001 r. C-237/99 ETS, wskazał, iż przesłanka nadzoru jest spełniona, jeżeli nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek, których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego.

Ostatnią odrębną pozytywną przesłanką, warunkującą kwalifikacje określonego podmiotu (fundacji lub stowarzyszenia) jako zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest okoliczność powoływania ponad połowy członków organu nadzorczego lub zarządzającego fundacji przez jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz inne podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Pzp).

II. Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez podmioty, które co do zasady nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, w tym przez fundacje i stowarzyszenia może powstać w okolicznościach określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do dyspozycji art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, podmioty inne niż jednostki sektora finansów publicznych oraz państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej zobowiązane są do stosowania ustawy Pzp, gdy łącznie spełnione są następujące okoliczności:

- ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowana ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a prawa zamówień publicznych,

- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypo-

czynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Analizując poszczególne przesłanki klasyfikacji określonych podmiotów jako zamawiających na postawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy w pierwszej kolejności wskazać, iż pojęcie „finansowania zamówienia" w rozumieniu tego przepisu oznacza okoliczność przekazywania środków na konkretne świadczenie, nie zaś ogólnie na funkcjonowanie danego podmiotu. Środki publiczne lub też środki finansowe pochodzące od wskazanych ustawą podmiotów publicznych podlegają rozliczeniu w ramach wsparcia realizacji konkretnego przedsięwzięcia.

Oprócz finansowania zamówienia w ponad 50% ze środków publicznych, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) lub przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień, określone w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a ustawy Pzp, ustawodawca dla objęcia obowiązkiem stosowania przepisów ustawy wymaga, aby wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jeżeli zatem wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza podmiot nie ma obowiązku stosowania procedur ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nawet jeśli pozostałe przesłanki określone tym przepisem są spełnione.

Kolejną przesłanką zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy, jest wymóg by przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi. Przepis ten nie obejmuje zatem wszystkich robót budowlanych, o których mowa w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp. Określony podmiot będzie stosował procedury ustawy Pzp jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane wymienione w tym przepisie lub usługi związane z tymi robotami budowlanymi. Ustawodawca w dwojaki sposób określił zatem zakres robót budowlanych, których dotyczy art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp; poprzez wskazanie przypadków konkretnych robót budowlanych (np. budowa szpitali, szkół wyższych) oraz poprzez wskazanie rodzaju robót (roboty budowlane z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej). W tym drugim przypadku zakres robót budowlanych objętych pojęciem „robót z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej" należy tłumaczyć przede wszystkim przedmiotowo, zgodnie z przepisami załącznika nr 1 do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (Dz. U. UE z 30.04.2004 L134/114) w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Jak wynika z treści ww. załącznika budowa obiektów z zakresu inżynierii lądowej i wodnej obejmuje: budowę mostów, w tym podwyższonych autostrad, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej; budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych; budowę rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych.

Zakres przedmiotowy czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, o których mowa wyżej powinien być interpretowany także z uwzględnieniem podmiotowych uprawnień inżynierów do wykonywania tych czynności, a zatem uprawnień inżynierskich np. w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Z uwagi na treść Dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, posiadanie uprawnień w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w jednym z krajów członkowskich jest równoznaczne z posiadaniem ich w pozostałych krajach Unii Europejskiej. Oznacza to standaryzację wymagań związanych z uzyskiwaniem uprawnień budowlanych w Unii Europejskiej, a co za tym idzie prowadzi do jednolitości w rozumieniu pojęcia czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej, w tym na gruncie polskiego Prawa zamówień publicznych. O czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej można bowiem mówić wówczas, gdy w odniesieniu do roboty budowlanej aktualizuje się potrzeba wykorzystania odpowiednich uprawnień inżynierskich wymaganych prawem przy dokonywaniu takich czynności. Jak wskazano wyżej sytuacja taka ma miejsce w szczególności w odniesieniu do: budowy mostów, wiaduktów, tuneli itd.

Reasumując:

1. **W obowiązującym stanie prawnym podmioty prowadzące działalność w formie fundacji bądź stowarzyszeń mogą być zobowiązane do stosowania ustawy Pzp w okolicznościach wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.**

2. **Finansowanie zamówienia, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, należy utożsamiać z przekazywaniem danej instytucji środków finansowych przeznaczonych na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym lub państwu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem w rozumieniu ww. przepisu, gdy środki publiczne przekazywane są w celu sfinansowania lub współfinansowania konkretnych projektów beneficjenta w ramach umów o wykonywanie zadań publicznych lub też własnych, pozostających jednak w sferze interesu ekonomicznego podmiotów publicznych.**

3. **Czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, obejmują budowę mostów, w tym podwyższonych autostrad, wiaduktów, tuneli i kolei podziemnej; budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych; budowę rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych. Zakres przedmiotowy tych czynności powinien być interpretowany z uwzględnieniem podmiotowych-inżynierskich uprawnień do ich wykonywania. O czynności z zakresu inżynierii lądowej lub wodnej można mówić wówczas, gdy w odniesieniu do określonej roboty budowlanej aktualizuje się potrzeba wykorzystania odpowiednich uprawnień inżynierskich wymaganych prawem przy ich realizacji.**

Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE

I. Zakres podmiotowy stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", został określony art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne niż jednostki sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

a) finansują je w ponad 50%, lub

b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Kategoria podmiotów wymienionych art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp określana jest mianem podmiotów prawa publicznego. Pojęcie to na gruncie ustawy Pzp nie ma charakteru normatywnego, ustawa Pzp nie posługuje się bowiem takim określeniem. Pojęcie podmiotu prawa publicznego występuje natomiast na gruncie prawodawstwa unijnego, tj. dyrektywy 2004/17/WE oraz dyrektywy 2004/18/WE. Pojęcie „podmiotu prawa publicznego" zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 9 dyrektywy

2004/18/WE i art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/17/WE. Zgodnie z definicjami zawartymi w tych przepisach za podmiot prawa publicznego uważany jest każdy podmiot:

1. ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

2. posiada osobowość prawną, oraz

3. spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:

   a) finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego,

   b) jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,

   c) ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi zatem transpozycję do prawa polskiego instytucji podmiotu prawa publicznego, z tych względów przy wykładni tego przepisu zasadne jest sięgnięcie do dorobku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości) w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego.

W orzecznictwie TSUE przyjęło się, iż pojecie „podmiot prawa publicznego", jako autonomiczne pojęcia prawa wspólnotowego, powinno być interpretowane w świetle głównego celu dyrektywy, jakim jest usunięcie barier w handlu wewnątrz Wspólnoty (Unii Europejskiej) i otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych na konkurencję przedsiębiorców z innych państw członkowskich oraz przeciwdziałanie jakimkolwiek formom preferencji narodowych przy udzielaniu zamówień. W związku z powyższym pojęcia definiujące zakres podmiotowy dyrektywy powinny być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego, spełniających kryteria wymienione w art. 1 ust. 9 lit. a) – c) drugiego akapitu zostały wskazane w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE. W załączniku tym wymienione zostały m.in.: banki narodowe, agencje ustanowione w celu realizacji określonych funkcji lub zaspokajania potrzeb pojawiających się w poszczególnych sektorach publicznych, placówki inne niż przemysłowe i handlowe podlegające kontroli państwa i działające w interesie publicznym działające m. in. w dziedzinie promowania rozwoju gospodarczego, instytucje działające w dziedzinie rozwoju technologii i przedsiębiorstw, a także w dziedzinie doradztwa w zakresie przedsiębiorczości, handlu, nauki, technologii i innowacji, itp. Podkreślenia wymaga, iż wykaz podmiotów prawa publicznego umieszczony w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE nie ma charakteru wyczerpującego i decydującego. Decydujące znaczenie ma bowiem zawarta w ww. dyrektywach definicja podmiotu prawa publicznego.

W związku z powyższym podmiot spełniający warunki określone w dyrektywie niezbędne do uznania go za podmiot prawa publicznego, pomimo braku umieszczenia go w załączniku III do dyrektywy 2004/18/WE należy uznać za podmiot prawa publicznego zobowiązany do stosowania określonych w dyrektywie procedur udzielania zamówień publicznych. W doktrynie z zakresu zamówień publicznych sformułowano definicję podmiotu prawa publicznego (wcześniej instytucji prawa publicznego) jako instytucji: nie nastawionej na zysk w swojej podstawowej działalności, zazwyczaj nie napotykającej na konkurencję ze strony innych podmiotów na wolnym rynku, działającej w celu zaspokajania potrzeb ogólnych, których nie zaspokajają komercyjne przedsiębiorstwa prywatne, albo takich potrzeb ogólnych, na zaspokajanie których państwo chce mieć wyłączność czy szczególny wpływ, posiadającej osobowość prawną, pozostającej pod wpływem państwa lub innych podmiotów zamawiających, albowiem finansowanej w znacznej części (w ponad 50%) lub zarządzanej lub nadzorowanej przez organy państwowe lub samorządowe. Zatem odpowiedź na pytanie, czy dany podmiot mieści się w zakresie definicji "podmiot prawa publicznego", wymaga przede wszystkim ustalenia celu, w jakim został on utworzony.

Istotne dla ustalenia zakresu podmiotowego pojęcia podmiotu prawa publicznego jest wyjaśnienie określenia „potrzeb w interesie ogólnym". W tym miejscu należy wyjaśnić, iż ustawodawca krajowy w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp posługuje się terminem „potrzeb o charakterze powszechnym", które to pojęcie, ze względów wskazanych powyżej (tj. zasady prowspólnotowej wykładni przepisów prawa krajowego), winno być rozumiane tak jak na gruncie prawa wspólnotowego. Na marginesie należy tylko zaznaczyć, iż określenie „potrzeb powszechnych" występowało na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych.

W orzecznictwie TSUE przyjęło się, iż z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ, których zaspokajanie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym (wyrok TSUE z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C – 360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden vs. BFI Holding oraz wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C – 44 /96 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH). Tak więc w świetle interpretacji TSUE, państwo, czy też jednostki samorządu terytorialnego tworząc podmioty prawa publicznego decydują się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać same, lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Z potrzebami o charakterze powszechnym mamy zatem do czynienia w przypadku potrzeb, których zaspokajanie jest powiązane z instytucjonalną działalnością państwa oraz służy pożytkowi społeczeństwa jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. Innymi słowy, przez zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu. W tym miejscu można powołać postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 30 maja 2005 r., (sygn. akt IX Ca 196/05 niepubl.), w którym Sąd trafnie uznał, iż użytego w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp słowa „powszechny" nie można interpretować w znaczeniu „dostępny dla wszystkich", a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu", czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone odpowiedniej rangi przepisami.

Podkreślić również należy, iż zdaniem TSUE fakt zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym przez instytucję zamawiającą w warunkach konkurencji z podmiotami prywatnymi, nie przesądza o tym, że potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego. Inna interpretacja w sytuacji, w której zaspokajanie określonych potrzeb o charakterze powszechnym prawie w całości byłoby przejęte przez podmioty prywatne, prowadziłaby do nadmiernego zawężenia pojęcia zamawiającego, a tym samym zakresu stosowania dyrektyw. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE w celu ustalenia, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu i warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych (wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C – 373/00 Adolf Truley GmbH v. Bestattung Wien GmbH).

Posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest uzależnione od procentowego znaczenia, w ramach całej działalności danego podmiotu, zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nie jest istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym taki podmiot ma możliwość prowadzenia innej działalności. Jeśli dany podmiot został pierwotnie ustanowiony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, a następnie podjął działalność komercyjną, nie zmienia to jego statusu jako podmiotu prawa publicznego, skoro dalej prowadzi również działalność, dla której pierwotnie został ustanowiony. Fakt, że zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym stanowi jedynie stosunkowo niewielką część działalności danego podmiotu, jest również nieistotny, pod wa-

runkiem, że podmiot w dalszym ciągu będzie realizował potrzeby, co do których jest wyraźnie określone, że powinien je zaspokajać.

Odnośnie kwestii finansowania zamówienia w przeważającej części przez podmioty publiczne w kontekście przywołanej wyżej definicji podmiotu prawa publicznego wskazać należy, iż problematyka ta była przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE w wyroku z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C- 380/98 z udziałem Uniwersytetu w Cambridge. Trybunał wskazał przede wszystkim, że finansowanie podmiotu publicznego, o którym mowa przy definiowaniu pojęcia podmiotu prawa publicznego ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem, a instytucjami publicznymi lub państwem. Nie każde świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności, stąd jako finansowanie ze środków publicznych w znaczeniu tego przepisu mogą być rozumiane jedynie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony. Do takich świadczeń mogą należeć granty na wsparcie badań naukowych w sytuacji, gdy środki finansowe są przekazywane instytucji zajmującej się takimi badaniami. Natomiast, przez finansowanie podmiotu nie może być rozumiane przekazywanie środków przez instytucje publiczne w zamian za wynikające z umowy świadczenie, jak przeprowadzanie określonych umową prac badawczych, konsultacji naukowych, czy w zamian za zorganizowanie seminariów lub konferencji. A zatem, poprzez finansowanie podmiotu nie mogą być rozumiane takie przepływy finansowe, które wynikają z interesu ekonomicznego podmiotu publicznego w realizacji określonego świadczenia przez podmiot trzeci. Rodzaj zależności, która powstaje między podmiotami jest analogiczny jak przy normalnych stosunkach handlowych, w których warunki umowy ustalane są przez strony. Jak wskazał TSUE, w celu ustalenia właściwego procentowego udziału publicznego finansowania danego podmiotu, powinien być brany pod uwagę cały dochód uzyskiwany przez ten podmiot, włączając w to dochód z działalności komercyjnej. Ustalenie takie w odniesieniu do danego podmiotu powinno następować corocznie na podstawie danych dostępnych na początku roku budżetowego. Zaś zmiany w strukturze finansowania podmiotu nie mają wpływu na wszczęte i prowadzone postępowania w sprawach zamówień publicznych, które podlegają dyrektywom, do czasu ich zakończenia.

Natomiast w wyroku z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C – 337/06, TSUE wskazał, iż brak świadczenia wzajemnego na rzecz państwa ze strony nadawcy publicznego, wynika z faktu, iż finansowanie służy wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej na rzecz państwa, polegającej na zapewnianiu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach nadawcy, zdaniem Trybunału nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonanie zadania leżącego w interesie publicznym.

II. Udzielanie zamówień przez podmioty prawa publicznego poddane zostało dwóm reżimom prawnym, w zależności od charakteru zamówienia:

- Jeżeli zamówienie nie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp (nie ma charakter zamówienia sektorowego), wówczas podmiot prawa publicznego zobowiązany jest do stosowania ustawy na zasadach ogólnych. W takiej sytuacji obowiązek stosowania ustawy powstaje gdy wartość zamówienia przekroczy progi podstawowe od których uzależnione jest stosowanie ustawy na zasadach ogólnych (art. 4 pkt. 8).

- Jeżeli zamówienie udzielane jest w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp (ma charakter zamówienia sektorowego), wówczas podmiot prawa publicznego zobowiązany jest do stosowania ustawy na zasadach szczególnych, określonych w rozdziale dotyczącym zamówień sektorowych (z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Powyższy obowiązek stosowania ustawy powstaje jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wartość zamówienia sektorowego przekracza progi kwotowe określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Dla powstania obowiązku stosowania ustawy na zasadach szczególnych określonych w rozdziale dotyczącym zamówień sektorowych konieczne jest aby dane zamówienie udzielane było w celu wyko-

nania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. Należy opowiedzieć się za poglądem, wedle którego użyte w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie – „udzielane w celu wykonania jednego z następujących rodzajów działalności" powinno być rozumiane możliwie szeroko, to jest dotyczyć zarówno zamówień niezbędnych jak i koniecznych dla sprawnego prowadzenia takiej działalności.

Ilustrując to za pomocą prostych przykładów – zamówienia sektorowe to zarówno zamówienia specyficzne dla danego rodzaju działalności sektorowej (np. zakup autobusów przez przedsiębiorstwo autobusowej komunikacji miejskiej, zakup elementów do sieci energetycznej przez przedsiębiorstwo energetyczne) jak i pozostałe zamówienia, konieczne dla sprawnego jej prowadzenia (np. budowa nowego budynku administracyjnego, mającego mieścić zarząd przedsiębiorstwa autobusowej komunikacji miejskiej, obsługa prawna przedsiębiorstwa energetycznego w zakresie przedsięwzięć energetycznych, ubezpieczenie majątku, który służy do prowadzenia działalności). Wszystkie wymienione zamówienia, jako udzielane w celu wykonywania jednej z rodzajów działalności w sektorach użyteczności publicznej, będą traktowane jako zamówienia sektorowe.

Należy dodać, iż w sytuacji gdy podmiot prawa publicznego prowadzi wyłącznie działalność sektorową każde udzielane przez nią zamówienie, będzie udzielane w celu wykonywania tej działalności a w więc z zastosowaniem przepisów szczególnych dotyczących zamówień sektorowych.

Problem odnośnie zastosowania właściwych przepisów może powstać w przypadku udzielania przez instytucje prawa publicznego zamówień o charakterze mieszanym, które tylko w części udzielane są w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych w takiej sytuacji zasadą będzie udzielanie całego zamówienia o charakterze mieszanym na zasadach ogólnych. Dotyczy to również przepisów wyznaczających progi kwotowe od których uzależnione jest stosowanie prawa zamówień publicznych na zasadach ogólnych. W konsekwencji, jeżeli więc wartość zamówienia pozasektorowego w zamówieniu o charakterze mieszanym przekracza równowartość kwoty z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający wymieniony w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy zobowiązany będzie do stosowania ustawy Pzp na zasadach ogólnych przy udzielaniu takiego zamówienia. Powyższa interpretacja wynika z faktu, iż podmioty prawa publicznego, jako wyszczególnione w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy, zobowiązane są z reguły do stosowania ustawy na zasadach ogólnych. Przepis art. 132 ustawy Pzp tworzy w tym względzie wyjątek, poddając szczególnemu – mniej rygorystycznemu reżimowi prawnemu, udzielanie przez te podmioty zamówień sektorowych. Wyjątek ten wynika z charakteru przedmiotu zamówienia, które udzielane jest w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 2 ustawy Pzp. Zamówienia nie posiadające wyłącznie takiego charakteru, czyli również zamówienia mieszane powinny być udzielane na zasadach ogólnych. Należy także dodać, iż poddanie zamówień mieszanych szczególnemu rygorowi prawnemu, właściwemu dla zamówień sektorowych mogłoby prowadzić w efekcie – ze względu na wyższe progi kwotowe od których uzależnione zostało stosowanie ustawy przy udzielaniu zamówień sektorowych – do udzielania zamówień nie mających charakteru sektorowego z wyłączeniem stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

Obowiązek stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez instytuty badawcze (dawniej jednostki badawczo-rozwojowe)

I. Dokonując oceny możliwości wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp"– przez instytuty badawcze, w pierwszej kolejności należy mieć na uwadze fakt, iż sfera zamówień publicznych objęta jest przedmiotem regulacji prawa Unii Europejskiej. Unijne reguły koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych zostały określone w przepisach dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

(Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Przepisy wskazanych dyrektyw poza ustaleniem samych procedur udzielania zamówień publicznych określają również krąg podmiotów zobowiązanych do ich stosowania (instytucje zamawiające). Przy czym wskazany w ww. dyrektywach krąg instytucji zamawiających ma charakter wiążący dla państw członkowskich (arg. z art. 288 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W konsekwencji należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne wyłączenie poza krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, podmiotów objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE i dyrektywy 2004/18/WE (arg. z art. 291 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

II. Katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp zawiera art. 3 ust. 1 tej ustawy. I tak ustawę Pzp stosuje się w szczególności do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zgodnie jednakże z art. 9 pkt 14 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 885, z późn. zm.) instytuty badawcze wyłączone zostały z sektora finansów publicznych. Powyższe nie oznacza jednak, iż instytuty badawcze w ogóle utraciły status zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie konieczna jest ocena spełniania przez instytuty badawcze przesłanek określonych dla pozostałych kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Rozumienie pojęcia podmiotu prawa publicznego na gruncie prawa Unii Europejskiej omówione zostało w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE".

IV. Zasady działania instytutów badawczych określają przepisy ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. Nr 96, poz. 618, z późn. zm.), dalej „ustawą IB". W myśl postanowienia art. 1 ust. 1 tej ustawy instytuty badawcze są państwowymi jednostkami organizacyjnymi wyodrębnionymi pod względem prawnym, organizacyjnym i ekonomiczno-finansowym, które prowadzą badania naukowe i prace rozwojowe ukierunkowane na ich wdrożenie i zastosowanie w praktyce. Z art. 2 ust. 1 ustawy IB wynika, że do zadań instytutów należy w szczególności: prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, przystosowanie wyników badań i prowadzonych prac do potrzeb praktyki oraz wdrażanie wyników badań i prac rozwojowych. Potrzeba realizacji powyższych zadań stanowi zasadniczy cel tworzenia instytutów badawczych (arg. z art. 4 ustawy IB). Poza realizowaniem powyższych zadań instytuty badawcze mogą prowadzić także inną działalność niż wymieniona w art. 2 ust. 1 ustawy IB. Działalność ta jest wydzielona pod względem finansowym i rachunkowym z działalności określonej w art. 2 ust. 1 ustawy IB (art. 2 ust. 4 ustawy IB).

Biorąc powyższe pod uwagę należy wskazać, iż zasadniczym celem działalności instytutów badawczych jest prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, których wyniki powinny znaleźć zastosowanie w określonych dziedzinach, w tym w dziedzinach gospodarki narodowej i życia społecznego. Tak określony cel działalności instytutów badawczych wskazuje, iż są one tworzone w celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnospołecznym (rozwój naukowy i innowacja).

Powyższa działalność nie stanowi zwykłej działalności handlowej ani przemysłowej związanej z funkcjonowaniem konkurujących ze sobą przedsiębiorców nastawionych na osiąganie zysku. Jakkolwiek instytuty mogą prowadzić inną działalność to jednak nie zmienia to faktu, iż podstawowym celem tworzenia tych jednostek jest prowadzenie działalności w interesie ogólnospołecznym, co wynika wprost z przepisów ustawy IB. Taka kwalifikacja instytutów badawczych ma zatem charakter normatywny. Biorąc powyższe pod uwagę należy stanąć na stanowisku, iż instytuty badawcze są tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

V. Dla kwalifikacji danego podmiotu prawa do kategorii podmiotów prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), poza wskazaniem, iż jest on tworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb

o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, konieczne jest stwierdzenie istnienia zależności pomiędzy takim podmiotem a podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podmioty tworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadają status zamawiających, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50 % lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Zgodnie z postanowieniami art. 5 ustawy IB instytut badawczy tworzy Rada Ministrów w drodze rozporządzenia, jak również podlega nadzorowi sprawowanemu przez ministra wskazanego w tym rozporządzeniu. Z ustawy tej wynika, że minister nadzorujący powołuje oraz odwołuje dyrektora jak również określa także wysokość jego wynagrodzenia (arg. z art. 24 ust. 2 i 3 oraz ar. 26 ustawy IB). Ponadto, minister nadzorujący ma prawo odmowy powołania na dyrektora kandydata wskazanego przez komisję konkursową, jeżeli konkurs został przeprowadzony z naruszeniem prawa lub kandydat nie spełnia kryteriów (arg. z art. 24 ust. 4 ustawy IB). Z art. 35 ustawy IB wynika, że minister nadzorujący może żądać informacji i wyjaśnień od organów instytutu, a także dokonywać audytu i doraźnej kontroli działalności instytutu. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż w stosunku do instytutów badawczych są spełnione przesłanki, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

VI. Konkludując należy stwierdzić, iż instytuty badawcze jako państwowe jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, tworzone w celu prowadzenia badań naukowych i prac rozwojowych, posiadają status podmiotu prawa publicznego i są zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym powyższa kwalifikacja podmiotowa instytutów badawczych odpowiada kwalifikacji prawnej tych jednostek jako instytucji zamawiających w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2004/17/WE i art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE. Tym samym instytuty badawcze są zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych i nie jest dopuszczalne wyłącznie ich spod tego obowiązku na gruncie prawa krajowego.

Wybrane kwestie dotyczące stosowania ustawy Pzp, po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r.

Zasadniczym celem ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), dalej „ustawa nowelizacyjna", była implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą". Stąd też większość instytucji, których dotyczą wątpliwości zgłaszane przez środowiska twórcze i publiczne instytucje kultury, ma swoje źródło w przepisach unijnych objętych bezwzględnym obowiązkiem wdrożenia ich postanowień przez państwa członkowskie Unii Europejskiej do krajowych systemów prawnych.

I. W dniu 29 stycznia 2010 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68). Wykazy usług zawarte w załącznikach do rozporządzenia przenoszą wprost treść odpowiednich załączników do dyrektywy 2004/18/WE (załącznik II A i II B) oraz dyrektywy 2004/17/WE (załącznik XVII A i XVII B), zgodnie z nowym brzmieniem nadanym tym załącznikom rozporządzeniem Komisji nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007r. zmieniającym rozporządzenie Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV. Przedmiotowe rozporządzenie zapewnia ustalenie tożsamego zakresu pojęć „usługi o charakterze priorytetowym" i „usługi o charakterze niepriorytetowym" w prawie polskim i unijnym, jako że przeniesienie wskazanych pojęć na grunt prawa krajowego zo-

stało dokonane bez żadnych ingerencji w ich zakres. Tym samym nowe rozporządzenie wykonawcze nie zmieniło zarówno charakteru usług rekreacyjnych, kulturalnych i sportowych z niepriorytetowych na priorytetowe, jak również ich zakresu przedmiotowego. Identycznie jak dotychczas usługi będące w zakresie zainteresowania instytucji kultury pozostają usługami niepriorytetowymi. Nie zmieniono także dalszej charakterystyki tych usług. Opisy oraz numery CPC i CPV określające przedmiotowe usługi w załącznikach do dyrektyw zostały odwzorowane w przepisach prawa krajowego w sposób tożsamy.

W świetle przedstawionych wyjaśnień należy stwierdzić, iż uregulowanie przedmiotowej kwestii w przepisach prawa krajowego nie spowodowało żadnych modyfikacji definicji, a tym samym zakresu przedmiotowego usług priorytetowych oraz niepriorytetowych zarówno w stosunku do prawa unijnego, jak również uprzednio obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

II. Przepisy art. 62 ust. 2a i art. 66 ust. 2 ustawy Pzp implementują do prawa krajowego przewidzianą art. 3a dyrektywy odwoławczej instytucję ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma na celu umożliwienie wykonawcom zdobycia wiedzy o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie, który nie wymaga uprzedniego upublicznienia zamiaru przeprowadzenia postępowania, a w konsekwencji – ewentualnego kwestionowania podstaw do zastosowania takiego trybu. Niemniej jednak, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Celem zachęcenia zamawiających do poddania się takiej kontroli wykonawców, ustawa Pzp zawiera szereg uregulowań sprzyjających podjęciu decyzji o zastosowaniu tej instytucji.

Główną korzyścią, jaką odnosi zamawiający poprzez publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uniknięcie negatywnych konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co do zasady bowiem, stosownie do brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Art. 146 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia wyjątek od powyższej reguły, stanowiąc, iż w przypadku, gdy zamawiający zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania tych trybów, ale miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą i jednocześnie umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, to umowa ta nie podlega unieważnieniu. Znaczenie normatywne ww. przepisów jest takie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie podlegała unieważnieniu nawet w sytuacji, gdy zamawiający zastosował jeden z ww. trybów wbrew przesłankom określonym ustawą Pzp, o ile uprzednio zamawiający ten skorzystał z możliwości publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dochował terminu wstrzymania się z zawarciem umowy i pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, iż jego działanie jest zgodne z prawem.

Powyższy przepis jest spójny z przepisem art. 182 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ustanawiającym terminy do wniesienia odwołania. Art. 146 ust. 2 ustawy Pzp określa bowiem termin wstrzymania się przez zamawiającego z zawarciem umowy (tzw. standstill) i jest to odpowiednio 5 dni dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i 10 dni dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, liczonych od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. W tym też terminie, zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia odwołań. Ewentualne zasadne kwestionowanie w tym czasie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – wobec zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia KIO – umożliwia sanowanie wadliwej czynności zamawiającego przed zawarciem umowy. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego środki ochrony prawnej są najefektywniejsze zarówno z punktu widzenia wykonawcy dochodzącego swoich praw, jaki i z punktu widzenia zamawiającego, który może „naprawić" postępowanie bez negatywnych konsekwencji wynikających z unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem prawa.

W sytuacji, gdy zamawiający nie zdecyduje się skorzystać z możliwości opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uniemożliwia wykonawcom, którzy byliby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, wniesienie odwołania od decyzji o wyborze trybu niekonkurencyjnego przed zawarciem umowy. Z tych przyczyn ustawa Pzp, uprawnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej w związku z naruszeniem prawa prowadzącym do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminach dłuższych niż w przypadku, gdy zamiar zawarcia umowy został ogłoszony.

III. Unieważnienie umowy, o którym mowa w art. 192 ust. 3 ustawy Pzp, może być orzeczone jedynie w przypadku, gdy spełnione są ściśle oznaczone warunki ustawowe. Zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Pzp do unieważnienia umowy przez KIO lub sąd okręgowy może dojść wyłącznie w sytuacji, gdy:

- wniesiono odwołanie,
- odwołanie jest zasadne (zostaje uwzględnione),
- zamawiający dopuścił się co najmniej jednego kwalifikowanego naruszenia przepisów ustawy wymienionego w art. 146 ust. 1,
- nie zachodzą okoliczności umożliwiające Izbie odstąpienie od unieważnienia umowy lub zastosowanie kary alternatywnej.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż ustawa nowelizacyjna zmieniła w sposób zasadniczy normatywne ujęcie kwestii nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. W stanie prawnym sprzed nowelizacji w razie zaistnienia okoliczności określonych ustawą umowa w sprawie zamówienia publicznego była nieważna z mocy prawa (ex lege), stąd wyrok sądu stwierdzającego nieważność takiej umowy miał charakter deklaratoryjny i był skuteczny od dnia zawarcia umowy (ex tunc). W praktyce oznaczało to, iż świadczenia spełnione przez strony nieważnej umowy od samego początku nie miały podstawy prawnej. Obecnie zrezygnowano z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy w sprawie zamówienia publicznego na rzecz nieważności względnej (unieważnienie), ustalanej w drodze konstytutywnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu, skutecznego od chwili jego uprawomocnienia (ex nunc). Oznacza to, że umowa obarczona kwalifikowanymi wadami określonymi w art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia.

Należy wyraźnie pokreślić, iż efektem powyższej zmiany jest zwiększenie pewności obrotu prawnego. Czynności podejmowane przez strony zawartej umowy, mają bowiem do chwili jej unieważnienia oparcie w jej postanowieniach, a jednocześnie unieważnienie umowy nie niweczy podstawy dokonanych już czynności. Nowelizacja stwarza także możliwość zastosowania instytucji skrócenia okresu obowiązywania umowy, unieważnienia umowy tylko w zakresie zobowiązań niewykonanych, a nawet całkowitego odstąpienia od unieważnienia umowy i dalszego wykonywania zamówienia w okolicznościach przewidzianych w ustawie. Powyższe ma istotne znaczenie dla uczestników systemu zamówień publicznych, w tym zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych, ponieważ umowy w sprawie zamówienia publicznego obejmują świadczenia o różnym charakterze oraz są realizowane w różnych okolicznościach, często wyrażających interes publiczny. Powyższe wymaga podejścia zindywidualizowanego, a zatem także regulacji umożliwiającej ocenę skutków prawnych wadliwości umowy w zależności od charakteru i natury świadczeń stanowiących jej przedmiot oraz badanie i wyjaśnianie okoliczności w jakich doszło do zawarcia umowy (art. 190 ust. 8 ustawy Pzp). Oczywistą tego konsekwencją musi być uprawnienie odpowiednich organów do orzekania stosownie do wyniku tego badania i oceny. W ustawie Pzp założenie powyższe realizowane jest m. in. poprzez umożliwienie Krajowej Izbie Odwoławczej lub sądowi, w określonych okolicznościach, wydanie rozstrzygnięć innych niż unieważnienie umowy.

IV. Dopuszczalność zaliczkowego wypłacania wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego i jednoznacznego przewidzenia możliwości stosowania zaliczek w umowach o zamówienie publiczne

przez zamawiających, będących jednostkami sektora finansów publicznych albo udzielających zamówień finansowanych ze środków publicznych, budziła szereg wątpliwości w świetle przepisów o finansach publicznych. Przy czym właściwe organy (przede wszystkim Ministerstwo Finansów – właściwe w zakresie wykładni ustawy o finansach publicznych) przychylały się do interpretacji mówiącej o braku możliwości stosowania zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawcy w ramach kontraktowania zamówień przez sektor finansów publicznych. Mając zatem na uwadze potrzebę usunięcia tych wątpliwości oraz pozytywnego przesądzenia o dopuszczalności udzielania zaliczek wykonawcy wybranemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wprowadzono uregulowanie tego zagadnienia ustawą nowelizacyjną.

W obecnym stanie prawnym art. 151a ustawy Pzp określa wprost dopuszczalność oraz warunki udzielania zaliczek. Dla zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należących do podsektora rządowego w rozumieniu ustawy o finansach publicznych możliwość ta zachodzi zawsze w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz w przypadku dostaw i usług, jeżeli są finansowane z udziałem środków określonych w art. 151a ust. 2 pkt 1 lit. a–c ustawy Pzp (tj. środków unijnych oraz ze źródeł zagranicznych). Zamawiający należący do podsektora samorządowego mogą udzielać zaliczek w każdym z rodzajów zamówień (tj. dostawach, usługach i robotach budowlanych) bez względu pochodzenie środków przeznaczonych na ich finansowanie. Wszystkie podmioty należące do sektora finansów publicznych mogą udzielać zaliczek wyłącznie po udzieleniu zamówienia w trybie wszczynanym publikacją ogłoszenia.

Obok wyeliminowania wątpliwości dotyczących dopuszczalności stosowania przez jednostki sektora finansów publicznych zaliczek na poczet wynagrodzenia wykonawcy, omawiana zamiana przepisów wprowadzona została również w celu propagowania w dziedzinie zamówień publicznych przejrzystości, w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie ETS. System zamówień publicznych powinien zawierać mechanizmy zachęcające zamawiających do stosowania trybów otwartych, które w najpełniejszy sposób realizują postanowienia dyrektyw. Przykładem takiego rozwiązania jest właśnie określenie ww. warunków do stosowania trybów poprzedzonych publicznym ogłoszeniem, warunki udzielania zaliczek pełnią też ważną funkcję z punktu widzenia zachowania pełnej przejrzystości i innych zasad traktatowych przy wydatkowaniu środków publicznych. Zasady te wpływają także korzystnie na efektywność wydatkowania środków europejskich i przyczyniają do usprawnienia procesów związanych z realizacją dużych inwestycji.

Należy także zaznaczyć, że rozwiązanie powyższe jest szczególnie ważne w aktualnej sytuacji, charakteryzującej się ograniczeniem możliwości pozyskiwania przez wykonawców środków na realizację zamówień. Zaliczki pełnić zatem mają funkcję częściowego i wstępnego finansowania inwestycji przez podmiot zamawiający. Należy również podkreślić, iż nie było zamiarem ustawodawcy przyznanie temu instrumentowi finansowemu funkcji gwarancyjnej, tym bardziej, iż wiarygodność jednostek sektora finansów publicznych w zakresie wypłacalności gwarantowana jest powagą Państwa, którego część stanowią.

II. OBOWIĄZEK STOSOWANIA REGULACJI PZP DO WYBORU WYKONAWCY ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ORAZ WYŁĄCZENIE TEGO OBOWIĄZKU

Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Pzp)

Zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;

- organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji;

- przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 885, z późn. zm).

Przepis ten wprowadza na grunt prawa polskiego instytucję zamówienia wewnątrzorganizacyjnego tzw. „zamówienia in-house" znaną prawu wspólnotowemu, dopuszczalną na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – obecnie TSUE.

Zgodnie z poglądem wyrażanym wielokrotnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (por. orzeczenie w sprawie C-107/98 „Teckal") możliwe jest odstąpienie od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku, gdy wykonawca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, jeżeli spełnione są dwa podstawowe warunki:

1. organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (wydziałami) oraz

2. ów odrębny podmiot musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek.

Jak wskazał ETS w wyroku w sprawie C-340/04 Carbotermo, „ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności (...). Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje. (...) Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami."

Jeśli chodzi o drugi z ww. warunków, należy zwrócić uwagę, że w tym samym wyroku Trybunał wskazał, iż warunek wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz kontrolującej jednostki zostaje spełniony w sytuacji, gdy działalność wykonawcy poświęcona jest głównie instytucji zama-

wiającej, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Warunek ten ma celu zapewnienie, aby procedury zamówień publicznych znajdowały zastosowanie w tych przypadkach, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez instytucję zamawiającą działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. Co do zasady należy zatem uznać, że przesłanka wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej zachodzi wówczas, gdy rozmiar i zakres działalności wykonywanej na rzecz innych podmiotów jest tego rodzaju, że nie stanowi ona konkurencji dla innych przedsiębiorców działających w tym segmencie rynku.

Odnosząc powyższe do relacji pomiędzy organem władzy publicznej a instytucją gospodarki budżetowej należy zwrócić uwagę na kilka zasadniczych cech tej instytucji.

Jako byt prawny instytucja gospodarki budżetowej jest podmiotem niezależnym od organu władzy publicznej, uzyskuje bowiem osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego – art. 23 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 885, z późn. zm.), dalej „ustawa o finansach publicznych". Ponadto, samodzielnie gospodaruje mieniem (art. 28 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Mimo to instytucja gospodarki budżetowej pozostaje jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych (art. 23 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Realizacja zadań publicznych należy zatem do zakresu działalności podstawowej (a w niektórych wypadkach także – wyłącznej) tej instytucji. Jednocześnie organ administracji będący organem założycielskim instytucji gospodarki budżetowej wyposażony jest w kompetencje pozwalające na uznanie, że sprawuje on nad instytucją kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Organ założycielski nadaje instytucji statut, w którym określa m.in. przedmiot działalności podstawowej oraz ewentualnie zasady prowadzenia działalności innej niż podstawowa, a także źródła uzyskiwania przychodów (art. 26 ustawy o finansach publicznych). Organ założycielski powołuje i odwołuje dyrektora instytucji (art. 27 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Ponadto organ założycielski sprawuje istotne funkcje nadzorcze w zakresie gospodarki finansowej instytucji, w tym m. in. wyraża zgodę na dokonywanie zmiany przychodów i kosztów w planie finansowym w trakcie roku budżetowego, na zaciągniecie zobowiązania przekraczającego 30% rocznych przychodów, ustala zasady zbywania (najmu, dzierżawy, użyczenia) aktywów instytucji (art. 24 ust. 5 i art. 28 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych).

Określone powyżej główne zasady funkcjonowania instytucji gospodarki budżetowej wskazują, że stosunki prawne nawiązywane pomiędzy organem założycielskim a instytucją polegające na udzielaniu instytucji przez ten organ zamówień, o których mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, mogą być kwalifikowane jako zamówienia in-house, a zatem nie podlegające przepisom o zamówieniach publicznych, o ile spełnione zostaną łącznie warunki w tym przepisie wskazane.

W przypadku instytucji gospodarki budżetowej, jako odrębnego podmiotu prawa posiadającego osobowość prawną (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych), relacje warunkujące możliwość dokonywania zamówień typu in-house wiążą ją wyłącznie z organem założycielskim. W odniesieniu do innego podmiotu nie można bowiem wykazać m. in. spełniania warunku sprawowania przez ten podmiot kontroli na instytucją gospodarki budżetowej. W szczególności relacja taka nie zachodzi pomiędzy instytucją gospodarki budżetowej a inną jednostką organizacyjną podległą organowi założycielskiemu tej instytucji.

Na tym tle pojawiła się kwestia odnośnie możliwości zlecania zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez ministerstwo powołane do obsługi ministra będącego organem założycielskim tej instytucji. Należy w tym miejscu wskazać, iż w świetle obowiązujących regulacji prawnych ministerstwo nie jest organem administracji rządowej lecz stanowi państwową jednostkę budżetową w myśl art. 9 pkt 3 ustawy o finansach publicznych. Jednak biorąc pod uwagę, że ministerstwo stanowi aparat wykonawczy ministra i działalność ministerstwa ogranicza się jedynie do stworzenia ministrowi niezbędnych warunków do należytego wykonywania obowiązków, zasadne jest rozciągnięcie stosowania dyspozycji normy z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp również na ministerstwo, które obsługuje organ założycielski instytucji gospodarki budżetowej w zakresie realizacji zadań ministra.

Wyłączenie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e)

I. Stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które:

- nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub
- których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Tym samym wyłączenie ma miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, czy to w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego działalności, czy też wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego. Brzmienie art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp zapewnienia pełną zgodność regulacji krajowych z przepisami dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Powyższa interpretacja przedmiotowego wyłączenia została potwierdzona przez służby Komisji Europejskiej, Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Dyrektoriatu ds. Polityki Zamówień, do których Urząd zwrócił się z prośbą o opinię w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, dotyczącymi przepisów dyrektywy, na których zostało oparte brzmienie art. 4 pkt. 3 lit e ustawy Pzp.

II. W celu prawidłowego zastosowania art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp konieczne jest ustalenie zakresu przedmiotowego wyłączenia, co z kolei wymaga możliwie precyzyjnego określenia znaczeń użytych przez ustawodawcę sformułowań: „badania naukowe", „prace rozwojowe" oraz „usługi badawcze". Punktem wyjścia dla poprawnego zinterpretowania pojęcia „usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych" są określone w przepisach prawa definicje legalne. Wyrażenie powyższe, jako wyrażenie łączne, nie posiada definicji legalnej w prawie polskim. Stąd, pojęcia: „usług w zakresie badań naukowych" oraz „usług w zakresie prac rozwojowych" należy potraktować rozłącznie.

Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. z 2014 r., poz. 1620) w następujący sposób definiuje wskazane pojęcia:

1) badania naukowe:

   a. badania podstawowe – oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie,

   b. badania stosowane – prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce,

   c. badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych;

2) prace rozwojowe – nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności:

   a. tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,

   b. opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,

   c. działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie, prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Pojęcie „usług w zakresie badań naukowych", o których mowa w ustawie Pzp, należy więc utożsamiać z pojęciem „badań naukowych" zdefiniowanym w ustawie o zasadach finansowania nauki. To samo odnosi się określenia „usług w zakresie prac rozwojowych", które należy utożsamiać z pojęciem „prace rozwojowe", również zdefiniowanym w tej ustawie.

Przepisy ustawy Pzp, jak również przepisy innych aktów prawnych nie zawierają definicji legalnej pojęcia „świadczenie usług badawczych". Mając powyższe na uwadze, przy ustalaniu zakresu wyrażenia „świadczenie usług badawczych" należy odwołać się do wykładni celowościowej, a więc w szczególności do celu ustawodawcy jaki stał u podstaw wprowadzenia tego sformułowania do treści przedmiotowego przepisu. Dodanie do wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, wyrażenia „świadczenie usług badawczych" wynikało ze zmian, jakie zostały wprowadzone do ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. 2012 r. poz. 572, z późn. zm.), dalej „ustawa o szkolnictwie". W art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy o szkolnictwie, jako podstawowe zadanie uczelni wymieniono prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych. Celem modyfikacji art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp było objęcie zakresem przedmiotowego wyłączenia wszystkich zadań związanych z działalnością badawczą i rozwojową uczelni. Tym samym, wyrażenie „świadczenie usług badawczych" zawarte w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp należy przede wszystkim odnosić do działalności badawczej i rozwojowej wykonywanej przez uczelnie. Z uwagi jednak, iż wyłączenie to ma charakter przedmiotowy, niewykluczone jest, iż dotyczyć może także innych podmiotów świadczących „usługi badawcze". Tylko takie rozumienie tego wyrażenia jest zgodne z celem wprowadzenia przez ustawodawcę zmiany do przedmiotowej regulacji.

III. Ustawa Pzp nie będzie miała zastosowania do usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych jeśli usługi te:

- nie będą w całości opłacane przez zamawiającego lub
- jeśli ich rezultaty nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego.

Ponieważ art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp miał na celu implementację art. 16 lit. f dyrektywy 2004/18/WE jego interpretacja powinna być dokonana w oparciu o przepisy wspólnotowe.

Zgodnie z brzmieniem art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE, nie są objęte niniejszą dyrektywą zamówienia publiczne na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie

instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, pod warunkiem, że usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą. Ponadto z treści pkt 23 preambuły ww. dyrektywy wynika, iż spod jej regulacji powinny być wyłączone usługi badawcze i rozwojowe, w których zaangażowane będą środki także inne niż zamawiającego lub których rezultat prac ma służyć również innym podmiotom dla użytku zgodnego z ich działalnością.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż pkt 23 preambuły odwołuje się do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 179 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), zgodnie z którym, Unia w celu wzmacniania swojej bazy naukowej i technologicznej przez utworzenie europejskiej przestrzeni badawczej, w której naukowcy, wiedza naukowa i technologie podlegają swobodnej wymianie, oraz sprzyjaniu rozwojowi swojej konkurencyjności, także w przemyśle, a także promowaniu działalności badawczej uznanej za niezbędną na mocy innych rozdziałów Traktatów, sprzyja przedsiębiorstwom, w tym małym i średnim przedsiębiorstwom, ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości; wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmierzając w szczególności do umożliwienia naukowcom swobodnej współpracy ponad granicami, a przedsiębiorstwom – pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy.

Tym samym, zachęcanie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmacniania naukowej i technologicznej bazy przemysłu Unii, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczynia się do osiągnięcia tego celu.

Z powyższych przepisów wynika, iż środkiem do wzmocnienia podstaw naukowych i technicznych przemysłu Unii jest po pierwsze otwarcie rynku zamówień publicznych, po drugie zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej. Realizacji powyższego środka służyć ma m.in. otwarcie rynków w zakresie zamówień publicznych na prace badawcze i rozwojowe, z drugiej zaś strony zachęcanie do udziału we współfinansowaniu badań zamawiających i zwolnienie ich w takim przypadku z obowiązku stosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem stosowanie procedur właściwych dla zamówień publicznych przy zamawianiu usług badawczo-rozwojowych, o czym świadczy ujecie usług badawczo-rozwojowych w załączniku II A do dyrektywy, jako tzw. „usług priorytetowych". Załącznik ten, konkretyzując usługi badawcze i rozwojowe odsyła do kodów CPV, a konkretnie do numerów od 73000000-2 do 73300000-5 (z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0). Zgodnie z powyższym, Słownik CPV zalicza do nich: usługi badawcze i eksperymentalno-rozwojowe, oraz pokrewne usługi doradcze (73000000-2), usługi badawcze i eksperymentalno-rozwojowe (73100000-3), usługi badawcze (73110000-6), laboratoryjne usługi badawcze (73111000-3) usługi badań morskich (73112000-0), usługi eksperymentalno-rozwojowe (73120000-9), projekt i realizacja badań oraz rozwój (73300000-5).

Jako wyjątek od zasady stosowania dyrektyw należy traktować udzielanie zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe w sytuacji, gdy wyniki prac służą nie tylko zamawiającemu lub gdy są one finansowane również przez inne podmioty niż zamawiający. Wyjątek ten służyć ma również wsparciu potencjału przedsiębiorstw w ich rozwoju, a w konsekwencji społeczeństwa poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe.

Odnosząc się do przesłanki opłacania zamówienia wskazać należy, iż opłacenie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, że podmiotem zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. Bez znaczenie dla powyższej kwalifikacji jest ustalenie pochodzenia środków zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia. Tak więc zamawiający może opłacać dane zamówienie zarówno ze środków własnych, jak i ze środków pozyskanych w związku z uzyskaniem kredytu, dotacji, środków pochodzących z Unii Europejskiej. Tym samym nie można uznać, iż spełniona została przesłanka dotycząca współopłacania zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający uzyskał dofinansowanie zadania ze środków Unii Europejskiej, np. w formie dotacji rozwojowej, którą przewidywała ustawa o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. z 2005 r.

Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) obowiązująca do dnia 1 stycznia 2010 r., i wydatkował je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.

Nie jest również opłacaniem zamówienia wspólnie z zamawiającym, ponoszenie przez wykonawcę kosztów realizacji udzielonego mu zamówienia. Celem wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest m.in. wsparcie potencjału przedsiębiorstw poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe. Przesłanka w zakresie opłacania byłaby zatem spełniona, gdyby udział w finansowaniu zamówienia ponosiła osoba trzecia czyli np. prywatny przedsiębiorca, czy nawet inna jednostka naukowo-badawcza.

Dodać należy, iż nawet niewielki procentowo udział innego podmiotu w opłacaniu zamówienia, powoduje iż przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e ustawy Pzp, odnosząca się do nie opłacania w całości przez zamawiającego udzielanego zamówienia, zostanie spełniona. Powyższe nie może być jednak dokonywane w celu omijania przepisów ustawy Pzp.

Natomiast do spełnienia drugiej przesłanki dojdzie wówczas, gdy rezultaty zlecanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych będą nie tylko własnością zamawiającego, ale w swoim podstawowym założeniu będą służyć także innym podmiotom. Celem tej regulacji było wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe zamówień mających nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Byłby to przypadek, w którym korzyści z usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych finansowanych z budżetu przypadają instytucjom badawczym, uniwersytetom, a nawet prywatnym przedsiębiorstwom. Przesłana ta zostanie zatem spełniona jeśli rezultaty zlecanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, tym samym prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, prawa własności przemysłowej dotyczące m.in. wynalazków, wzorów użytkowych i wzorów przemysłowych) do wyników badań lub prac rozwojowych przysługują nie tylko zamawiającemu, ale również innym podmiotom.

IV. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że wszelkiego rodzaju wyłączenia przewidziane w dyrektywie, jak również w ustawie Pzp powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Ponadto z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że ciężar dowodu zaistnienia okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi skutki prawne. W związku z tym skorzystanie z możliwości wyłączenia zamówień na usługi badawczo-rozwojowe spod procedur zamówień publicznych możliwe będzie po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, których zaistnienie zamawiający musi być w stanie wykazać.

Reasumując:

- **Wyłączenie zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie stanowią wyłącznie własności zamawiającego (1), lub wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego (2);**

- **Rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego w sytuacji, gdy nie służą wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, ale w swoim podstawowym założeniu mają służyć także innym podmiotom;**

- **Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.**

Wybór brokera ubezpieczeniowego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej ustawa Pzp", stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez podmioty enumeratywnie określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przez zamówienia publiczne, rozumiemy zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, umowy odpłatnie zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Treść ww. definicji zamówienia publicznego jednoznacznie wskazuje, iż zakresem prawa zamówień publicznych objęte są wyłącznie umowy odpłatne o charakterze cywilnoprawnym. Pod pojęciem odpłatnych czynności prawnych rozumie się umowy, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową, niekoniecznie w postaci pieniężnej. Innymi słowy przez „świadczenie odpłatne" należy rozumieć takie świadczenie, które ma odpowiednik w świadczeniu drugiej strony, stanowiące wynagrodzenie za dokonaną czynność, przy czym świadczenia te nie muszą być wyrażone w jednostkach pieniężnych.

Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1450), dalej „ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym", przewiduje możliwość korzystania z pośrednictwa ubezpieczeniowego w zakresie ubezpieczeń osobowych i majątkowych. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia. Działalność gospodarcza polegająca na świadczeniu usług pośrednictwa ubezpieczeniowego może być wykonywana wyłącznie przez agentów ubezpieczeniowych lub brokerów ubezpieczeniowych, a w zakresie reasekuracji – tylko przez brokerów reasekuracyjnych posiadających zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie reasekuracji (art. 2 ust. 2 i 3 o pośrednictwie ubezpieczeniowym).

Działalnością brokerską, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym jest wykonywanie czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu szukającego ochrony ubezpieczeniowej, polegające na: zawieraniu lub doprowadzeniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywania czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia również w sprawach o odszkodowanie.

Problem obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy wyborze brokera sprowadza się do ustalenia, czy w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z odpłatną umową cywilnoprawną, czy też z umową, która takiego charakteru nie ma.

Z treści art. 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym można byłoby wyprowadzać wniosek, iż umowa brokerska zawsze ma charakter odpłatny. Nie ulega wątpliwości, iż umowa będzie miała taki charakter, w przypadku gdy wynagrodzenie bądź jego część wypłacał będzie brokerowi bezpośrednio zamawiający. Zgodnie jednak przyjętą praktyką za świadczenie swych usług, broker nie pobiera wynagrodzenia od ubezpieczającego, a od zakładu ubezpieczeń społecznych w formie prowizji.

Zgodnie z przyjętym poglądem w doktrynie odpłatny charakter umowy charakteryzuje się tym, iż każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Co do zasady, nie ma znaczenia, czy płatność za uzyskane świadczenie realizowana jest przez stronę zawartej umowy, czy też przez osobę trzecią. W każdym bowiem przypadku wykonawca świadczenia uzyskuje korzyść majątkową, z tym zastrzeżeniem, że wypłacane środki mogą pochodzić od podmiotu trzeciego.

Wydaje się, iż w przypadku umowy brokerskiej nie mamy do czynienia z ww. sytuacją. Za wykonaną usługę broker nie pobiera wynagrodzenia na podstawie stosunku zastępstwa ubezpieczeniowego

zawartego z zamawiającym, lecz na podstawie odrębnej umowy zawartej z zakładem ubezpieczeń, określającej zasady wzajemnego rozliczania się z tytułu wykonywania czynności brokerskich. Nie można zatem traktować opłacania brokera przez zakład ubezpieczeń jako świadczenia zamawiającego realizowanego przez osobę trzecią, z uwagi na to, iż umowa brokerska takiego świadczenia nie przewiduje. W związku z czym, podmiot zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych, zawierając nieodpłatną umowę o świadczenie usług pośrednictwa ubezpieczeniowego nie stosuje procedur ustawy Pzp.

O odpłatności umowy o świadczenie usług brokerskich nie świadczy również odmienne, niż w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej, uregulowanie definicji pośrednictwa ubezpieczeniowego. W stosunku do zawartej w ustawie o działalności ubezpieczeniowej, nowa definicja zastrzega, iż pośrednictwo polega na wykonywaniem czynności za wynagrodzeniem. Zgodnie z wyrażonym poglądem w literaturze przedmiotu: określenie „za wynagrodzeniem" charakteryzuje jedynie ekonomiczny sens działalności zawodowej brokera, nie odnosi się jednak bezpośrednio do stosunków prawnych, w które wchodzi w związku z jej wykonywaniem" (J. Pokrzywniak, Rzeczpospolita 2003/6/18 – t. 2).

Jednocześnie, należy dodać, że obowiązek stosowania procedur ustawy Pzp będzie zachodził na etapie wyboru zakładu ubezpieczeń, z którym zamawiający zawrze umowę ubezpieczenia. Broker może działać jako pełnomocnik zamawiającego, czyli w imieniu i na rzecz zamawiającego zobowiązany będzie do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający może jednak sam prowadzić postępowanie na wybór zakładu ubezpieczeń, korzystając jednocześnie z usług brokera jako biegłego.

Udzielanie zamówień publicznych przez zamawiającego stosującego szczególną procedurę przewidzianą przez wewnętrzne regulacje organizacji międzynarodowej

W myśl przepisu art. 4 ust. 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm), dalej „ ustawa Pzp", przedmiotowej ustawy nie stosuje się do zamówień udzielanych na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowej odmiennej niż określona w ustawie. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp, przewidziane w art. 4 pkt.1 lit. a) jest wynikiem implementacji do prawa polskiego uregulowania przewidzianego w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 132, z późn. zm.). Zgodnie z art. 15 lit. c ww. dyrektywy, nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych podlegających innym regułom proceduralnym i udzielanych na podstawie szczególnej procedury organizacji międzynarodowych.

Jeżeli zamawiający udziela zamówienia publicznego, stosując szczególną procedurę przewidzianą przez wewnętrzne regulacje organizacji międzynarodowej, to może odstąpić od stosowania przepisów ustawy Pzp. Należy jednak zauważyć, iż zamawiający może skorzystać z przedmiotowego zwolnienia tylko w okolicznościach, gdy zastosowanie procedur organizacji międzynarodowych na charakter obligatoryjny. Innymi słowy zamawiający będzie mógł skorzystać z powyższego zwolnienia w każdym przypadku, gdy z jakichkolwiek względów będzie zobowiązany stosować przy udzielaniu zamówienia szczególną procedurę organizacji międzynarodowej. W praktyce stosowanie odmiennych regulacji przewidzianych przez organizacje międzynarodowe jest często warunkiem uzyskania środków finansowych od takiego podmiotu.

Analizując kwestię zastosowania przedmiotowego wyłączenia należy odróżnić dwie sytuacje: po pierwsze, gdy zamówienie udzielane jest przez zamawiającego na rzecz organizacji międzynarodowej oraz po drugie, gdy zamawiający udziela zamówienia publicznego z wykorzystaniem środków przyznanych przez tego rodzaju organizację. W związku z tym należy podkreślić, iż brzmienie omawianego przepisu odnosi się zarówno do umów kredytowych podpisywanych pomiędzy organizacją międzynarodo-

wą a zamawiającym, jak również do zamówień udzielanych na podstawie szczególnych procedur organizacji międzynarodowych przez beneficjenta środków przez tę organizację przyznanych. Powyższe wyłączenie znajdzie również zastosowanie w stosunku do eksperckich usług doradczych świadczonych przez organizację międzynarodową.

Ratio legis zaprezentowanego uregulowania jest umożliwienie zaciągania zobowiązań kredytowych ze środków organizacji międzynarodowych, gdyż w tych przypadkach głównie zamawiającemu zależy na uzyskaniu środków i w związku z tym jest zobowiązany do zastosowania się do warunków wskazanych w statucie, regulaminach oraz innych przepisach regulujących działalność organizacji międzynarodowej, które dotyczą ich przyznawania i wydatkowania. Jest to sytuacja odmienna od mającej miejsce przy udzielaniu kredytów i pożyczek przez prywatne instytucje finansowe działające na zasadach rachunku ekonomicznego i nastawione na osiąganie zysku z wykonywanej działalności. W tym przypadku to prywatne instytucje finansowe konkurują ze sobą w celu uzyskania zamówienia na kredyt lub pożyczkę udzielanego przez zamawiającego, który w tym celu prowadzi postępowanie uregulowane przepisami ustawy Pzp.

W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp dopuszczalność skorzystania z przedmiotowego zwolnienia w przypadku procedur wymaganych przez Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju, Europejski Bank Inwestycyjny, Banku Rozwoju Rady Europy oraz Bank Światowy uzależniona jest od określenia podmiotowego statusu Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Europejskiego Banku Inwestycyjnego, Banku Rozwoju Rady Europy oraz Banku Światowego.

Prawo międzynarodowe nie zawiera definicji organizacji międzynarodowej. Zasadnicze znaczenie w takim przypadku będą miały poglądy doktryny prawa międzynarodowego oraz utrwalona praktyka państw (podmiotów prawa międzynarodowego). Ponadto w każdym przypadku dla określenia statusu jednostki konieczne jest dokonanie indywidualnej oceny, czy dany podmiot można w ten sposób zakwalifikować.

Kwestia zaliczania określonych podmiotów do grona organizacji międzynarodowych opiera się na kilku ogólnych przesłankach. Po pierwsze, organizacja międzynarodowa powinna być powołana na podstawie umowy międzynarodowej pomiędzy państwami (lub głównie między państwami). Po drugie, do grona jej członków powinny należeć wyłącznie lub w większości państwa. Po trzecie, organizacja międzynarodowa z reguły powinna posiadać osobowość prawną oraz zdolność do czynności cywilnoprawnych.

Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju został powołany do życia w dniu 29 maja 1990 r. na podstawie Porozumienia ustanawiającego Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju zawartego między sygnatariuszami, stronami niniejszego Porozumienia, którymi w zdecydowanej większości są państwa. Przywołane powyżej Porozumienie stanowi jednocześnie statut Banku, w oparciu o który EBOR prowadzi swoją działalność. Członkostwo w EBOR zgodnie z postanowieniami Porozumienia zostało przewidziane dla krajów europejskich i krajów pozaeuropejskich, które są członkami Międzynarodowego Funduszu Walutowego oraz Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i Europejskiego Banku Inwestycyjnego. Bank posiada pełną osobowość prawną oraz w szczególności pełną zdolność prawną do zawierania umów, nabywania i rozporządzania własnością nieruchomą i ruchomą oraz wszczynania postępowania sądowego. Uznać zatem należy, iż Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju jest międzyrządową organizacją międzynarodową.

Odnośnie określenia statusu Europejski Bank Inwestycyjny jako organizacji międzynarodowej należy wskazać, iż został on ustanowiony na podstawie postanowień Traktatu Rzymskiego powołującego Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25 marca 1957 r. Stosownie do treści art. 266 Traktatu, EBI posiada pełną osobowość prawną oraz zdolność do czynności prawnych. Jednocześnie stosownie do brzmienia art. 3 Protokołu nr 11 do powyższego Traktatu, stanowiącego zarazem statut EBI, jego członkami są tylko i wyłącznie państwa członkowskie Unii Europejskiej. Z uwagi na spełnienie wszystkich z wyżej wskazanych przesłanek, należy uznać, iż Europejski Bank Inwestycyjny jest organizacją międzynarodową.

Powyższe odnosi się również do kwalifikacji prawnej Banku Rozwoju Rady Europy. Został on utworzony na podstawie tzw. Porozumienia częściowego przyjętego przez Komitet Ministrów Rady Europy z dnia 16 kwietnia 1956 r., pierwotnie jako Fundusz Osiedleniowy. Członkami Funduszu (Banku Rozwoju Rady Europy). Stosownie do art. 3 niniejszego porozumienia, mogą być wyłącznie państwa. Jednocześnie należy wskazać, iż krąg podmiotów mogących uzyskać członkowstwo w Banku nie został ograniczony tylko do państw będących członkami Rady Europy, taki status mogą uzyskać inne państwa po spełnieniu przewidzianych porozumieniem warunków. Należy zatem stwierdzić, iż również Bank Rozwoju Rady Europy może zostać uznany za szczególny typ organizacji międzynarodowej.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku kwalifikacji prawnej Banku Światowego. Dla uznania Banku Światowego za organizację międzynarodową zasadnicze znaczenia mają trzy główne czynniki: po pierwsze, każda z instytucji należących do grupy Banku Światowego, a w szczególności Międzynarodowy Bank Odbudowy i Rozwoju, zastały utworzone na podstawie szczególnej umowy międzynarodowej. Po drugie członkowstwo w Banku Światowym przysługuje wyłącznie państwom. Bank Światowy (a zasadniczo instytucje wchodzące w jego skład) posiada pełną osobowość prawną oraz w szczególności pełną zdolność prawną do zawierania umów, nabywania i rozporządzania własnością nieruchomą i ruchomą oraz wszczynania postępowania sądowego. W związku z powyższym również Bank Światowy należy zaliczyć do grona organizacji międzynarodowych.

Jednocześnie Urząd Zamówień Publicznych wyjaśnia, iż pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r. (znak: UZP/DP/E–AKO/7755/08) zwrócił się do Ministerstwa Spraw Zagranicznych z prośbą o przedstawienie stanowiska w kwestii kwalifikacji podmiotowej Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, Europejskiego Banku Inwestycyjnego oraz Banku Rozwoju Rady Europy w świetle prawa międzynarodowego. Z otrzymanych wyjaśnień (pismo z dnia 8 kwietnia 2008 r. znak: DPT 40/2008/MM) również wynika, iż wyżej wskazane instytucje są międzyrządowymi organizacjami międzynarodowymi.

W świetle powyższych wyjaśnień Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju, Europejski Bank Inwestycyjny, Bank Rozwoju Rady Europy oraz Bank Światowy należy uznać za organizację międzynarodowe, o których jest mowa w art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. W związku z tym, zamówienia udzielane na podstawie szczególnej procedur tych Banków podlegają przedmiotowemu wyłączeniu spod obowiązku stosowania Pzp na podstawie ww. przepisu. Zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp zarówno w odniesieniu do udzielenia zamówień na kredyt albo pożyczkę ze środków tych Banków, a także jak i w stosunku do zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi finansowanych z kredytów lub pożyczek udzielonych przez te Banki. Ustawa Pzp nie znajdzie również zastosowania w przypadku udzielania tym organizacjom, a w tym Bankowi Światowemu zamówień na świadczenie eksperckich usług doradczych dla beneficjentów środków. W wymienionych powyżej przypadkach wyłączenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający stosuje szczególne procedury tych organizacji dotyczące przyznawania kredytów i pożyczek oraz wyłaniania wykonawców inwestycji i projektów finansowanych z kredytu lub pożyczki udzielonej przez te instytucje.

Udzielanie zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi – zagadnienia wybrane na podstawie pytań kierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych

1. Możliwość udzielania zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, na zakup sprzętu do akcji ratunkowej oraz w związku z usuwaniem skutków powodzi.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", zamawiający może dokonać zakupu określonych dostaw, usług oraz robót budowlanych w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;

- pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
- nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przesłanka z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma zatem zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Udzielenie zamówienia w tym trybie co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Dodatkowo należy podnieść, iż możliwość udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia musi wynikać również z okoliczności, w których zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, iż powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale pomimo tego, iż zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak: klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.

Dodatkowym warunkiem udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia jest obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. Należy jednocześnie zauważyć, iż zarówno tryb przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przewidują możliwość skrócenia postępowania (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 oraz art. 52 ust. 2 ustawy Pzp) z uwagi na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stosuje się zatem w przypadku, gdy zamawiający ma wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie procedury przyśpieszonej (por. wyrok ETS z dnia 18 marca 1992 C 24/91 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii).

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych powodujących konieczność natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przy-

czynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć (przesłanki powyższe omówione zostały przy trybie negocjacji bez ogłoszenia). Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie wyżej omówione – negocjacje bez ogłoszenia. Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałań lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia.

Ocena spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia z powołaniem się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, lub też trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do konkretnych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy do zamawiającego, przy czym jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. „progi unijne", zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu takiego postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania odpowiednio trybu negocjacji bez ogłoszenia (arg. z art. 62 ust. 2 ustawy Pzp), lub też trybu zamówienia z wolnej ręki (arg. z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp). Niemniej jednak, w oparciu o okoliczności przedstawione w nadesłanych do Urzędu Zamówień Publicznych pismach, należy rozróżnić dwie sytuacje. Pierwsza, to taka, w której w danej chwili występuje klęska żywiołowa (np. powódź) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) – wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione będzie skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli nie istnieje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, ale sytuacja, która uzasadnia pilną potrzebę udzielenia zamówienia wówczas zamawiający może, stosownie do treści art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Druga sytuacja może dotyczyć okoliczności, w których nie mamy w danym momencie do czynienia ze zjawiskiem klęski żywiołowej, uzasadniającej pilną potrzebę realizacji świadczeń (dostaw, usług lub robót budowlanych), natomiast zakup np. sprzętu do akcji ratunkowych wynika z chęci (konieczności) poczynienia zapasów na wypadek takiej klęski w przyszłości – wówczas brak jest podstaw do zastosowania trybów niekonkurencyjnych.

2. Szacowanie wartości zamówienia na dostawy, usługi, roboty budowlane udzielane w związku z wystąpieniem powodzi.

Stosownie do treści art. 32 ust 2 ustawy Pzp, ustalając wartość zamówienia, zamawiający nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu. Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku.

Podkreślenia wymaga, iż z jednym zamówieniem mamy do czynienia, gdy ze względu na określone wyróżniające cechy można traktować je jako jeden proces. W tym celu należy posługiwać się łącznie następującymi kryteriami: podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), możliwość przewidzenia przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej

zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

I tak, z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem istotne są okoliczności towarzyszące wszczęciu postępowania. Zamawiający szacuje wartość zamówienia z uwzględnieniem wszystkich usług, dostaw czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć jednorazowo (lub sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań). Jeżeli jednak potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się już po udzieleniu zamówienia tożsamego przedmiotowo, nie mamy do czynienia z jednym zamówieniem co za tym idzie z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia. Stąd podział zamówień jako taki nie jest zakazany, o ile nie zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, nie mogły być przy dochowaniu należytej staranności szacowane z innymi, wcześniejszymi zamówieniami, każde kolejne zamówienie będzie zamówieniem odrębnym, a nie częścią zamówienia, które podlegało uwzględnieniu przy ustaleniu wartości wcześniejszych zamówień.

3. Czy w sytuacji, w której w skutek powodzi utrudnione jest terminowe wykonywanie dostaw lub usług, zamawiający wobec opóźnień w realizacji umów mogą domagać się od wykonawców zapłaty kar umownych? Czy można w tym przypadku mówić o vis maior w rozumieniu KC? Czy wykonawcy mają prawo domagać się w związku z wzrostem cen np. materiałów budowlanych lub artykułów spożywczych podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w umowie z zamawiającym?

Zagadnienia dotyczące zapłaty kar umownych oraz podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w umowie z zamawiającym nie są regulowane przepisami o zamówieniach publicznych. W odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie nie uregulowanym ustawą, zgodnie z regułą wyrażoną art. 139 ust. 1 Pzp, mają zastosowanie przepisy ogólne kodeksu cywilnego. Tym samym, odpowiedź na pytanie o możliwość domagania się przez zamawiających od wykonawców zapłaty kar umownych w sytuacji opóźnień w realizacji umów spowodowanych powodzią jest uzależniona przede wszystkim od tego, jakie zasady odnoszące się do kar strony wprowadziły do umowy. Obowiązująca w tym zakresie kodeksowa zasada swobody umów może prowadzić do różnorodnych rozwiązań, a co za tym idzie do odmiennych skutków w odniesieniu do odpowiedzialności w sytuacji wystąpienia opóźnień.

Najczęściej kary umowne zastrzegane są na wypadek nie wykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego z wyłączeniem odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu, gdy powodem niewykonania lub nienależytej realizacji zobowiązania są przyczyny niezależne od niego. Wspomniana w pytaniu siła wyższa stanowić będzie z zasady element zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności. Trzeba jednak pamiętać, że wpływ takiego czynnika jak siła wyższa (w tym wypadku powódź) musi być realny, tzn. sam fakt wystąpienia w określonym rejonie Polski powodzi nie usprawiedliwia każdego opóźnienia w realizacji każdej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale czynnik ten musi mieć realny wpływ na sposób realizacji określonego zamówienia, co wykonawca zamówienia, chcąc uchronić się przed odpowiedzialnością z tytułu zapłaty kar umownych, powinien wykazać. Innymi słowy, nie można uznać, że zasadą jest, iż powódź jako siła wyższa usprawiedliwia każdą nieterminową realizację zamówienia na terenach dotkniętych tą powodzią.

Podobne uwagi można odnieść do kwestii wzrostu wynagrodzenia ustalonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego w związku ze wzrostem cen żywności lub materiałów budowlanych na terenach powodziowych. Obecnie obowiązujące przepisy nie dopuszczają możliwości dokonania istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której został dokonany wybór wykonawcy, jeżeli zamawiający nie przewidział możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie określił w jakich warunkach taka zmiana może być dokonywana (por. art. 144 ust. 1 Pzp). Zmiana wysokości wynagrodzenia z tytułu świadczenia stanowi co do zasady istotną zmianę dotychczas obowiązującej umowy, stąd jej wprowadzenie jest możliwe tylko w okolicznościach i obszarach wyszczególnionych w umowie, w tym np. sytuacji, w których doszłoby do nadzwyczajnej, nieprzewidywalnej w chwili zawarcia umowy, zmiany stosunków takich jak powódź, pożar, katastrofa a spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby stronie rażącą stratą. A zatem, strony tych umów, których mogłyby dotknąć zmiany cen żywności lub materiałów budowlanych powinny co do zasady zabezpieczyć się w umowie na wypadek takich zmian poprzez odpowiednie klauzule indeksowe odnoszące się do cen wybranych towarów lub ich grup na podstawie określonego w umowie źródła informacji o cenach. Przy czym, trzeba podkreślić, że tak jak w przypadku kwestii zapłaty kar umownych zagadnienie podwyższenia wynagrodzenia nie jest możliwe do rozstrzygnięcia na poziomie ogólnym, jedynie ze wskazaniem na fakt wystąpienia powodzi, ale musi odnosić się ściśle do okoliczności danego przypadku.

Dopuszczalność zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 132 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp, podmioty prawa publicznego, udzielając zamówień sektorowych, stosują przepisy szczególne zawarte w rozdziale ustawy poświęconym zamówieniom sektorowym, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 ustawy. Przez zamówienia sektorowe należy rozumieć zamówienia udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionej w art. 132 ustawy Pzp, prowadzonej w sektorach wydobywczym, gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Ustawa wśród działalności mających charakter sektorowy wymienia m.in.: tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucja wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami (art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych (art., 132 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz działalność związaną z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków, a także związaną z pozyskiwaniem wody pitnej (art. 132 ust. 2 ustawy Pzp).

Jednakże, zgodnie z dyspozycją art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane, a w przypadku gdy wykonawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lub 4, również na dostawy, jeżeli są udzielane podmiotom:

1. z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,

2. w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

3. które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,

4. które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy

– jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80 % przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4; w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

Zamawiający sektorowy może zlecać utworzonym przez siebie spółkom zależnym prowadzenie inwestycji realizowanych na rzecz zamawiających sektorowych z zakresu prowadzonej przez nich działalności sektorowej. Spółki zależne, o których mowa, mają lub, w przypadku ich utworzenia, będą miały status przedsiębiorstw powiązanych w rozumieniu art. 23 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE[1], o ile sporządzają lub będą sporządzać wspólnie ze wskazanymi wyżej zamawiającymi sektorowymi roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe, tworzący je zamawiający sektorowi posiadają lub będą posiadali w nich ponad połowę akcji, a prognozowane przychody tych spółek za okres 3 lat uzyskiwane ze świadczenia dostaw, usług lub wykonywania robót budowlanych na rzecz tych zamawiających przekraczają lub będą przekraczać 80% przeciętnych przychodów uzyskiwanych ze świadczenia wszystkich dostaw, usług lub wykonywania robót budowlanych. W takim przypadku zatem będą spełnione warunki do wyłączenia stosowania ustawy Pzp przy zlecaniu zamówień tym spółkom zależnym przez zamawiających sektorowych.

Zagadnieniem budzącym wątpliwości pozostaje natomiast dopuszczalność w tych warunkach zakupu usług, dostaw lub robót budowlanych przez spółki zależne u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w sytuacji, gdy świadczenia pozyskiwane przez spółki zależne od podmiotów trzecich byłyby tożsame ze świadczeniami zlecanymi spółkom zależnym przez zamawiających sektorowych.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, iż spółka zależna od zamawiającego sektorowego nie może zostać zakwalifikowana jako zamawiający na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jedynie z tego względu, że prowadząca działalność sektorową spółka „matka" będzie wywierała dominujący wpływ na spółkę zależną. W odniesieniu do spółki zależnej, której celem utworzenia jest jedynie wsparcie działalności przedsiębiorcy sektorowego w ściśle określonym, zwłaszcza technicznym zakresie np. realizacji inwestycji budowlanych, nie ma zastosowania definicja zamawiającego sektorowego z przywołanego wyżej przepisu ze względu na niewykonywanie przez ten podmiot działalności sektorowej. Mimo, że pomiędzy spółką matką, a powołaną przez nią spółką zależną istnieje ścisły związek, są to dwie odrębne osoby prawne, odrębne podmioty prawa. A zatem, realizacja zamówień przez spółkę zależną na rzecz posiadającej status zamawiającego sektorowego spółki „matki", nie powoduje, że spółka zależna samodzielnie prowadzi działalność sektorową. Celem spółki zależnej, jest bowiem jedynie wspieranie zamawiającego sektorowego w realizowaniu części zadań, nie zaś samodzielne prowadzenie działalności w zakresie działalności sektorowej. A zatem, celem spółki zależnej nie będzie prowadzenie działalności sektorowej, ale odpłatna realizacja inwestycji na rzecz spółki „matki", która na podstawie zrealizowanej inwestycji będzie prowadzić działalność sektorową. W konsekwencji, spółka zależna, która samodzielnie nie spełnia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp definiujących zamawiającego sektorowego przede wszystkim ze względu na fakt, iż nie udziela zamówień w celu wykonywania przez siebie jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, nie jest zamawiającym sektorowym i przy udzielaniu przez nią zamówień z zasady nie mają do niej zastosowania przepisów ustawy Pzp, o ile nie podlega ona temu obowiązkowi z racji innych przepisów ustawy tj. art. 3 ust. 1 pkt. 5 lub art. 3 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 7, str. 19).

Stanowisko powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06, w którym Trybunał stwierdził, że zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17/WE („dyrektywy sektorowej") obejmuje jedynie zamówienia udzielane przez podmiot będący „instytucją zamawiającą" w rozumieniu tej dyrektywy, w zawiązku z działalnością prowadzoną w sektorach wymienionych w art. 3–7 tej dyrektywy oraz w celu prowadzenia tej działalności, wskazując jednocześnie, że zakres przedmiotowy dyrektywy 2004/17/WE jest ściśle ograniczony, co nie pozwala rozciągać ustanowionych w niej procedur poza ten zakres.

W kontekście przedstawionych wyżej uwag dotyczących braku obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przez spółki zależne od zamawiających sektorowych zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych powoduje sytuacja, w której w celu realizacji zamówień sektorowych, w tym współfinansowanych przez Unię Europejską, zamawiający sektorowi tworzą ad hoc spółki zależne, by na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp udzielać tym spółkom, nie wykonującym działalności sektorowej, a co za tym idzie – nie będącym zamawiającymi, zamówień bez stosowania ustawy, a następnie spółki zależne podzlecają podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień z pominięciem procedur ustawowych. Niewątpliwie, taka praktyka postaje w sprzeczności z celem rozwiązania przyjętego w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, tj. realizacji zleceń na rzecz zamawiającego sektorowego przez wyspecjalizowany w tym celu podmiot – jego spółkę zależną, oraz narusza zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych przez zamawiających sektorowych prowadząc do uchylenia się przez przedsiębiorstwa sektorowe od obowiązku udzielania zamówień zgodnie z ustawą Pzp. W szczególności, swoboda w zakresie podzlecania podmiotom zewnętrznym zamówień uzyskiwanych przez spółkę zależną może prowadzić do praktyki tworzenia spółek zależnych jedynie w celu koordynacji udzielania zamówień przez „spółkę matkę" z pominięciem ustawy, a w konsekwencji – w skrajnym przypadku – braku potrzeby udzielania jakichkolwiek zamówień w trybie ustawy przez zamawiającego sektorowego.

W tym kontekście należy mieć również na względzie, iż przepisy dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, w tym w szczególności dyrektywy 2004/17/WE, a co za tym idzie transponujące je przepisy ustawy Pzp, powinny być interpretowane zgodnie z ich pro wspólnotową wykładnią. Stosowanie art. 23 dyrektywy 2004/17/WE, a w konsekwencji art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, nie powinno prowadzić zatem do możliwości realizowania zamówień zlecanych przez zamawiających sektorowych ich spółkom zależnym, utworzonym w celu prowadzenia działalności wspierającej „spółkę matkę", przez podmioty zewnętrzne. A zatem, ze względu na cel przywołanych wyżej przepisów umożliwiających odstąpienie od reżimu ustawy jedynie ze względu na ścisłą kooperację i powiązanie podmiotu zlecającego i realizującego zlecenie, za działanie zmierzające do obejścia przepisów ustawy ze względu na treść art. 58 ust. 1 k.c. w związku z art. 136 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać podzlecanie realizacji zadań, zleconych przez zamawiającego sektorowego własnej spółce zależnej na podstawie art. 136 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w szczególności w całości lub w znacznej części podmiotom trzecim.

Mając na względzie powyższe zagadnienie należy zauważyć, iż zgodnie z motywem 32 preambuły dyrektywy 2004/17/WE spod jej zakresu obowiązywania zostały wyłączone zamówienia udzielane przedsiębiorstwom powiązanym, przy jednoczesnym zapewnieniu, by takie wyłączenie nie powodowało ograniczenia konkurencji poprzez ustanowienie odpowiednich zasad dotyczących w szczególności maksymalnych limitów, w ramach których te przedsiębiorstwa mogą uzyskać część przychodów z rynku i powyżej których tracą możliwość uzyskania zamówienia bez przeprowadzenia procedury przetargowej. W związku z tym, w myśl art. 23 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/17/WE nie ma ona zastosowania do zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym. W piśmiennictwie podkreśla się, że wyłączenie to ma zastosowanie do świadczenia usług takich jak księgowość, rekrutacja czy zarządzanie, a także usług specjalistycznych, obejmujących w szczególności know-how grupy, przez wyspecjalizowane w tym zakresie przedsiębiorstwo powiązane na rzecz przedsiębiorstw wchodzących w skład grupy kapitałowej. Podział grupy ekonomicznej na osobne podmioty nie podważa jej gospodarczej jedności: usługi świadczone przez spółki powiązane są realizowane „u siebie" nawet w przypadku umowy zawartej między poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy. Wyłączone

zamówienia to takie, które są udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego zasadniczym celem jest działanie jako centralny usługodawca wobec grupy, do której należy, a nie sprzedawanie swoich usług na zasadach komercyjnych na rynku.[2]

Przepis art. 23 dyrektywy 2004/17/WE przewiduje odstępstwo od norm mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawniej Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską) w zakresie zamówień publicznych i, jako taki, zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa, musi podlegać wykładni ścisłej. Zastosowanie odstępstwa od norm mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez Traktat musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności. Niezastosowanie tych przepisów może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim cel ten nie może być równie skutecznie osiągnięty za pomocą środków mniej ograniczających prawa przyznane przez Traktat.[3]

Przez analogię do orzecznictwa Trybunału w sprawach dotyczących zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym, należy stwierdzić, że udzielenie zamówienia sektorowego przedsiębiorstwu powiązanemu, które samo nie jest w stanie zrealizować powierzonego zadania i musi je zlecać podmiotom trzecim, nie będąc przy tym zobowiązane do stosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień sektorowych, zagrażałoby skuteczności dyrektywy 2004/17/WE. Osiągnięcie celu, któremu ma ona służyć, a którym jest swobodny przepływ towarów i usług oraz poddanie rynku zamówień niezakłóconej konkurencji we wszystkich państwach członkowskich, byłoby zagrożone, gdyby podmioty zamawiające mogły stosować wybiegi maskujące udzielanie zamówień publicznych przedsiębiorstwom niepowiązanym.[4]

W świetle przedstawionych wyżej rozważań uzasadnione jest przyjęcie poglądu, zgodnie z którym brak jest możliwości podzlecania podmiotom trzecim w całości lub w znacznej części przez przedsiębiorstwa powiązane z zamawiającym sektorowym realizacji zadań powierzonych przedsiębiorstwu powiązanemu przez zamawiającego sektorowego na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp.

Rekapitulując powyższe ustalenia należy stwierdzić, że spod zakresu obowiązywania dyrektywy 2004/17/WE zostały wyłączone zamówienia udzielane przedsiębiorstwom powiązanym, przy jednoczesnym zapewnieniu, by takie wyłączenie nie powodowało ograniczenia konkurencji poprzez ustanowienie odpowiednich zasad dotyczących, w szczególności maksymalnych limitów, w ramach których te przedsiębiorstwa mogą uzyskać część przychodów z rynku i powyżej których tracą możliwość uzyskania zamówienia bez przeprowadzenia procedury przetargowej. Ponadto, brak jest możliwości podzlecania podmiotom trzecim w całości lub w znacznej części przez przedsiębiorstwa powiązane z zamawiającym sektorowym realizacji zadań powierzonych przedsiębiorstwu powiązanemu przez zamawiającego sektorowego na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp.

[2] Por. Peter Trepte, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą sektorową, Warszawa-Katowice 2006, str. 50 i nast.
[3] Por. orzeczenie z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 Evans Medical, Zb. Orz. [1995] str. I–563, pkt 38.
[4] Zob. orzeczenie z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt 42.

Udzielanie zamówień publicznych na usługi szkoleniowe

I. W stosunku do zamówień publicznych realizowanych celem nabycia usług szkoleniowych lub edukacyjnych, zastosowanie znajduje procedura wskazana w art. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp". Zakres przedmiotowy art. 5 ustawy Pzp należy bowiem odnosić do treści załącznika Nr 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i nieprioritetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68), szczegółowo poprzez ustalenie rodzajów usług odpowiadających kodom Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Wskazane Rozporządzenie w załączniku Nr 2 klasyfikuje usługi szkoleniowe jako usługi nieprioritetowe w kategorii 24. Kategoria ta obejmuje wszystkie rodzaje usług określone kodami od 80000000-4 do 80660000-8 z wyjątkiem usług opatrzonych kodami 80533000-9 – usługi zapoznawania użytkownika z obsługą komputera i usługi szkoleniowe, 80533100-0 – usługi szkolenia komputerowego oraz 80533200-1 – kursy komputerowe. Ww. usługi, wyłączone z kategorii usług szkoleniowych, sklasyfikowane zostały w kategorii 27 załącznika Nr 2 jako inne usługi nieprioritetowe. Aktualny Słownik, w brzmieniu obowiązującym od dnia 15 września 2008 r., stanowi załącznik do Rozporządzenia Komisji Nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie WE Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczących procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. U. UE z 15. 03. 2008 r. L 74/1). CPV wśród usług edukacyjnych i szkoleniowych wymienia między innymi: usługi szkolnictwa podstawowego (kod: 80100000-5), usługi szkolnictwa średniego (kod: 80200000-6), usługi edukacji młodzieży (kod: 80310000-0), usługi edukacji medycznej (kod: 80320000-3), różne usługi szkolne (kod: 80410000-1) W tym wśród usług szkoleniowych (kod: 80500000-9) CPV wymienia między innymi: usługi szkolenia specjalistycznego (kod: 80510000-2), usługi szkolenia personelu (kod: 80511000-9), placówki szkoleniowe (kod: 80520000-5), seminaria szkoleniowe (kod: 80522000-9), usługi szkolenia zawodowego (kod: 80530000-8), usługi szkolenia technicznego (kod: 80531200-7), oferowania kursów językowych (kod: 80580000-3).

Stosownie do brzmienia przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający udzielający zamówienia na ww. usługi może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert, wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na postawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

II. W postępowaniach, których przedmiotem są usługi nieprioritetowe, w tym dotyczące nabycia usług szkoleniowych, nie obowiązuje zakaz wynikający z dyspozycji art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający udzielając zamówień publicznych nie może konstruować kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawców, a w szczególności ich wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (kryteriów podmiotowych). Oznacza to, iż w przedmiotowych postępowaniach prowadzonych w trybach przetargowych – właściwości wykonawców tj. doświadczenie, posiadanie przez nich znajomości określonej branży lub kwalifikacje personelu, mogą być brane pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W przypadku bowiem usług wskazanych w artykule 5 ustawy Pzp, cechy podmiotowe wykonawcy i jego doświadczenie czy wykształcenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, mają podstawowe znaczenie dla prawidłowego wykonania tego zamówienia. Zatem, należy stwierdzić, iż cele usług szkoleniowych (zapewnienie jak najlepszych warunków do pogłębiania wiedzy, poprzez odpowiednią kadrę szkoleniową) mogą zostać również w pełni zrealizowane poprzez udzielenie zamówienia otwartego na konkurencję. Niemniej jednak możliwość zastosowania w postępowaniu konkurencyjnym podmiotowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej nie wyklucza możliwości zlecenia wykonania tych usług z wolnej ręki jeśli zamawiający będzie w stanie wykazać, iż tylko ten sposób wyboru wykonawcy umożliwia realizację celów planowanego zamówienia.

III. Przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są usługi edukacyjne lub szkoleniowe częstym problemem zamawiających jest prawidłowe ustalenie zakresu (przedmiotu) udzielanych zamówień, w taki sposób, by nie narazić się na zarzut nieuprawnionego dzielenia zamówienia na

części (art. 32 ust. 2 ustawy Pzp). Odnosząc się do powyższego zagadnienia, należy wskazać, iż zamawiający podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego, obejmującego swym przedmiotem ww. usługi, w jednym postępowaniu bądź też co do udzielenia kilku zamówień po przeprowadzeniu kilku odrębnych procedur, co do zasady powinien kierować się następującymi przesłankami: W jednym postępowaniu powinny być nabywane świadczenia tego samego lub podobnego rodzaju tj. usługi, które spełniają te same lub podobne funkcje, które łączy przynależność do tej samej lub podobnej grupy tematycznej (element przedmiotowy) i gdy istnieje wykonawca zdolny samodzielnie wykonać całe zamówienie (element podmiotowy). Ponadto, aby zakup określonego rodzaju usług możliwy był po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku istnienia związku funkcjonalnego i czasowego pomiędzy nabywanymi usługami szkoleniowymi lub edukacyjnymi, bez których nie zachodzi konieczność sumowania wartości poszczególnych świadczeń. Innymi słowy, zamawiający w celu ustalenia zakresu przedmiotowego zamówienia musi wiedzieć co chce nabyć i potrafić określić zarówno zakres świadczeń jak i ich czas, a świadczenia, które mają być przedmiotem jednego postępowania powinny być ze sobą funkcjonalnie powiązane i mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia na szkolenia, powinien pogrupować je przede wszystkim według kryterium tematycznego i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. Szkolenia obejmujące taką samą lub podobną tematykę, prowadzone dla określonej grupy odbiorców, jeżeli mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę, należy traktować jako jedno zamówienie, którego wartość powinna zostać oszacowana łącznie, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, określając przedmiot i wartość zamówienia publicznego należy mieć na względzie zakaz wynikający z treści art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania ustawy, dzielić zamówienia na części oraz zaniżać jego wartości. Podział zamówienia na części wbrew przepisom ustawy ma miejsce wówczas, gdy powiązane ze sobą w sposób funkcjonalny i czasowy przedmiotowo podobne usługi, które mogą być realizowane przez ten sam podmiot, celowo nie są łączone w jednym postępowaniu, a brak jest obiektywnych i uzasadnionych powodów, by zlecać ich wykonanie oddzielnie. Przepis art. 32 ust. 2 ustawy Pzp ma zapobiegać m.in. sytuacjom, w których zamawiający, chcąc ominąć ustawowe procedury, dzieli jedno zamówienie na kilka mniejszych o niższej wartości. Należy jednak wskazać, iż jeżeli zamawiający dokonuje podziału zamówienia na części, ale podział taki nie prowadzi do odstąpienia od stosowania ustawy lub nie prowadzi do łagodzenia reżimu, w którym zamówienie byłoby udzielane, gdyby podział nie nastąpił, wówczas nie stanowi on obejścia przepisów ustawy, a tym samym naruszenia dyspozycji art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są szkolenia o różnej tematyce i nie ma możliwości udzielenia zamówienia na te szkolenia jednemu wykonawcy, po przeprowadzeniu jednego postępowania, nie będzie można mówić o dzieleniu zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, gdy każde ze szkoleń będzie stanowiło odrębny przedmiot zamówienia. W takiej sytuacji, jeśli wartość poszczególnych zamówień nie przekracza wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający jest uprawiony do nabycia usług szkoleniowych o określonej tematyce, bez obowiązku wyłonienia wykonawców w postępowaniu prowadzonym na zasadach określonych w ustawie Pzp. O tym czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jednym większym zamówieniem czy też np. z kilkoma mniejszymi zamówieniami odrębnymi o zbliżonym przedmiocie rozstrzygnąć musi samodzielnie zamawiający w oparciu o posiadaną przez niego wiedzę oraz doświadczenie w zakresie prowadzonej przez siebie działalności.

IV. W okolicznościach realizowania przez zamawiającego wieloletnich projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, w których zakres wchodzą usługi szkoleniowe, szacowanie wartości powinno następować kolejno w dwóch obszarach.

Pierwszy badany obszar – odnosi się do potrzeby objęcia szacowaniem wszystkich świadczeń z zakresu szkoleń o jednorodnym charakterze (spełniających przesłanki, o których mowa w pkt III opinii) w stosunku do całości projektu w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie z góry określić przedmiot całego zamówienia w perspektywie długości trwania projektu. W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w zakresie projektu współfinansowanego ze środków UE, koniecz-

ne jest zatem wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji całego lub większej części projektu, i które mogą zostać udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem pełnego zakresu usług przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji projektu.

Kolejny obszar odnosi się do potrzeby wyodrębnienia i szacowania wartości tych zamówień, które są możliwe do określenia dopiero w trakcie realizacji projektu i zależnie od bieżących potrzeb związanych z realizacją projektu. W konsekwencji, w ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego lub zbliżonego rodzajowo przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części (art. 32 ust. 2 ustawy Pzp), lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Innymi słowy, podział i odrębne szacowanie wartości dla jednorodnych lub zbliżonych rodzajowo świadczeń może być uzasadnione przyczynami obiektywnymi – niemożnością łącznego oszacowania wszystkich potrzebnych usług dla potrzeb jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wymaga podkreślenia, że przyczyny podziału, o którym mowa wyżej muszą być obiektywne tj. wynikać z celu lub charakteru świadczeń. W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, dla instytucji sektora finansów publicznych będzie miała przede wszystkim zastosowanie zasada właściwa dla sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi podobnymi zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Oznacza to, iż zamówienia nabywane na potrzeby realizacji projektu będą stanowiły część jednego zamówienia oszacowanego z uwzględnieniem innych podobnych przedmiotowo i funkcjonalne zamówień nabywanych przez zamawiającego w tym samym okresie. Podkreślić przy tym należy, że wzgląd na źródło finansowania nie upoważnia zamawiającego do podziału zamówienia na części, tj. udzielania zamówień na tożsamy przedmiot odrębnie z uwagi na finansowanie z budżetu własnego i z środków unijnych (por. również: opinia „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej").

V. Kwestią, która w procesie udzielania zamówień w przedmiocie realizacji usług szkoleniowych, może budzić wątpliwości jest zagadnienie szacowania wartości zamówień obejmujących realizację szkoleń indywidualnych, prowadzonych na postawie art. 40 ust. 3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. – o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. Dz. U. z 2013 poz. 674, z późn. zm.). Co do zasady szkolenia indywidualne można uznać za zamówienia nieprzewidywalne dla zamawiającego. Urząd Pracy, na którym spoczywa obowiązek ich przeprowadzenia, nie jest bowiem w stanie przewidzieć kto i kiedy zostanie na takie szkolenie skierowany. Z uwagi na okoliczność, iż tematyka szkoleń wybierana jest indywidualnie przez zainteresowanego bezrobotnego w trakcie roku budżetowego, trudno oczekiwać, aby zamawiający uwzględniał te szkolenia przy planowaniu rocznego kalendarza szkoleń.

Niemniej jednak nie można wykluczyć, iż zamówienia na szkolenia indywidualne w pewnych okolicznościach będą sumowane z innymi zamówieniami. Obowiązek ten wystąpi w szczególności wówczas, gdy zamawiający w momencie przygotowywania postępowania będzie wiedział o konieczności realizacji takiego samego szkolenia bądź szkoleń, na które zapotrzebowanie złożyli indywidualnie inni bezrobotni. W takim przypadku, wartość ww. zamówień co do zasady winna być ustalona łącznie z zamówieniami na planowe szkolenia grupowe, z uwzględnieniem uwag dotyczących szacowania wartości zamówień poczynionych wyżej. Natomiast, w przypadku, gdy konieczność realizacji szkoleń indywidualnych zaistnieje dopiero w momencie, gdy całe zapotrzebowanie zamawiającego na dane szkolenia zostało zaspokojone poprzez przeprowadzone, stosownie do swoich potrzeb z zachowaniem należytej staranności, postępowania, a w trakcie roku pojawiła się nieprzewidziana wcześniej potrzeba nabycia takich samych lub podobnych usług, zamówienia takie należy traktować jako zamówienia odrębne od udzielonych wcześniej, szacując ich wartość zgodnie z art. 32 ustawy Pzp.

Reasumując:

1. **W sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówień na szkolenia, powinien starać się pogrupować je według kryterium podobnego przeznaczenia i możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. Szkolenia obejmujące taką samą lub podobną tematykę, prowadzone dla określonej grupy odbiorców, jeżeli mogą być zrealizowane przez jednego wykonawcę, należy traktować jako jedno zamówienie, którego wartość powinna zostać oszacowana łącznie, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.**

2. **Jako zamówienia odrębne powinny być traktowane zamówienia, które mają różne przeznaczenie lub nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, lub gdy pomiędzy nabywanymi usługami nie można wykazać istnienia związku funkcjonalnego lub czasowego.**

3. **Zamawiający, określając przedmiot i wartość zamówienia publicznego powinien mieć na względzie zakaz wynikający z treści art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie może, w celu uniknięcia stosowania ustawy, dzielić zamówienia na części oraz zaniżać jego wartości.**

4. **Szacowanie wartości zamówień realizowanych z wykorzystaniem środków unijnych, nie różni się od zamówień realizowanych ze środków pochodzących z budżetu jednostek finansów publicznych. Autonomiczne źródła finansowania nie decydują o kwalifikacji zamówień jako odrębnych.**

Stosowanie prawa zamówień publicznych przy zakupie bonów towarowych

Zgodnie z treścią art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej oraz emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku jest utrudnieniem dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, z późn. zm.), stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z zakazem emitowania i realizowania bonów towarowych, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej, natomiast w drugim wypadku z zakazem emitowania i oferowania bonów towarowych, podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej ich wartość nominalną.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych treść art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wprowadzająca zakaz oferowania do sprzedaży bonów towarowych poniżej ich wartości nominalnej oraz po cenie przewyższającej ich wartość, nie wyłącza stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", przy ich zakupie. Możliwość odstąpienia od stosowania ustawy Pzp jako wyjątek od zasady musi mieć charakter ustawowy. Zakup bonów towarowych przez zamawiającego stanowi zamówienie na dostawę w rozumieniu ustawy Pzp i udzielenie tego zamówienia powinno być dokonane z zastosowaniem procedur zawartych w jej przepisach.

Zamawiający udziela zamówienia na dostawę bonów towarowych w jednym z trybów przewidzianych ustawą Pzp. Ustawodawca w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp wskazał na dwa sposoby oceny ofert. Pierwszy odnosi się do wyboru oferty z najniższą ceną. Zamawiający udzielając zamówienia publicznego na usługi, dostawy lub roboty budowlane może w każdym trybie zastosować jako jedyne kryterium wyboru ofert – kryterium ceny. Drugi sposób oceny ofert odnosi się do wyboru oferty, która przed-

stawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Przepis art. 15 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ogranicza możliwość sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty. Co prawda w dalszym ciągu, zamawiający ma do wyboru dwa sposoby oceny ofert, jednakże w wypadku zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów wyłącznie kryterium ceny przy wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający musi liczyć się z koniecznością unieważnienia postępowania, z uwagi na wpłynięcie identycznych pod względem cenowym ofert. Żądanie w tym wypadku przez zamawiającego, na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp, złożenia ofert dodatkowych jest bezprzedmiotowe, skoro wykonawcy nie mogą przedstawić innej ceny ofertowej. Postępowanie takie będzie musiało zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, nie jest właściwe zastosowanie kryterium ceny – jako jedynego kryterium oceny ofert, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów. Tym samym, wydaje się za niewskazane korzystanie przez zamawiającego z trybu zapytanie o cenę oraz aukcji elektronicznej, w których jedynym kryterium oceny ofert może być cena.

Reasumując, ze względu na konieczność wyboru jednej oferty zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów w jednym z trybów określonych przez ustawę Pzp powinien określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ogłoszeniu, zaproszeniu do składania ofert), także inne niż cena, kryteria jakimi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zastosowane kryteria muszą mieć charakter przedmiotowy (art. 91 ust. 3 ustawy) i powinny odnosić się do tych elementów, które mogą różnicować poszczególne oferty. Wprawdzie określenie kryteriów oceny ofert jest uprawnieniem zamawiającego i ma charakter indywidualny, przykładowo można jednak wskazać, iż jednym z kryteriów oceny ofert może być np. liczba punktów w których można będzie realizować bony towarowe lub długość terminu realizacji oferowanych bonów. Zastosowanie jednego z ww. kryteriów jako kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów spowoduje porównywalność ofert; co się z tym wiąże uchroni zamawiającego przed koniecznością unieważnienia postępowania.

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przy zawieraniu umów grupowego ubezpieczenia pracowniczego

I. Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", przez zamówienie publiczne należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W świetle zacytowanego przepisu, udzieleniem zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która spełnia łącznie następujące przesłanki:

- jej stronami są zamawiający i wykonawca,
- przedmiotem tej umowy są usługi, dostawy lub roboty budowlane,
- umowa ma mieć odpłatny charakter.

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że umową odpłatną jest wzajemne, dowolne świadczenie mieszczące się w ramach odpłatnych czynności prawnych, tj. czynności, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, że wymóg odpłatności zamówienia publicznego oznacza, iż zamówieniem publicznym są tylko takie umowy, na podstawie których usługi, dostawy lub roboty budowlane (świadczenie wykonawcy) są wykonywane w zamian za wynagrodzenie ze strony zamawiającego (tak też: G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 13). Przy czym wynagrodzenie (świadczenie zamawiającego) nie musi mieć charakter pieniężnego. Z takiego układu wzajemnych

relacji stron umowy wynika, iż w wyniku zamówienia publicznego zamawiający w zamian za określone przysporzenie ze strony wykonawcy (usługę, dostawę lub robotę budowlaną) sam dokonuje przysporzenia na rzecz wykonawcy. Istotne zatem z punktu widzenia kwalifikacji prawnej zamówienia publicznego jest uzyskanie przez wykonawcę określonego przysporzenia ze strony zamawiającego. Jeżeli zatem wykonawca wskutek zawarcia określonej umowy nie uzyskuje od zamawiającego przysporzenia, tj. zamawiający nie staje się dłużnikiem wykonawcy, wówczas brak jest podstaw do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. W takim przypadku odpada causa stosowania przepisów ustawy Pzp (tak też: T. Czajkowski (red.): Prawo zamówień publicznych – komentarz, wydanie III, UZP, Warszawa 2007, s. 34) Stąd, należy przyjąć, iż płatność w ramach zamówienia na grupowe ubezpieczenia pracownicze, mimo iż dokonywana przez zamawiającego, może być finansowana przez podmiot trzeci (pracownika) i na jego rzecz, nie zaś zamawiającego, może być wykonane świadczenie stanowiące przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że konstrukcja grupowego ubezpieczenia pracowników przewiduje, że to zamawiający samodzielnie i we własnym imieniu zobowiązuje się wobec wykonawcy i dokonuje na jego rzecz określonego przysporzenia, wykonawca zaś zobowiązany jest do spełnienia świadczenia wzajemnego w postaci określonych w umowie usług, dostaw lub robót budowlanych.

Z sytuacją opisaną powyżej mamy do czynienia w szczególności w przypadku grupowych umów ubezpieczeń na życie zawieranych z zakładem ubezpieczeniowym przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp na rzecz jego pracowników. Z dniem 11 sierpnia 2007 r. weszła w życie nowelizacja przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej „Kc", w wyniku której w miejsce poprzednio funkcjonującej umowy na rzecz osoby trzeciej, ustawodawca wprowadził umowę na cudzy rachunek. W art. 808 Kc znalazło się unormowanie, wedle którego z roszczeniem o zapłatę składki zakład ubezpieczeń może wystąpić wyłącznie przeciwko ubezpieczającemu. Umowa grupowego ubezpieczenia pracowniczego na życie stanowi przykład umowy zawieranej na cudzy rachunek, w ramach której pracodawca jest ubezpieczającym, a pracownik ubezpieczonym. W konsekwencji to pracodawca, nie zaś pracownik, obciążony jest zobowiązaniem płatniczym w postaci składki, mimo iż ciężar finansowania składki ponoszą pracownicy, którzy – akceptując warunki ubezpieczenia – wyrażają jednocześnie zgodę, aby była ona potrącana z ich wynagrodzenia. Sposób pobierania składki i oznaczenie pracowników jako beneficjentów świadczeń wynikają z umowy ubezpieczeniowej, co nie zmienia faktu, że stroną umowy ubezpieczenia jest pracodawca, który przekazuje składkę na wskazane przez zakład ubezpieczeń konto i to na nim, jako stronie umowy, ciążą wynikające z umowy i przepisów prawa zobowiązania płatnicze.

Reasumując, stwierdzić należy, że umowa ubezpieczenia w tym przypadku stanowi umowę grupową na rzecz osoby trzeciej (art. 808 Kodeksu cywilnego), a jej stronami są: ubezpieczyciel oraz pracodawca jako ubezpieczający.

II. W zaistniałych okolicznościach, z punktu widzenia ustawy Pzp, pracodawca jest zamawiającym, a zakład ubezpieczeń wykonawcą. Umowa dotyczy zaś usługi, przy czym usługi ubezpieczeniowe na gruncie dyrektywy 2004/18/WE i dyrektywy 2004/17/WE zostały zakwalifikowane do tzw. usług priorytetowych (załącznik IIA do dyrektywy 2004/18/WE – kategoria nr 6 – oraz załącznik XVII A do dyrektywy 2004/17/WE – kategoria nr 6). Zakres usług ubezpieczeniowych w rozumieniu dyrektyw został określony poprzez odesłanie do nomenklatury przyjętej na gruncie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) ustalonego rozporządzeniem Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. (Dz. Urz. UE L 74/1 z 15.03.2008 r.) i zalicza on zamówienia obejmujące pracownicze ubezpieczenie grupowe do usług opisanych kodami 66511000-3 (usługi ubezpieczeń na życie), 66512100-3 (usługi ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków), 66512210-7 (usługi dobrowolnego ubezpieczenia zdrowotnego), 66512220-0 (usługi ubezpieczenia medycznego). Mając na względzie powyższe, stwierdzić można, że niezależnie od tego, z jaką grupą ryzyka mamy do czynienia, fakt zawierania odpłatnej umowy przez podmiot podlegający obowiązkowi stosowania przepisów ustawy Pzp, wymusza stosowanie przewidzianych w niej procedur.

III. Dodatkowo podnieść należy, że chociaż usługa ubezpieczenia grupowego świadczona jest przez zakład ubezpieczeń na rzecz pracowników zamawiającego, korzyść z tytułu zawarcia przedmiotowej

usługi uzyskuje również zamawiający – pracodawca poprzez zwiększenie atrakcyjności zatrudnienia w jego zakładzie pracy. Stosowanie procedur określonych ustawą Pzp jest także korzystne dla pracowników. Na skutek stosowania przepisów ustawowych ubezpieczyciel jest zmuszony do uwzględnienia interesu pojedynczego ubezpieczonego, który nabywa w ten sposób szansę, by uzyskać ochronę ubezpieczeniową na takich warunkach, jakie są przez niego rzeczywiście akceptowalne. Z punktu widzenia ubezpieczonych – wśród zalet stosowania procedury zamówień publicznych – wymienić należy zatem nie tylko konieczność stosowania przez zamawiającego zasad równości i uczciwej konkurencji, ale również możliwość uzyskania korzystniejszych warunków ubezpieczenia. Wskazać przy tym należy, że zamawiający jest uprawniony do zdefiniowania poddanych ocenie elementów oferty, wartościowania i kompozycji oceny nie tylko w oparciu o kryterium, jakim jest cena składki. Może on bowiem wziąć pod uwagę również inne elementy – m.in. zakres ryzyk, warunki ochrony, definicje ryzyk, wyłączenia odpowiedzialności, warunki indywidualnej kontynuacji ubezpieczenie, możliwość korzystania z ubezpieczenia przez rodzinę ubezpieczonego, itp., które pozwolą uzyskać najkorzystniejsze warunki ochrony ubezpieczeniowej pracowników w zamian za obciążające go zobowiązanie składkowe.

Ponadto, stosowanie procedur właściwych dla zamówienia publicznego przesądza o konieczności zachowania rygorów formalnych przewidzianych przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co zapewnia z jednej strony jawność, z drugiej zaś strony możliwość kontroli przeprowadzonych postępowań. Mając na względzie powyższą argumentację, Urząd Zamówień Publicznych podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym zawarcie umowy grupowego ubezpieczenia pracowników z zakładem ubezpieczeń przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp na rzecz pracowników jest udzieleniem zamówienia publicznego.

IV. W związku z wątpliwościami pojawiającymi się na tle finansowania zamówienia przez podmioty prywatne Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Komisji Europejskiej o interpretację dotyczącą prawidłowości uznania umów grupowego ubezpieczenia finansowanych ze składek pracowników za zamówienie publiczne. W piśmie z dnia 31 marca 2010 r. Komisja Europejska udzieliła odpowiedzi, która potwierdza stanowisko przyjęte w powyższej opinii. Poniżej zamieszczone zostały główne tezy ze stanowiska służb Komisji Europejskiej:

1. zgodnie z art. 1 dyrektywy 2004/18/WE, zamówienia publiczne zdefiniowane są jako umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest (...) świadczenie usług; Powyższa definicja zamówienia publicznego nie zawiera żadnych odniesień do tożsamości beneficjentów usług lub też pochodzenia środków, z których wypłacane jest wynagrodzenie umowne, do uznania umowy za zamówienie publiczne wystarczającym zatem jest, że zamawiający zawiera ją odpłatnie i w formie pisemnej, nawet jeśli jest to umowa na rzecz osoby trzeciej,

2. zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, [dyrektywa] nie wprowadza rozróżnienia między zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w celu realizacji potrzeb związanych z interesem powszechnym oraz zamówieniami niezwiązanymi z tymi zadaniami (Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec, C-126/03),

3. okoliczność, że zapłata umowna nie pochodzi ze środków publicznych nie stanowi czynnika, który mógłby przesądzić o tym, czy w danym przypadku miało miejsce zamówienie publiczne; wyłącznie zamawiający jest zobowiązany do zapłacenia należności ubezpieczycielowi i nie jest przy tym istotne, skąd pochodzą środki przeznaczone na pokrycie umownych zobowiązań zamawiającego,

4. możliwy wpływ rady pracowniczej na wybór ubezpieczyciela nie stanowi okoliczności mogącej wpłynąć na kwalifikację umowy z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, o ile to zamawiający podejmuje ostateczną decyzję o wyborze kontrahenta,

5. ze względu na fakt, że realizacja umowy ubezpieczenia mogłaby nastąpić przez szereg podmiotów, zastosowanie przepisów prawa zamówień publicznych jest niezbędne w celu zapobieżenia zakłóceniu konkurencji w wyniku dokonywania arbitralnych wyborów,

6. o ile ewentualne wzajemne zobowiązania pracodawcy i pracownika dotyczące zawarcia umowy pracowniczego ubezpieczenia na życie na korzyść pracownika lub zgody pracownika na potrącenie z tego tytułu części wynagrodzenia, mogą być zakwalifikowane jako umowy z zakresu prawa pracy, nie jest tak w przypadku samych umów o ubezpieczenie zawieranych między pracodawcą a ubezpieczycielem. Pracownik nie jest bowiem stroną wynikającego z takiej umowy stosunku prawnego,

7. umowy grupowego ubezpieczenia na życie zawierane przez zamawiającego na korzyść pracownika, na podstawie których zamawiający zobowiązany jest do wypłaty wynagrodzenia ubezpieczycielowi, stanowią zamówienia publiczne w rozumieniu prawa UE, a zważywszy, że umowy ubezpieczeniowe wymienione są w załączniku IIA do dyrektywy 2004/18/WE, stosują się do nich w pełni szczegółowe przepisy art. 23–55 tej dyrektywy, o ile ich szacunkowa wartość przekracza odpowiednie wartości progowe.

Zakup leków dla pensjonariuszy domu pomocy społecznej

Na wstępie należy wskazać, iż domy pomocy społecznej są zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – dalej zwanej „ustawą Pzp", a tym samym są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do kwestii przedmiotu zamówienia obowiązek stosowania ustawy Pzp powstaje w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek: zamówienie udzielane jest przez podmiot określony w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp; przedmiotem zamówienia są usługi, dostawy lub roboty budowlane; zamówienie ma charakter umowy odpłatnej (arg. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Jeżeli kupującymi leki są mieszkańcy domu pomocy społecznej i dokonywaliby zakupu leków ze swoich własnych środków za pośrednictwem domu pomocy społecznej, nie zachodziłby wtedy obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp. Mieszkaniec domu pomocy społecznej nie jest bowiem zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp.

Zawieranie umowy za pośrednictwem domu pomocy społecznej należałoby rozumieć przy tym jako zawieranie przez dom pomocy społecznej umowy o zamówienie publiczne nie we własnym imieniu, ale w imieniu osoby lub osób trzecich (pensjonariuszy domu pomocy społecznej).

Zakupy leków dokonywane przez dom pomocy społecznej w imieniu i na rachunek jego pensjonariuszy (niezobowiązanych do stosowania ustawy Pzp), w przypadku, gdy obowiązek dokonywania dopłat do tych leków przez dom pomocy społecznej wynikał z odrębnych przepisów prawa, nie stanowiłby w takich okolicznościach zamówienia publicznego i nie podlegałyby obowiązkowi stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast, jeżeli zakup leków następowałby w imieniu i na rachunek domu pomocy społecznej bez względu na okoliczność, że zakup ten byłby przeznaczony na rzecz pensjonariuszy domu pomocy społecznej, wówczas kupującym byłby dom pomocy społecznej działający w tych okolicznościach jako zamawiający na podstawie art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wartość dokonywanego zakupu (zawartej umowy lub odpowiednio dla zamówień udzielanych w częściach – umów) przekroczyłaby 30 000 euro (art. 4 pkt 8 ustawy Pzp) wówczas powstawałby obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od tego, czy zakupione przez dom pomocy społecznej leki zostałyby następnie przekazane pensjonariuszom domu pomocy społecznej za pełną lub za częściową odpłatnością.

Obowiązek stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych przez dom pomocy społecznej (zamawiającego) w przypadku udzielenia zamówienia na dostawę leków nie zachodziłby zatem w sytuacji, gdy zawierana umowa miałaby charakter nieodpłatny, tzn. w przypadku leków wydawanych bezpłatnie na podstawie recept (refundowanych w całości). Natomiast, w przypadku dokonywania zamówienia na leki na podstawie recept refundowanych w części, można mówić o zamówieniu publicznym jedynie w przypadku, gdy wartość kwoty przeznaczonej na zakup leków przez zamawiającego w od-

niesieniu do jednego zamówienia byłaby równa bądź wyższa niż równowartość 30.000 euro. W przeciwnym wypadku zamówienie takie podlegałoby wyłączeniu obowiązku stosowania ustawy, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Przy ustalaniu wartości zamówienia zamawiający powinien mieć na względzie zarówno identyfikację przedmiotową zamówienia (czy usługi, dostawy lub roboty budowlane są tego samego rodzaju) identyfikację podmiotową zamówienia (czy istnieje możliwość realizacji zamówienia przez tego samego wykonawcę) jak i identyfikację czasową zamówienia (czy istnieje możliwość udzielenia zamówienia na określone świadczenia w tym samym, lub w przewidywalnym, co do terminu czasie).

Jeżeli zamówienie nie ma charakteru powtarzalnego, tzn. świadczenia uzyskane w ramach zamówienia nie powtarzają się cyklicznie w ciągu określonego okresu np. roku, zamawiający ustala wartość zamówienia tylko dla tego zakresu, który jest w stanie opisać i wyliczyć jego wartość. Wartość tak ustalonego zamówienia nie podlega sumowaniu z wartością innego zamówienia, które ewentualnie mogłoby być udzielone w późniejszym terminie (nawet na taki sam rodzaj świadczeń) o ile zamawiający w czasie udzielania bieżącego zamówienia nie mógł przewidzieć zakresu i warunków realizacji oraz oszacować wartości przyszłego zamówienia. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia, jeżeli określone świadczenia z zakresu dostaw lub usług powtarzają się cyklicznie w ciągu roku. Wówczas, zamawiający ustala wartość zamówienia jako sumę wartości wielu przewidywanych świadczeń tego samego rodzaju w planowanym okresie, w szczególności poprzez uwzględnienie wartości zamówień udzielonych na usługi lub dostawy w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw lub do planowanych w ciągu 12 miesięcy po pierwszej dostawie lub usłudze, stosownie do treści art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Tak ustalona suma przewidywanych wartości świadczeń tworzy wartość zamówienia, od którego uzależniony jest obowiązek i reżim stosowania ustawy. Przekroczenie przez tę wartość progu równowartości 30.000 euro oznacza obowiązek stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu tego zamówienia.

Zamawiający rozważając traktowanie zamówień jako odrębnych dla celów ustalenia wartości zamówienia, powinien brać pod uwagę ich przedmiot i odrębny charakter, a nie sposób ich finansowania. Wymaga podkreślenia, iż w przypadku odrębnych zamówień, wartość każdego z nich szacowana będzie oddzielnie, ale nie ze względu na źródło pochodzenia środków finansowych przeznaczonych na opłacenie zamówienia, ale ze względu na charakter zamówienia i okoliczności jego udzielania.

Reasumując, jeżeli kupującymi leki są mieszkańcy domu pomocy społecznej i dokonują zakupu leków ze swoich własnych środków za pośrednictwem domu pomocy społecznej, nie zachodzi wtedy obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp. Natomiast, jeżeli zakup leków następuje w imieniu i na rachunek domu pomocy społecznej bez względu na okoliczność, że zakup ten jest przeznaczony na rzecz pensjonariuszy domu pomocy społecznej, wówczas kupującym jest dom pomocy społecznej, jako podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż łączenie w ramach jednego postępowania zakupu leków refundowanych i pełnopłatnych, za które odpłatność ponoszą pensjonariusze domu pomocy społecznej jest uzależnione od wskazanych wyżej przesłanek i uzależnione od okoliczności faktycznych danego przypadku, których rozstrzygnięcie w ramach przedmiotowej ogólnej opinii jest niemożliwe.

Czy w obecnym stanie prawnym jest dopuszczalne stosowanie tzw. odwróconego in-house

Ustawa Pzp, jak i *dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114),* dalej „dyrektywa klasyczna", oraz *dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty*

działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s 1), dalej „dyrektywa sektorowa", nie zawierają regulacji odnoszących się do zamówień wewnątrzorganizacyjnych, tzw. *„zamówień in-house*". Jest to natomiast konstrukcja prawna wypracowana na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości), dalej „TSUE".

Pojęcie to obejmuje zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom. W odniesieniu do tej kategorii zamówień mamy do czynienia z utrwalonym już orzecznictwem TSUE, zgodnie z którym nie ma obowiązku ogłaszania przetargu nawet w przypadku, gdy podmiot je uzyskujący jest prawnie odrębny od instytucji zamawiającej, pod warunkiem występowania określonych przesłanek. Zgodnie z poglądem wyrażanym wielokrotnie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. wyrok w sprawie C-107/98 Teckal) możliwe jest odstąpienie od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku, gdy wykonawca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, jeżeli organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą sprawuje nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami oraz jednocześnie ów odrębny podmiot wykonuje swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek kontrolującego.

Z powyższego wynika, iż jednym z immanentnych elementów *zamówienia in-house* jest stosunek „podległości" pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą zamówienia publicznego, przy czym składającym zamówienie jest zawsze podmiot posiadający status podmiotu kontrolującego. Wypracowana dotychczas na gruncie orzecznictwa TSUE instytucja *zamówienia in-house* nie obejmuje swoim zakresem takich zamówień publicznych, w których wykonawcą zamówienia jest podmiot mający charakter podmiotu kontrolującego, dalej *„odwrócone zamówienie in-house*". Mając zatem na uwadze, iż instytucja *zamówienia in-house* ma swoje źródło w przyjętej przez TSUE wykładni przepisów dyrektywy klasycznej i sektorowej, gdyż dotychczas obowiązujące dyrektywy nie regulowały tej materii, brak jest podstaw do rozszerzającej interpretacji stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i uznanie za dopuszczalne wyłączenie obowiązku stosowania przez zamawiającego procedur określonych w przepisach krajowych i unijnych przy wyborze wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z powołaniem się przez zamawiającego na instytucję *odwróconego zamówienia in-house*.

Treść art. 12 ust. 2 *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/2014/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE,* który wprowadza do systemu zamówień publicznych instytucję *odwróconego zamówienia in-house,* ani treść innego przepisu tej dyrektywy nie uprawnia do uznania, że istnieje możliwość bezpośredniego powoływania się na przepis art. 12 ust. 2 powyższej dyrektywy przez zamawiających krajowych już w chwili obecnej. Termin implementacji na grunt prawa krajowego postanowień ww. dyrektywy upływa z dniem 18 kwietnia 2016 r. Tym samym, do dnia transpozycji do krajowego porządku prawnego rozwiązań prawnych przyjętych w nowych dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, brak jest podstaw do rozszerzania dokonanej przez TSUE interpretacji *zamówienia in-house* na tzw. *odwrócone zamówienie in--house.*

III. STOSOWANIE TRYBÓW O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zamówienia dodatkowe i uzupełniające dla konsorcjum

I. Przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp określają przesłanki, od zaistnienia których uzależniona jest dopuszczalność udzielenia – odpowiednio – zamówienia dodatkowego albo zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamówienia te, pomimo istnienia związku pomiędzy nimi a zamówieniem podstawowym mają charakter samodzielny, a zatem stanowią zamówienia odrębne od zamówienia podstawowego. Jedną z przesłanek tożsamych dla obydwu przepisów jest wskazanie, że zamówienie dodatkowe i uzupełniające mogą być udzielone dotychczasowemu wykonawcy (wykonawcy zamówienia podstawowego). Przepisy te zatem w sposób szczególny określają krąg podmiotów, którym może zostać udzielone zamówienie dodatkowe i uzupełniające, wyłączając tym samym możliwość swobodnego wyboru wykonawcy przez zamawiającego. W myśl tych przepisów zamówienie dodatkowe i uzupełniające może zostać udzielone wyłącznie dotychczasowemu wykonawcy. Stosownie do postanowienia art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę treść przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż „dotychczasowym wykonawcą" w rozumieniu tych przepisów będzie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadającą osobowości prawnej, z którą zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. której udzielił zamówienia podstawowego. Powyższe oznacza, że zamówienie dodatkowe i uzupełniające są udzielane wyłącznie na rzecz tego samego wykonawcy, któremu zamawiający udzielił wcześniej zamówienia podstawowego. Nie jest zatem możliwe udzielenie takiego zamówienia innemu wykonawcy. Przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp zakładają zatem konieczność zachowania tożsamości podmiotowej wykonawcy zamówienia podstawowego oraz zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego.

II. Powyższe ustalenie nie budzi wątpliwości w sytuacjach, w których zamówienie zostało udzielone wyłącznie jednemu podmiotowi (wykonawcy). W praktyce jednak zamówienia publiczne są udzielane niejednokrotnie kilku podmiotom działającym wspólnie i wspólnie występującym po stronie wykonawcy (wielość podmiotów – wielopodmiotowość strony stosunku prawnego). Taki przypadek został unormowany w przepisach art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten stanowi zatem wprost o możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców działających w ramach konsorcjum. Konsorcjum, jako forma współpracy gospodarczej przedsiębiorców, nie posiada podmiotowości prawnej, nie jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, nie jest też odrębną jednostką organizacyjną. Z uwagi na powyższe zamówienie publiczne w sensie formalnoprawnym udzielane jest łącznie wszystkim wykonawcom tworzącym konsorcjum. Zatem każdy z podmiotów uczestniczących w konsorcjum jest wykonawcą zamówienia (arg. z art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten daje możliwość działania jednego z uczestników konsorcjum (także osoby trzeciej) w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum. Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom działającym w ramach konsorcjum, wykonawcami zamówienia publicznego są wszyscy uczestnicy konsorcjum. Mamy tu zatem do czynienia z wykonawcą zbiorowym (wielopodmiotowość strony stosunku prawnego). Należy jednocześnie wskazać, iż stosownie do postanowienia art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika zatem, iż na gruncie ustawy Pzp, zasady i warunki odnoszące się do wykonawców stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

III. Zastosowanie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w odniesieniu do konsorcjum rozumianego jako wszyscy wykonawcy, którym udzielono zamówienia podstawowego, nie budzi wątpliwości.

Oznacza to, że zamówienie dodatkowe lub uzupełniające mogą być udzielone bez przeszkód wszystkim wykonawcom działającym wspólnie wchodzącym w skład takiego konsorcjum. Istotne wątpliwości – wobec braku pozytywnej regulacji ustawowej – pojawiają się natomiast w odniesieniu do oceny, czy zamówienie dodatkowe lub uzupełniające mogą być udzielone wyłącznie jednemu lub niektórym wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego. Uzasadnienie dla udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego tylko jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe może wynikać z różnych okoliczności. Może to być następstwem obiektywnych okoliczności, takich jak likwidacja podmiotu albo ogłoszenie jego upadłości. Nie można również wykluczyć, iż z uwagi na samodzielny charakter zamówienia dodatkowego i uzupełniającego zaistnieje sytuacja, w której wykonanie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego w konkretnych okolicznościach możliwe będzie tylko przez jednego albo niektórych wykonawców uczestniczących w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. W praktyce możliwe są również sytuacje, w których nie wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zainteresowani wykonaniem zamówienia dodatkowego. W tym zakresie konieczne jest przyjęcie wykładni funkcjonalnej i systemowej przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Ustalenie sensu normatywnego przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego i uzupełniającego „dotychczasowemu wykonawcy", jako gwarancji przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych, nie prowadzi wprost do zakwestionowania możliwości wykonania takiego zamówienia przez jednego albo niektórych wykonawców uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. W dalszym bowiem ciągu jest zachowany zamknięty krąg podmiotów, którym może zostać udzielone zamówienie dodatkowe lub uzupełniające. A tego dotyczy istota omawianej przesłanki.

IV. Dokonując powyższej wykładni przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp należy mieć również na uwadze postanowienie art. 141 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ma kluczowe znaczenie dla oceny prawnej analizowanego zagadnienia prawnego. Przyjęcie reżimu odpowiedzialności solidarnej oznacza, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (art. 366 § 1 k.c.). Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani (art. 366 § 2 k.c.). Przenosząc powyższe na grunt umowy w sprawie zamówienia publicznego należy stwierdzić, iż wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego, są odpowiedzialni za wykonanie całego przedmiotu umowy. Wzajemny podział zadań w ramach konsorcjum będzie miał jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi (arg. z art. 376 § 1 k.c.). W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia jedynie od niektórych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. A zatem już na etapie wykonania zamówienia podstawowego może dojść do sytuacji, gdy zamówienie to będzie wykonywane tylko przez niektórych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Powyższe stwierdzenie nie uchybia w żadnym razie ustaleniu, że w dalszym ciągu solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, wobec zamawiającego, ponoszą wszyscy wykonawcy. Wskazując na powyższe należy stanąć na stanowisku, że wykładnia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp nie wyklucza możliwości wykonania zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego przez jednego lub kliku wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego.

Stosowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych do zamówień na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego

1) Wymagania ustawy Pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia publicznego.

Stosownie do postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp" – przedmiot zamówienia publicznego opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie do-

kładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W świetle przywołanego przepisu ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być zupełny, tj. powinien uwzględniać wszystkie aspekty związane z jego wykonaniem, co w szczególności odnosi się do wymogu pełnego określenia zakresu czynności, które ma wykonać wykonawca w ramach danego zamówienia. Określenie zakresu prac wchodzących w zakres danego zamówienia (zakres przedmiotowy) jest podstawowym wyznacznikiem dla sporządzenia oferty przez wykonawcę. Tak więc wykonawca zainteresowany danym zamówieniem ma mieć pełną informację co do zakresu czynności, które będzie zobowiązany wykonać w ramach danego zamówienia publicznego. Na podstawie tej informacji wykonawca ocenia czy jest zdolny do wykonania zamówienia, przewiduje konieczny nakład pracy w celu prawidłowego wykonania zamówienia i stosownie do tego kalkuluje swoje wynagrodzenie (cenę oferty).

Przywołaną regulację art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy postrzegać jako jeden z podstawowych „filarów" gwarantujących zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego fundamentalnych zasad tego postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Warunkiem zachowania zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców jest bowiem zapewnienie, aby wykonawcy mieli pełną informację na temat zamówienia publicznego. Udostępnianie niepełnej informacji o zamówieniu stwarza niebezpieczeństwo poważnych nadużyć oraz pole do powstawania zmów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w celu wywołania bezprawnego wpływu na wynik postępowania.

Celem procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów (zob. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 474/02, Lex nr 106593). Nieprzestrzeganie przez zamawiających wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp niweczy możliwość realizacji powyższych celów oraz godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców. Powyższe przepisy realizują także zasadę przejrzystości zawartą w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, która zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej polega na zapewnieniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur.

2) Sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta.

Wykonywanie czynności nadzoru autorskiego przez projektanta nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego, którego jest autorem, wiąże się w sposób immanentny z rolą twórcy takiego projektu. Stosownie bowiem do postanowienia art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Tak więc pochodną opracowania projektu architektoniczno-budowlanego jest obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego. Należy przy tym wskazać, iż obowiązek ten ma charakter obowiązku ustawowego.

Powyższe wynika z samego faktu opracowania projektu architektoniczno-budowlanego. Przy czym należy wskazać, iż nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta będącego twórcą danego projektu (arg. z art. 16 pkt 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych – Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm. oraz art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane).

Podkreślenia przy tym wymaga, iż w odniesieniu do tej kategorii utworów, którymi są projekty architektoniczno-budowlane, w przedmiocie określenia zasad sprawowania nadzoru autorskiego nad tymi

utworami, art. 60 ust. 5 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych odsyła wprost do przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. W tym zakresie ujawnia się istotna różnica pomiędzy nadzorem autorskim sprawowanym przez twórców w stosunku do innych kategorii utworów, w odniesieniu do których sprawowanie nadzoru autorskiego jest wyłącznie prawem osobistym autora, a nie jego obowiązkiem.

Obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta, o którym mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, uzależniony jest od decyzji samego inwestora. W myśl bowiem postanowienia art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W takim przypadku projektant jest zobowiązany wykonywać czynności związane z pełnieniem nadzoru autorskiego. Przy czym należy wskazać, iż projektant nie może samodzielnie uchylić się od powyższego obowiązku, bez zgody samego inwestora.

Poza powyższym przypadkiem obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego przez projektanta może wynikać również z decyzji właściwego organu. Stosownie bowiem do postanowienia art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, właściwy organ może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, a także obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko. W takim przypadku projektant, twórca projektu, również będzie zobowiązany do wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż pochodną opracowania projektu architektoniczno-budowlanego jest obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu. Obowiązek ten wynika z samego faktu opracowania projektu budowlanego, a jego źródłem jest przepis prawa (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane).

3) Sprawowanie nadzoru autorskiego oraz opracowanie projektu z uwagi na integralny związek powinno stanowić jeden przedmiot zamówienia publicznego.

Mając na uwadze ustawowy obowiązek projektanta – twórcy projektu do sprawowania nadzoru autorskiego, określony w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo budowlane, należy stwierdzić, iż pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres samego zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozerwalnie związane z opracowaniem samego projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. Przy czym, to czy w danym przypadku projektant będzie zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego zależy od decyzji samego inwestora (zamawiającego). Tylko w niektórych przypadkach inwestor będzie zobowiązany do ustanowienia takiego nadzoru na skutek decyzji właściwego organu wyrażonej w decyzji o pozwoleniu na budowę.

Pełnienie nadzoru autorskiego jest związane z przyjęciem na siebie roli projektanta. Innymi słowy projektant przyjmując zamówienie na opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego (zamówienie na prace projektowe) przyjmuje również na siebie obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego. Tak więc okoliczność, iż projektant będzie mógł być zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego jest już znana na etapie przyjęcia samego zamówienia na prace projektowe, niezależnie od tego czy rzeczywiście będzie taki nadzór wykonywał, i niezależnie, czy żądanie sprawowania takiego nadzoru będzie wynikało z własnej decyzji inwestora, czy też związane będzie z decyzją właściwego organu. Powyższe stanowi istotną okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty (kalkulację wynagrodzenia projektanta). **Z tych względów to już na etapie zamówienia na prace projektowe zamawiający ma obowiązek na podstawie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp określić zasady i warunki sprawowania nadzoru autorskiego.**

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pełnienie nadzoru autorskiego nie stanowi odrębnego i niezależnego przedmiotu zamówienia od samego zamówienia na prace projektowe. O ile zatem kwestia sposobu pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia za jego sprawowanie w obrocie powszechnym może być przedmiotem swobodnych ustaleń stron w każdym czasie, o tyle w przypadku zamówień pub-

licznych zasady pełnienia nadzoru autorskiego i wynagrodzenia winny być określone już na etapie udzielenia zamówienia na prace projektowe. Powyższe stanowisko znajduje normatywne uzasadnienie w treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz w konieczności zachowania zasad z art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1 oraz przejrzystości na etapie zlecania zamówienia na prace projektowe. Wiedza wykonawcy na temat sprawowania nadzoru autorskiego może mieć istotny wpływ na treść jego oferty złożonej w postępowaniu na wykonanie dokumentacji projektowej, a tym samym wynik tego postępowania (konkursu).

4) Udzielenie zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej oraz sprawowanie nadzoru autorskiego w jednym postępowaniu przetargowym.

Ustalenie, że pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe rodzi istotne konsekwencje dla samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na prace projektowe.

Po pierwsze, wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego winna być uwzględniona w wartości szacunkowej zamówienia na prace projektowe (arg. z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp). Stanowią one bowiem, obok samych kosztów prac projektowych, element tego wynagrodzenia.

Po drugie, w opisie przedmiotu zamówienia należy określić zasady i warunki wykonywania czynności związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego, w sposób umożliwiający wykonawcom należytą kalkulację ceny oferty. Opis ten winien uwzględniać uwarunkowania w jakich sprawowany jest nadzór autorski (np. upływ czasu od wykonania dokumentacji projektowej do etapu realizacji obiektu na podstawie tej dokumentacji), z uwzględnieniem słusznych interesów zamawiających, jak i samych wykonawców.

Po trzecie, wybór projektanta powołanego do pełnienia nadzoru autorskiego, jako że związany jest z równoczesnym wyborem autora dokumentacji projektowej, następuje w drodze otwartych i konkurencyjnych postępowań (przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego), w ramach których zamawiane są usługi na prace projektowe.

5) Uwzględnienie w konkursie na realizację projektu zlecenia projektantowi sprawowania nadzoru autorskiego.

Podobnie ustalenie, że pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe rodzi istotne konsekwencje dla postępowania konkursowego prowadzonego na podstawie art. 110 ustawy Pzp. Jeżeli zatem przedmiotem konkursu jest wykonanie i przeniesienia prawa do wybranej pracy konkursowej z zakresu planowania architektoniczno-budowlanego, to w sytuacji, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji (w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w trybie negocjacji bez ogłoszenia) autora (autorów) wybranej (wybranych) pracy konkursowej, to wówczas przedmiotem takiego zamówienia, wraz ze szczegółowym opracowaniem pracy konkursowej, jest pełnienie nadzoru autorskiego przez autora wybranej pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp). Powyższe powinno być uwzględnione w opisie zakresu szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot nagrody w postaci zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, zawartym w regulaminie konkursu (arg. z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). W konsekwencji przy określaniu wartości konkursu na podstawie art. 111 ust. 4 ustawy Pzp należy brać pod uwagę również wartość świadczeń związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego.

6) Nie spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp w przypadku nieuwzględnienia sprawowania tego nadzoru w ramach postępowania przetargowego na wykonanie dokumentacji projektowej.

Pominięcie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego, który może być sprawowany przez projektanta wybranego w toku takiego postępowania, nie uprawnia następnie zamawiającego do udzielenia takiemu projektantowi zamówienia na pełnienie nadzoru

autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Pominięcie przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe nadzoru autorskiego nie prowadzi bowiem do ziszczenia się przesłanki „przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów". W takim bowiem przypadku ochrona praw wyłącznych ma charakter wtórny do faktu wcześniejszego udzielenia zamówienia na prace projektowe (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05, Lex nr 197315 oraz wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06, LEX nr 202405). Powyższe w żadnym stopniu nie pozostaje w sprzeczności ze stwierdzeniem, że nadzór autorski może być sprawowany przez projektanta, albowiem jak wskazano powyżej, zamawiający na etapie zamówienia na prace projektowe ma możliwość zastrzeżenia obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę projektu.

Przyjęcie powyższego kierunku wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp jest usprawiedliwione nie tylko w świetle art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ale w szczególności w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu normatywnego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i niweczyłoby cel i istotę instytucji prawnej zamówień publicznych.

Należy przy tym wskazać, iż zastosowanie trybu niekonkurencyjnego jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy (arg. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, iż wykładnia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp musi być ścisła. Tym samym, przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie do przypadków, gdy wyłączną przyczyną powodującą potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy jest konieczność ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przyczyny tej nie mogą zatem stanowić inne okoliczności (np. brak pełnego opisu pierwotnego przedmiotu zamówienia). Praktyka tworzenia zasady z udzielania zamówienia na nadzór autorski w trybie zamówienia z wolnej ręki nie tylko podważa istotę nadzoru autorskiego, ale może również prowadzić do wypaczania wyniku postępowania na dokumentację projektową, w którym kwestie dotyczące tego nadzoru nie są uwzględnione. W omawianych okolicznościach niedopuszczalne jest również to, iż zasadą udzielania zamówień na nadzór autorski staje się stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo tego, iż w świetle ustawy Pzp stosownie tego trybu jest odstępstwem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach przetargowych.

Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, że pomimo faktu, iż nadzór autorski nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego powinien być w pewnych okolicznościach sprawowany przez projektanta, nie są spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta powinien być bowiem określony już na etapie zamówienia na prace projektowe.

7) Nie spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp w przypadku nieuwzględnienia sprawowania tego nadzoru w ramach konkursu na wykonanie dokumentacji projektowej.

Podobnie pominięcie na etapie konkursu z zakresu planowania architektoniczno-budowlanego nadzoru autorskiego w opisie zakresu szczegółowego opracowania pracy konkursowej (art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp) w przypadkach, o których mowa w art. 111 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, nie uzasadnia zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czy też trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, do zamówienia na usługi nadzoru autorskiego.

Wymogi w zakresie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymagają, aby przedmiot zamówienia w zakresie szczegółowego opracowania wybranej pracy konkursowej, stanowiącego nagrodę w konkursie (art. 111 pkt 2 i 3 ustawy Pzp), był zupełny i wyczerpujący (arg. z art. 111 ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

8) Dopuszczalność udzielenia zamówienia na sprawowanie nadzoru autorskiego w trybie przetargowym.

Zgodnie z Prawem autorskim do wykonanego utworu autorowi przysługują osobiste oraz majątkowe prawa autorskie. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu (art. 16 Prawa autorskiego). Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Jednakże użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej" pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, którego treść stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski. Uznać zatem należy, iż ustawodawca expressis verbis dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego" projektanta doprowadzi co prawda do rozłamu pomiędzy autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., KIO 1103/11, zgodnie z którym „sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi stosowanie do art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego regulują odrębne przepisy tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosowanie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja taka wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę nie będącą autorem projektu." Odnośnie zaś możliwości naruszenia majątkowych praw autorskich przy sprawowaniu nadzoru przez osobę nie będącą autorem utworu wyjaśnić należy, iż w oparciu o brzmienie art. 42 Prawa autorskiego, prawa te mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego. Jeżeli zatem prawa te zostały przeniesione na zamawiającego na odpowiednich polach eksploatacyjnych, wówczas brak jest podstaw do uznania, iż zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp uzasadniające udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej reki. Co więcej, możliwości przeprowadzenie zamówienia w trybie konkurencyjnym na pełnienie nadzoru autorskiego nie wyłącza także uprzedni brak umowy przenoszącej majątkowe prawa autorskie do utworu na zamawiającego. Jak bowiem zostało to już wyżej przedstawione, majątkowe prawa autorskie jako prawa zbywalne mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegocjacje umów zawartych z autorem (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r., KIO/KD 23/10).

Udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza także art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego praw autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następca prawny legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Jednakże, warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywista koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Praw autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, co podnosiła również Krajowa Izba Odwoławcza w ww. uchwale z dnia 7 stycznia 2010 r. Jeżeli zatem, zamawiający wyposażony został w instrumenty prawne umożliwiające mu zawarcie umowy na pełnienie nadzoru autorskiego z wykonawcą innym niż autor dokumentacji projektowej (bez jego uprzedniej zgody na dokonywanie zmian w utworze tj. na wykonanie zależnego prawa autorskiego) wybranym w trybie konkurencyjnym, to tym bardziej możliwość taka istnieje w sytuacji pozyskania dokumentu potwierdzającego zgodę autora na wykonanie zależnego prawa autorskiego.

Problematyka dopuszczalności udzielanie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym na usługę pełnienia nadzoru autorskiego była przedmiotem analizy Sądu Okręgowego w Poznaniu. W wyroku z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 509/11, Sąd Okręgowy uznał, iż w pełni dopuszczalne oraz zgodne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym jest udzielenie zmówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie przetargu nieograniczonego, w sytuacji gdy zamawiający posiadała autorskie prawa majątkowe do utworu oraz prawo do wykonywania utworów zależnych. Sąd Okręgowy nie podzielił tym samym stanowiska, iż osobiste prawa autorskie jako niepodlegające zbyciu lub zrzeczeniu się implikują sprawowanie nadzoru autorskiego jedynie przez twórcę dokumentacji projektowej. Jeżeli bowiem autor dokumentacji projektowej zgadza się na dokonywanie zmian w utworze w zależności od potrzeb zmian rozwiązań projektowych, to nie można uznać za nieuprawnioną ingerencje w treść dokumentacji projektowej innego wykonawcy wybranego w drodze przetargu nieograniczonego. Autor dokumentacji projektowej, zgadzając się na dokonywanie zmian w projekcie oraz udostępnianie go osobom trzecim celem wykonywania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tego projektu, wyraża tym samym zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego nie osobiście lecz przez osoby trzecie, zachowując jednocześnie osobiste prawa autorskie do utworu.

Mając na uwadze powyższe zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie przetargu podstawowego, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie może skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie dopuszczalności udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie usługi nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym skutkowałoby możliwością udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej reki do każdego zamówienia na usługi, której przedmiotem jest dzieło objęte prawem autorskim. Powyższej tezy nie sposób obronić w kontekście podstawowej idei Prawa zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podsumowując:

1. **Sprawowanie nadzoru autorskiego w świetle przepisów art. 7 ust. 1, art. 10 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz zasady przejrzystości powinno być uwzględnione w postępowaniu przetargowym albo w konkursie dotyczącym zlecenia wykonania dokumentacji projektowej.**

2. **Zamówienie publiczne na sprawowanie nadzoru autorskiego nie może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, albowiem ochrona praw wyłącznych projektanta ma charakter wtórny w stosunku do wcześniej udzielonego zamówienia na prace projektowe.**

3. **W przypadku, gdy zamawiający nie uwzględnił w postępowaniu albo konkursie na dokumentację projektową sprawowania nadzoru autorskiego może rozważyć zastosowanie trybu przetargowego do wyboru wykonawcy świadczącego usługę nadzoru inwestorskiego.**

Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę

Stosownie do treści art. 70 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W świetle zacytowanego przepisu, zamawiający może posłużyć się tym trybem wyłącznie w sytuacji, gdy spełnione są dwie wymienione w nim

i interpretowane ściśle przesłanki, tj. przedmiotem zamówienia mogą być tylko dostawy lub usługi powszechnie dostępne na rynku, o znormalizowanych standardach, których wartość jest mniejsza od równowartości kwoty wyrażonej w złotych polskich, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp dla dostaw lub usług w odniesieniu do odpowiedniej kategorii zamawiających udzielających zamówień.

Z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, w szczególności: przetargu nieograniczonego bądź ograniczonego.

Ustawa Pzp nie określa, co należy rozumieć przez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne", więc kierując się wykładnią językową pod pojęciem tym należałoby rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych", przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe" należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości nie wymagającej indywidualnego ustalenia. Pojęciu temu będą zatem odpowiadać dostawy towarów objętych produkcją masową, seryjną, a także dostawy lub usługi popularne na rynku, dostępne w stałej ofercie podmiotów zajmujących się tego typu świadczeniami, w określonym w tej ofercie, ustalonym standardzie.

Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć zatem oferowanie ich przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Oznacza to, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców (podobnie Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 5 lutego 2001 r. sygn. sprawy: DF/GKO/Odw.– 255/432/RN-146/00). **Trybu zapytanie o cenę nie można więc stosować do zamówień obejmujących wszelkie nietypowe dostawy czy usługi wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź do zamawiania usług lub dostaw wyjątkowego zastosowania.** Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów czy usług Inżyniera Kontraktu (tak: Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w orzeczeniu z dnia 17 września 2007 r. sygn. sprawy: 0965-DB/94/07).

Przez „ustalone standardy jakościowe" pojmowane jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), odpowiadające przeciętnym wymaganiom" należy rozumieć zarówno standardy wynikające z przyjętych dla danych dostaw lub usług norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. **Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu.** Jak słusznie wskazała Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 26 lutego 2001 r. (znak sprawy: DF/GKO/Odw.–279/471-472/2000)„(...) zamawiający formułując zapytanie o cenę, powinien na tyle jednoznacznie i ściśle określić przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Dlatego też przedmiotem zamówienia w trybie zapytania o cenę winny być wyroby gotowe, a standardy przedmiotu zamówienia powszechnie znane, określone już w czasie rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (…)". Tryb zapytania o cenę może być zatem stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego, na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych w takim samym standardzie wszystkim ewentualnie zainteresowanym ich zakupem.

Przyjęcie, że określone usługi czy dostawy są standardowe oznacza, iż przynajmniej pięciu wykonawców świadczących usługi lub dostawy określonego rodzaju, będącego w sferze zainteresowania zamawiającego, powinno oferować produkty lub usługi zestandaryzowane umożliwiające zamawiającemu ich nabycie o takiej samej lub zbliżonej jakości. A zatem, niezależnie od tego, który z wykonawców będzie ostatecznie realizował zamówienie, na etapie składania ofert jedynym czynnikiem różnicującym oferty powinna być cena. Na rynku dostaw, w trybie zapytania o cenę mogą zostać zakupione np. artykuły biurowe, produkty spożywcze różnego asortymentu, opał, paliwo. Na rynku usług w trybie zapytania o cenę mogą być nabywane m.in. standardowe usługi poligraficzne, usługi utrzymania czystości czy usługi pralnicze.

Do kategorii usług, określonych w art. 70 ustawy Pzp nie można zaliczyć usług szkoleniowych, ponieważ wymagają od oferujących ich wykonanie podmiotów szczególnych cech bądź kwalifikacji dostosowanych do zindywidualizowanego przedmiotu świadczenia.

Do kategorii dostaw oraz usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych nie można zakwalifikować również m.in.:

- usług polegających na usuwaniu produktów niebezpiecznych, z uwagi na ich wysokospecjalistyczny charakter oraz konieczność uzyskania przez wykonawców odpowiednich uprawnień oraz pozwoleń, w tym posiadania szczególnych kwalifikacji wskazanych w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. – o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21, z późn. zm.),

- dostawy sprzętu komputerowego i oprogramowania, gdyż nie są to produkty typowe, charakteryzujące się małym stopniem złożoności, łatwo dające się porównać np. pod względem jakości, funkcjonalności, czy też posiadanych parametrów, z innymi produktami,

- usług w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, gdyż funkcja ta może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty posiadające wymagane uprawnienia budowlane w danej specjalności. Przy wykonywaniu tej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, ponieważ pełnienie usługi nadzoru inwestorskiego łączy się ze spełnianiem wymagań uwarunkowanych specyfiką określonego przedmiotu zamówienia, nie może świadczyć jej w taki sam sposób każdy podmiot działający w tej branży. Nie ma podstaw do uznania, iż usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego odpowiada ustalonym standardom jakościowym. Niewątpliwie przepisy prawa budowlanego określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru budowlanego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z inwestorem a postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki,

- opracowania studium wykonalności, zarządzania i rozliczania projektów unijnych z uwagi na profesjonalny charakter oraz wymóg posiadania fachowej wiedzy,

- usług opracowania programu funkcjonalno-użytkowego, które wiążą się z koniecznością dokładnego opisu zadania budowlanego wraz z określeniem przeznaczenia robót budowlanych, także sporządzenia fachowego opisu stawianych wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia są uzależnione od specyfiki obiektu budowlanego tzn. m.in. od przygotowania terenu budowy, architektury, potrzebnych instalacji, wymaganego wykończenia, czy zagospodarowania terenu. Sporządzenie ww. programu wymaga zatem posiadania specjalnych kwalifikacji dostosowanych do rodzaju i stopnia skomplikowania opracowywanego programu funkcjonalno-użytkowego. Podkreślić również należy, iż wprawdzie zakres i formę, jakiej ma odpowiadać projekt funkcjonalno-użytkowy określają przepisy prawa, to jego szczegółowy i konkretny zakres powinien zostać określony w umowie zawartej przez zamawiającego z wykonawcą, która określi i uwzględni specyfikę projektowanego obiektu budowlanego. Usługi tej nie charakteryzuje powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (ty-

powe, standardowe) wzorce jej wykonywania. Analogicznie, kryteriów określonych w art. 70 ustawy Pzp nie spełniają usługi opracowania projektu budowlanego lub budowlano-architektonicznego,

- dostaw specjalistycznego sprzętu medycznego, z uwagi na brak cechy powszechnej dostępności i zachowywania przeciętnych standardów jakościowych dostarczanego sprzętu.

Możliwość skorzystania z trybu zapytania o cenę, została na mocy art. 71 ust. 1 ustawy Pzp uwarunkowana obowiązkiem zaproszenia przez zamawiającego do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy świadczą w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia i **w liczbie, która zapewnieni konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, ale nie mniej niż 5 wykonawców**. Konstrukcja tego przepisu wymusza zatem na zamawiającym uprzednie zbadanie rynku pod kątem wytypowania grupy podmiotów gospodarczych zajmujących się świadczeniem pożądanych usług lub dostaw, gdyż wymóg ustawowy będzie spełniony tylko wówczas, gdy zapytanie o cenę będzie skierowane do podmiotów będących w stanie potencjalnie dostarczyć zamawianą usługę lub produkt. Przy czym, liczba podmiotów zakwalifikowanych do tej grupy powinna zapewnić konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty i nie może być mniejsza niż 5.

Wskazanie przez ustawę Pzp na minimalną liczbę wykonawców uczestniczących w postępowaniu w trybie zapytania o cenę w związku z odwołaniem się do potrzeby zapewnienia konkurencyjności w postępowaniu toczącym się w tym trybie wynika bezpośrednio z charakteru tego trybu. Tryb ten bowiem, jak zostało już wyżej zaznaczone, może być zastosowany jedynie wówczas, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy i usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych a wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, a więc w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia może być potencjalnie realizowany przez liczne podmioty działające na rynku. W celu zapewnienia konkurencji, a co za tym idzie wyboru możliwie najkorzystniejszej oferty, zamawiający powinien zatem umożliwić udział w postępowaniu w miarę licznej grupie podmiotów, także przenoszącej ustawowe minimum, stosownie do rezultatów badania rynku poprzedzającego wszczęcie postępowania.

Takie rozwiązanie pozwala na pozyskanie ofert konkurencyjnych złożonych przez różne podmioty. Powiązania kapitałowe bądź personalne pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu nie dyskwalifikują z góry wykonawców, ale mogą prowadzić do zmowy cenowej, a w rezultacie do wyeliminowania konkurencji i braku możliwości uzyskania przez zamawiającego rzeczywiście korzystnej ceny. Zamawiający prowadząc badanie rynku poprzedzające wszczęcie postępowania powinien w miarę możliwości uwzględniać ten aspekt w typowaniu podmiotów, które mogą być zaproszone do udziału w postępowaniu. Ustalenie istnienia powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami z danej branży może prowadzić do zaproszenia do złożenia oferty tylko przez jeden podmiot reprezentujący daną grupę, bądź do przekazania zaproszenia do złożenia ofert wykonawcom powiązanym kapitałowo, przy jednoczesnym zwiększeniu liczby zaproszeń przekazywanych innym wykonawcom, kapitałowo bądź personalnie niepowiązanym.

Reasumując:

- **warunkiem dopuszczalności nabycia określonych dostaw oraz usług w trybie zapytanie o cenę jest ich powszechna dostępność, rozumiana jako dostępność w ramach dostawy lub usługi takiego samego lub podobnego świadczenia dla wszystkich zainteresowanych, oraz spełnianie przez te dostawy lub usługi ustalonych standardów jakościowych rozumianych jako typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego,**

- **w trybie zapytanie o cenę mogą być nabywane wyłącznie dostawy lub usługi, których wartość jest mniejsza od równowartości kwoty wyrażonej w złotych polskich, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,**

- **tryb zapytanie o cenę nie może być stosowany do zamawiania dostaw lub usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania,**

- **przedmiot dostaw lub usług nabywanych w trybie zapytanie o cenę powinien być zestandaryzowany, a zatem oferta wykonawcy nie powinna być dostosowana przez wykonawcę do indywidualnego zapotrzebowania zamawiającego,**

- **liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert musi zapewniać konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty. W tym celu zamawiający umożliwia udział w postępowaniu dostatecznie licznej grupie podmiotów, także przenoszącej ustawowe minimum, stosownie do rezultatów badania rynku poprzedzającego wszczęcie postępowania.**

Niedopuszczalność nabywania oprogramowania w trybie zapytania o ocenę

Udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 70 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) dalej „ustawa Pzp", w trybie zapytania o cenę, zostało ograniczone przez ustawodawcę jedynie do zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, zaś wartość tych zamówień jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednym z niezbędnych elementów, a zarazem najbardziej złożonym, zastosowania trybu zapytania o cenę jest zaliczenie danego przedmiotu zamówienia do katalogu usług lub dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych.

Odnosząc powyższe do udzielenia zamówienia na oprogramowanie komputerowe, należy zaznaczyć, iż w świetle art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.), dalej „Prawo autorskie", programy komputerowe zostały *expressis verbis* zaliczone do otwartego katalogu utworów rozumianych jako każdy przejawu działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości przeznaczenia i sposobu wyrażenia. A zatem, aby zaliczyć daną działalność człowieka do kategorii utworu w rozumieniu Prawa autorskiego musi ona posiadać następujące cechy: stanowić rezultat pracy człowieka, stanowić przejaw działalności twórczej oraz mieć indywidualny charakter. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2006 r., III CSK 40/05 orzekł, iż „charakter „twórczości" i „indywidualności" mającego podlegać ochronie prawa autorskiego przedmiotu można oprzeć na argumentacji odnoszącej się do strony podmiotowej stosunku łączącego twórcę z jego dziełem („piętno osobiste", „znamiona osobowości"), albo na aspektach przedmiotowych, tj. odnoszących się do samego wytworu ludzkiego umysłu. W razie zastosowania drugiego testu, który trzeba uznać w świetle poglądów doktryny za lepiej uzasadniony, przyjmuje się, że rezultat wysiłku intelektualnego nie może być rutynowy, standardowy i typowy. Nie może natomiast być uznany za utwór i objęty ochroną prawa autorskiego taki przejaw ludzkiej aktywności umysłowej, któremu brak cech dostatecznie indywidualizujących, tj. odróżniających go od innych wytworów podobnego rodzaju i przeznaczenia." Ponadto, indywidualny charakter danego dzieła musi przejawiać się w rezultacie działania, nie zaś w samym procesie twórczym. Nie można zatem zaliczyć utworu, w rozumieniu Prawa autorskiego, a takim bez wątpienia jest oprogramowanie komputerowe, do dóbr o ustalonych standardach jakościowych.

Bez znaczenia dla powyższej tezy postaje fakt, czy dany utwór powstał z inicjatywy własnej autora celem jego sprzedaży na skale masową w systemie licencjonowanym tzw. „licencja z półki", czy też na zlecenie podmiotu trzeciego, który domagał się produktu indywidualnie dostosowanego do jego potrzeb. Ww. czynnik może mieć jedynie znaczenie dla możliwości dalszej sprzedaży przez autora danego utworu oraz skali tej sprzedaży, w tym sprzedaży na skalę masową. Nie ulega jednakże wątpliwości, iż utwór stworzony z inicjatywy własnej na potrzeby sprzedaży dla szerokiego kręgu użytkowników, nadal posiada w rozumieniu Prawa autorskiego status utworu o indywidualnym charakterze. Sprzedaż takiego utworu przez podmiot nie posiadający praw autorskich bądź licencji uzyskanej od podmiotu uprawnionego jest prawnie zabroniona.

Ponadto, zamówienie w trybie zapytania o cenę na oprogramowanie komputerowe posiadające status „licencji z półki", skutkowałoby by de facto naruszeniem normy z art. 29 Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (por. wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., II Ca 587/05; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt lub na jego wykonawcę. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., KIO/UZP 33/07). Stworzenie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia na oprogramowanie posiadające status „licencji z półki", wymuszałoby zatem umieszczenie w opisie konkretnych parametrów, które wskazywałyby na dany produkt, bowiem jak zostało wskazane wyżej, niemożliwym jest ustalenie określonych standardów jakościowych w odniesieniu do utworu w rozumieniu Prawa autorskiego.

Reasumując:

1. **Nie można uznać, iż jakikolwiek utwór w rozumieniu Prawa autorskiego charakteryzuje się ustalonymi standardami jakościowymi.**

2. **Utworem w rozumieniu Prawa autorskiego jest oprogramowanie komputerowe, które nie może być uznane za produkt o ustalonych standardach jakościowych, bez względu na fakt, czy program ten powstał z inicjatywy własnej autora celem jego sprzedaży na skalę masową, czy też na zlecenie podmiotu trzeciego, który domagał się produktu indywidualnie dostosowanego do jego potrzeb.**

IV. PRZYGOTOWANIE, WSZCZĘCIE I PRZEBIEG POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Możliwość zobowiązania wykonawców lub podwykonawców do zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi (art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp)

Przepis art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, obowiązujący od dnia 19 października 2014 r., umożliwia zamawiającemu zamieszczanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań w aspekcie społecznym, związanych z realizacją umowy, a dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są czynności niezbędne do realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, których wykonywanie odpowiada warunkom wykonywania pracy, określonym w przepisach kodeksu pracy (por. art. 22 § 1 Kodeksu pracy). Wymaga podkreślenia, że nie jest dopuszczalne, na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, narzucanie przez zamawiającego wykonawcy i/lub podwykonawcy obowiązku zatrudniania na podstawie umowy o pracę, jeżeli w świetle obowiązujących przepisów (nieuregulowanych w ustawie Pzp) zaangażowanie w świadczenia wykonywane przez pracowników wykonawcy i/lub podwykonawcy w ramach zamówienia, nie ma cech stosunku pracy.

W przypadku, gdy sposób świadczenia i okoliczności świadczenia, realizowanego w ramach zamówienia na roboty budowlane lub usługi, przez osoby występujące z ramienia wykonawcy i/lub podwykonawcy, dowodzą istnienia stosunku pracy, w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 Kodeksu pracy (pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem), to niezależnie od innych przepisów, wykonawca i/lub podwykonawca mają obowiązek zawrzeć z osobami zaangażowanymi w wykonywanie czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, umowę o pracę. Zaniechanie zawarcia umowy o pracę w powyższych okolicznościach skutkować będzie, obok odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa pracy, powstaniem odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za dopuszczalną w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp formę zatrudnienia, uznać należy zatrudnienie na podstawie umowy o pracę tymczasową, która stanowi szczególny rodzaj umowy o pracę, a jest uregulowana w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 166, poz. 1608). Z treści art. 5 ww. ustawy wynika bowiem, że co do zasady do agencji pracy tymczasowej, pracownika tymczasowego i pracodawcy użytkownika stosuje się przepisy prawa pracy dotyczące odpowiednio pracodawcy i pracownika.

Zamawiający, stosując art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, powinien określić w SIWZ, których prac niezbędnych do realizacji zamówienia, dotyczą wymagania zatrudnienia personelu wykonawcy i/lub podwykonawcy na podstawie umowy o pracę (art. 36 ust. 2 pkt 9 lit. d ustawy Pzp). Zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagania, zawartego w art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, powinien na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 9 lit. c) ustawy Pzp, zamieścić w SIWZ i we wzorze umowy w sprawie zamówienia odpowiednie zapisy w tym przedmiocie. W określonych przypadkach, uzasadnionych charakterem zamówienia, zamawiający może sprecyzować w SIWZ również liczbę osób, które wykonawca i/lub podwykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę, okres wymaganego zatrudnienia tych osób czy sposób dokumentowania ich zatrudnienia. W przypadku postawienia powyższych wymagań zamawiający powinien określić w umowie sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w przedmiotowym zakresie.

Treść przepisu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp odpowiada regulacjom prawa europejskiego, w tym także przepisom Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. Art. 18 ust. 2 ww. dyrektywy uprawnia bowiem państwa członkowskie do podejmowania stosownych środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali ma-

jących zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy.

Na marginesie analizy zagadnienia związanego z uwzględnianiem aspektów społecznych w zamówieniach publicznych dodać należy, że w związku z ustawą z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 598), która z dniem 27 maja 2014 r. zlikwidowała instytucję funduszy szkoleniowych, nie mają zastosowania przepisy art. 29 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy Pzp dotyczące utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz tego funduszu.

Reasumując, w oparciu o treść art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odpowiedni opis przedmiotu zamówienia zamawiający może zobowiązać wykonawców i/lub podwykonawców do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione charakterem tych czynności. Chcąc skorzystać z powyższego uprawnienia zamawiający może określić w SIWZ rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, a w określonych przypadkach, uzasadnionych charakterem zamówienia, może sprecyzować w SIWZ również liczbę osób, które wykonawca i/lub podwykonawca będzie zobowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę, okres wymaganego zatrudnienia tych osób, sposób dokumentowania ich zatrudnienia. W przypadku postawienia powyższych wymagań zamawiający powinien określić w umowie sankcje związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w przedmiotowym zakresie.

Publikowanie ogłoszeń w siedzibie zamawiającego poprzez zastosowanie elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykiem)

Przepisy art. 40 ust. 1, 12a ust. 3, art. 92 ust. 2, art. 115 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", obligują zamawiającego do informowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wskazanych w tych przepisach czynnościach, tj. o:

- wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (art. 40 ust. 1 ustawy Pzp),
- zmianie ogłoszenia o zamówieniu (art. 12a ust. 3 ustawy Pzp),
- wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 92 ust. 2 ustawy Pzp),
- wszczęciu postępowania w trybie konkursu (art. 115 ust. 1 ustawy Pzp),

poprzez zamieszczenie stosownych informacji *w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego*.

Siedzibą zamawiającego, w której ma być zamieszczone ogłoszenie, informacja o jego zmianie, czy też o wyborze oferty najkorzystniejszej – jest budynek, w którym zamawiający prowadzi swoją działalność, a miejscem powszechnie dostępnym w tej siedzibie – jest miejsce, do którego osoby nie będące pracownikami zamawiającego mają swobodny dostęp, tj. bez przepustek, pozwoleń, haseł dostępu oraz opłat, itp., i w którym mogą zapoznać się bezpośrednio z treścią ogłoszenia/zmian do niego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z powyższego wynika więc, że ustawodawca nie określa imperatywnie sposobu zamieszczenia wskazanych wyżej informacji w siedzibie zamawiającego, koncentrując się jedynie na zapewnieniu wszystkim zainteresowanym (nie tylko wykonawcom) nieskrępowanego dostępu do ich treści. Jakkolwiek dyspozycje omawianych przepisów realizowane są przez zamawiających

z reguły poprzez zamieszczenie ogłoszenia/zmian w jego treści/informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w siedzibie zamawiającego na tzw. tablicy ogłoszeń, nie przekreśla to możliwości zamieszczenia ich w publicznie dostępnym miejscu w siedzibie zamawiającego w inny sposób, np. poprzez upublicznienie ogłoszenia/zmian w jego treści/informacji o wyborze za pośrednictwem ogólnie dostępnej elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykiem), oznaczonej jako miejsce publikacji ogłoszeń i innych informacji o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez danego zamawiającego. Jeżeli zatem przyjęty przez zamawiającego sposób zamieszczenia ww. informacji w jego siedzibie nie będzie prowadził do ograniczeń w zakresie dostępu do nich dla wszystkich zainteresowanych, a w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego znajdzie się również czytelna informacja o miejscu publikacji informacji, o których mowa m.in. w przepisach art. 40 ust. 1, 12a ust. 3, 92 ust. 2, czy 115 ust. 1 ustawy Pzp na sterowanej elektronicznie tablicy informacyjnej, można uznać go za spełniający warunek zamieszczenia „w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego".

Istotne jest więc, aby elektroniczna tablica informacyjna umożliwiająca publikację ogłoszenia/zmian jego treści/informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego oraz przeglądanie ww. informacji przez zainteresowane osoby, spełniała przesłankę nielimitowanej dostępności (brak opłat za korzystanie, czy haseł), umożliwiając swobodne przeglądanie informacji zamieszczonych przez danego zamawiającego. Powinna ona również znajdować się w siedzibie zamawiającego – w specjalnie wydzielonym do tego, w sposób jasny i czytelny oznaczonym – miejscu, do którego nieskrępowany dostęp ma każda osoba nie będąca pracownikiem zamawiającego, i która wyrazi wolę zapoznania się z treścią ogłoszeń/ zmian w ich treści/innych informacji o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto powinna być również zapewniona czysto techniczna możliwość zapoznania się z treścią ww. informacji w sposób nielimitowany, ciągły i bezpośredni poprzez dostęp do pełnej ich treści za pomocą prostej i jasnej instrukcji korzystania z ekranu dotykowego umożliwiającego zapoznanie się z ogłoszeniami/zmianami do nich w wersji elektronicznej.

Jeżeli zatem sposób publikacji informacji, o których mowa w art. 40 ust. 1 , 12a ust. 3, 92 ust. 2, 115 ust. 1 ustawy Pzp za pośrednictwem elektronicznej tablicy informacyjnej umieszczonej w siedzibie zamawiającego odpowiada powyżej opisanym warunkom, należy uznać go za zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Samodzielność finansowa wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp

I. Zasadą jest, że przy ustalaniu wartości zamówienia, uwzględnia się całe zaplanowane zapotrzebowanie zamawiającego. Odstępstwo od tej zasady ustawodawca przewidział w art. 32 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp". Stosownie do postanowienia art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Omawiany przepis stanowi zatem wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

II. Przechodząc do analizy przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności podkreślić, iż jego treść nie kreuje odrębnej kategorii zamawiających, których katalog określony został w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje również wyrażenie użyte w treści ww. przepisu – „jednostka organizacyjna zamawiającego". Tym samym, jeżeli jednostka organizacyjna szacuje wartość zamówienia w oparciu o przepis art. 32 ust. 5 ustawy Pzp oraz udziela zamówienia publicznego, zamawiającym pozostaje nadal podmiot, ze struktury którego została ona wyodrębniona.

Z powyższego wynika więc, że przepis ten nie odnosi się do jednostek organizacyjnych utworzonych na podstawie ustawy o finansach publicznych, bowiem zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z póxn. zm.), jednostki te mają status samodzielnych zamawiających. Z tych samych względów nie znajdzie on również zastosowania do pozostałych podmiotów, które posiadają status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Jeżeli planowanie zapotrzebowania zamawiającego na określone dostawy, usługi, roboty budowlane jest zdecentralizowane, wartość szacunkową zamówień ustala się odrębnie dla poszczególnych jednostek organizacyjnych zamawiającego, o ile spełnione są kumulatywnie trzy warunki:

- jednostka musi być wyodrębnioną jednostką organizacyjną zamawiającego,
- jednostka udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością,
- posiada samodzielność finansową.

Odnosząc się do pierwszego z ww. warunków, wskazać należy, że – tak jak dla uznania danej jednostki za zamawiającego, nie jest koniecznym posiadanie przez nią podmiotowości prawnej (przykładowo odrębnymi zamawiającymi są jednostki budżetowe, które takiej podmiotowości nie posiadają), to tym bardziej posiadanie odrębnej podmiotowości prawnej nie jest konieczne dla kwalifikacji danego podmiotu do jednostek organizacyjnych zamawiającego w rozumieniu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie uznać należy, że desygnatami, które pozwalają przyjąć, że określona jednostka jest „wydzieloną jednostką organizacyjną zamawiającego", będą w szczególności:

- wyodrębnienie funkcjonalne i organizacyjne,
- zdolność do zatrudniania pracowników, a więc zdolność bycia pracodawcą i posiadania zdolności sądowej w tym zakresie – art. 3 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, z póź. zm.),
- przymiot podmiotowości podatkowej – zgodnie z art. 7 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749, z późn. zm.), podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Zgodnie z § 2 cyt. przepisu, ustawy podatkowe mogą ustanawiać podatnikami inne podmioty niż wymienione w § 1.

Wyodrębnienie organizacyjne polega na przypisaniu jednostce określonych zadań i wyposażeniu jej w środki niezbędne do ich realizacji, a zatem na zapewnieniu integralności struktury organizacyjnej tej jednostki, umożliwiającej jej realizację zadań statutowych.

Należy też wskazać, że o posiadaniu statusu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej wprost mogą przesądzać również odrębne akty prawne. Przykładowo, na podstawie art. 6 pkt 18 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 163, poz. 981, z późn. zm.), za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną można uznać zakład górniczy. Zgodnie z definicją legalną zawartą w tym przepisie, przez zakład górniczy należy rozumieć wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wykonywania działalności regulowanej ustawą w zakresie m.in. wydobywania kopaliny ze złoża.

Druga z przesłanek, wskazuje na konieczność udzielania zamówienia związanego z własną działalnością jednostki organizacyjnej. Tym samym, udzielane zamówienie służyć musi realizacji celów jednostki organizacyjnej określonych aktem o jej powołaniu. Za zamówienie związane z własną działalnością nie może być uznane zamówienie związane z realizacją zadania powierzonego do realizacji, czy też zleconego przez inną jednostkę organizacyjną w drodze odrębnego aktu.

Przechodząc do trzeciej przesłanki, zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia, jest to, czy samodzielność finansowa jednostki organizacyjnej winna mieć źródło ustawowe, czy też możliwym jest uznanie za samodzielną jednostkę, której gwarantem samodzielności finansowej są akty niemające charakteru powszechnie obowiązującego.

Co do zasady, literatura przedmiotu, wyróżnia dwa aspekty samodzielności finansowej: samodzielność dochodową i wydatkową[1]. Obok nich niekiedy wymienia się również samodzielność mieszaną[2]. Cechą wspólną samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych w świetle cyt. literatury jest konieczność zagwarantowania odpowiednich zasobów finansowych umożliwiających realizację zadań przez tą jednostkę, jak i prawo dysponowania zgromadzonymi zasobami. Powyższe nie oznacza konieczności samofinansowania jednostki czy też samowystarczalności jednostki, które oznaczają prowadzenie działalności opartej na własnych dochodach. Samodzielność finansowa może natomiast mieć miejsce również wtedy, gdy znaczna część zasobów zostaje przekazana do samodzielnej dyspozycji jednostek nie stanowiąc ich dochodów własnych.

Mając na względzie powyższe, dla celów zdefiniowania pojęcia samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych na gruncie art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, należy przyjąć jako wyznacznik przyznane tym jednostkom prawo samodzielnego prowadzenia swej gospodarki finansowej w zakresie określonym przez akty wewnętrzne (np. statut) w sferach:

1. samodzielności uchwalania planu finansowego;

2. samodzielności wydatkowania środków na zadania realizowane przez jednostkę.

Należy przy tym zaznaczyć, samodzielność uchwalania planu finansowego, czy też wydatkowania środków, nie oznacza pełnej autonomii w gospodarowaniu środkami przyznawanymi np. przez jednostkę macierzystą lub inny podmiot. Tym samym, przeznaczanie przez jednostkę macierzystą środków finansowych na realizację konkretnych zadań związanych z działalnością własną jednostki organizacyjnej, nie wyklucza samodzielności uchwalania planu finansowego przez tę jednostkę oraz samodzielności wydatkowania środków.

Reasumując, jedynie w odniesieniu do zamawiających, których struktura przewiduje funkcjonowanie wyodrębnionych jednostek organizacyjnych posiadających samodzielność finansową ustawa przewiduje dla zamówień udzielanych w związku z własną działalnością jednostki, możliwość ustalenia wartości takiego zamówienia odrębnie dla każdej z jednostek. Wyodrębnienie jednostki powinno mieć charakter organizacyjny i funkcjonalny oraz wynikać z aktów prawa powszechnie obowiązującego albo aktów prawa wewnętrznego, przy czym warunkiem sine qua non dla zastosowania przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp jest posiadanie przez wyodrębnioną jednostkę organizacyjną zamawiającego samodzielności finansowej w wyżej wskazanym rozumieniu.

[1] T. Dębowska-Romanowska, System prawny finansów lokalnych, [w:] A. Piekara, Z. Niewiadomski (red.) Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne, Warszawa 1998 r., s. 378–379; Glumińska-Pawlic, „Samodzielność finansowa Jednostek samorządu terytorialnego w Polsce: studium finansowoprawne", Katowice 2003 r., s. 45, P. Smoleń, Podstawy gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego, [w:] W. Wójtowicz (red.) Zarys finansów publicznych i prawa publicznego, Warszawa 2002 r., s. 88,

[2] B. Guziejewska, Decentralizacja finansów publicznych a niezależność finansowa samorządu terytorialnego, s. 118

Prawo opcji w ustawie Prawo zamówień publicznych

I. W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji". Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwana dalej „dyrektywą klasyczną", wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, przy czym w obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia (art. 9 ust. 1 dyrektywy klasycznej).

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 34 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", że *„jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji"*. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że przedmiot zamówienia odzwierciedlający zakres zamówienia udzielanego z wykorzystaniem instytucji prawa opcji oraz jego wartość powinny być określone przez zamawiającego już na etapie przygotowania postępowania. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu zamawiającego. Wyszczególnione w ten sposób części wchodzą w zakres tego samego zamówienia, są elementem ściśle określonego zakresu przedmiotowego zamówienia o ustalonej łącznie wartości szacunkowej zamówienia, na które zamawiający przewidział określone środki finansowe. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 22/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyka jest określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. *„Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny". Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy"*. Instytucja prawa opcji pozwala zatem na precyzyjne określenie poziomu zamówienia, który zostanie przez zamawiającego zrealizowany, co pozwala wykonawcom na prawidłowe dokonanie wyceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1447/10, wyrok KIO z dnia, sygn. akt KIO/UZP 2376/10).

Prawo opcji nie jest zatem w żadnym razie instytucją, która pozwala procentowo rozszerzać pierwotnie określony przedmiot umowy. Norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji" rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Należy mieć przy tym na uwadze treść art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie

z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ustęp 3 art. 140 ustawy Pzp stanowi natomiast, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skorzystanie z prawa opcji nie może zatem stanowić obejścia przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie może więc, powołując się na prawo opcji, wprowadzać do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do wzoru czy warunków umowy, zapisów umożliwiających realizację przyszłych, ewentualnych zamówień w zakresie wykraczającym poza przedmiot zamówienia określony dla konkretnego postępowania, oszacowany z należytą starannością stosownie do reguł określonych art. 32 lub 34 ustawy Pzp.

II. Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający przewidując prawo opcji jest uprawniony do określenia rozszerzenia procentowego pierwotnie określonego przedmiotu zamówienia, przy czym konstrukcja ta powinna opierać się każdorazowo na wskazaniu zakresu zamówienia, którego realizacja będzie pewna i zakresu, który jest poddany prawu opcji. Instytucja prawa opcji nie może zatem służyć do zawężenia przedmiotu zamówienia, którego realizacja nie była pozostawiona prawu opcji. Zamawiający ma zatem wynikający z umowy o zamówienie publiczne obowiązek spełnienia świadczenia co do minimalnego zakresu określonego w umowie z wykonawcą i uprawnienie rozszerzenia zamówienia w zakresie objętym opcją.

III. Prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie stanowi więc zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonym przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji w określonym przez niego zakresie.

IV. Wskazać jednocześnie należy, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość – uprawnienie do skorzystania nie tylko z instytucji prawa opcji, ale również zamówień uzupełniających, które to instytucje pozwalają zamawiającemu na opisanie przedmiotu zamówienia zabezpieczający jego oraz umożliwiający dokonanie wyceny ofert przez wykonawców. Ustawodawca wyposażył więc zamawiającego w narzędzia pozwalające na uwzględnienie rożnych sytuacji mających wpływ na sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia – od instytucji prawa opcji umożliwiającej zamawiającemu wkalkulowanie w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia pewnego marginesu realizacji tegoż zamówienia, zobowiązując zamawiającego do realizacji założonego progu i opcjonalnie realizacji zamówienia w określonym prawem opcji zakresie – po *zamówienie uzupełniające, którego – zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający może udzielić z wolnej ręki jeżeli (...) w przypadku udzielenia, w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.* Uwzględnienie zamówienia uzupełniającego stanowi więc uprawnienie zamawiającego, jednakże uprawnienie to zobowiązuje zamawiającego do przewidzenia zamówienia uzupełniającego już na etapie ogłoszenia zamówienia podstawowego. W przeciwieństwie do prawa opcji, w którym zakres objęty prawem opcji niekoniecznie musi być tożsamy przedmiotowo z częścią, której realizacja jest pewna (np. leasing z opcją wykupu), zamówienie uzupełniające może być jedynie zamówieniem tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, czyli dotyczyć takich samych usług, jak usługi zawarte w zamówieniu podstawowym i może być udzielone jedynie, gdy zamówienie podstawowe zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. O zastosowaniu zamówień uzupełniających decyduje sam zamawiający, a ich realizacja odbywająca się w osobnym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej reki może być dokonana jednorazowo lub kilkakrotnie, jednakże nie może przekroczyć ilości, jaka została przewidziana przez zamawiającego w dokumentacji (jednakże nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego).

Powyżej wskazana instytucja prawa opcji oraz zamówienie uzupełniające różnią się więc zasadniczo tym, iż prawo opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia (obejmującego usługi lub dostawy) jedynie w zakresie zadeklarowanym a poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji opcji. Natomiast zamówienie uzupełniające stanowi dodatkową umowę, zawartą w wyniku przeprowadzenia procedury w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1a ustawy Pzp

Zgodnie z art. 93 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", zamawiający może (a więc – nie ma obowiązku) unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie zostały mu przyznane. Dla możliwości skorzystania z tej przesłanki niezbędne jest jednak, aby możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo

- zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo

- zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Korzystając z tej możliwości zamawiający, który zamierza ubiegać się o dofinansowanie z środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) ma możliwość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest on jednak w tej sytuacji zobowiązany do poinformowania potencjalnych wykonawców o tym, że istnieje możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji, gdyby środki te nie zostały przyznane, a okoliczność taka zaistniałaby w trakcie prowadzonego postępowania.

Podkreślenia wymaga fakt, że treść przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie przesądza o tym, iż przekonanie zamawiającego o tym, że faktycznie uzyska środki unijne lub pochodzące z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) powinno być poparte uzyskaniem przez niego promesy otrzymania ww. środków po wstępnej akceptacji wniosku o dofinansowanie przez instytucję przekazującą fundusze na realizację określonych inwestycji, czy też podpisaniem preumowy z instytucją finansującą. Przy czym unieważnienie postępowania, z powodu nie uzyskania ww. środków, należy odnosić do sytuacji ostatecznej odmowy zawarcia umowy o dofinansowanie lub innej sytuacji uzyskania informacji o braku dofinansowania po konsultacji z Ministerstwem Rozwoju Regionalnego. Zamawiający jest zatem uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku wypełnienia dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp – do jego unieważnienia, nie tylko w sytuacji, gdy na skutek pozytywnej weryfikacji jego wniosku o dofinansowanie pod względem formalnym i merytorycznym wygrał określony konkurs, jednak z jakiś przyczyn (np. zmiany kursu euro, przesunięć środków w ramach projektu, itp.) dofinansowania nie uzyskał, ale także w przypadku, gdy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopiero planując ubieganie się o uzyskanie dofinansowania na realizację określonego projektu i przygotowywał stosowną dokumentację, działając z należytą starannością w przekonaniu, że ma szansę uzyskać określone środki, ale do zawarcia stosownej umowy nie doszło. A zatem, dyspozycja przepisu art. 93 ust. 1a ustawy Pzp nie

została zawężona tylko do przypadku, w którym zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego działał w uzasadnionym przekonaniu, że będzie dysponował kwotą na wykonanie przedmiotu zamówienia lub refinansowaniem wydatków poniesionych w związku z realizacją zamówienia, jednakże w wyniku decyzji podmiotu zewnętrznego, którego udziałem miało być finansowanie danego przedsięwzięcia, środki te nie zostały mu przyznane, ale obejmuje również sytuacje, w których zamawiający jedynie liczył na uzyskanie określonych środków, do czego ostatecznie nie doszło. Ze względu na wielość możliwych stanów faktycznych wynikających z praktycznego zastosowania powyższej regulacji, nie jest uzasadnione dokonywanie przeglądu i analizy poszczególnych przypadków, co stanowi uzasadnienie dla twierdzenia, że okoliczności stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1a ustawy Pzp powinny być rozpatrywane ad casum.

Jak zostało wskazane wyżej, fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określona w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp, znajdzie zastosowanie tylko i wyłącznie w odniesieniu do zamówień współfinansowanych ze środków pochodzących z Unii Europejskiej oraz z niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA). Powyższe ustawodawca uzasadnia tym, że zamawiający często wszczynają postępowania o udzielenie zamówienia, które ma być finansowane z środków unijnych, jeszcze przed uzyskaniem ostatecznych decyzji w sprawie dofinansowania, co podyktowane jest koniecznością dotrzymania sztywnych terminów realizacji projektów. Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana, lub zostanie wprawdzie podpisana, ale w innym od pierwotnego kształcie, zamawiający może nie być w stanie ponieść ciężaru sfinansowania całości zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań. Dlatego niezbędne było wyraźne wskazanie możliwości unieważnienia postępowania w takich sytuacjach. Jednocześnie, celem zapewnienia pełnej przejrzystości, ustawodawca wprowadził obowiązek uprzedniego informowania wykonawców o możliwości takiego unieważnienia.

Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawą Pzp", zastrzega na etapie czynności przygotowawczych poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32–35 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika zatem obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów

(organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy Pzp.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), możliwość przewidzenia udzielania zamówienia w określonym czasie (np. jednego roku budżetowego czy czas realizacji projektu), i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie (lub nie jest funkcjonalnie powiązany z innym), gdy zamawiający nie jest w stanie z góry zaplanować jego udzielenia, lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym, dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia. Jeżeli zatem jest zamawiający jest w stanie przewidzieć i zaplanować udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł (np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy Pzp.

Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest zbieżności czasowej takich zamówień.

Jak już wskazano nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry jest w stanie przewidzieć zakres całego zamówienia, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego. Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, każde następne zamówienie o tym samym przedmiocie, należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego wcześniej. Zamówienie udzielane w częściach przypomina świadczenia jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części, składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość. Każdorazowy, pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, dlatego ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. W tym przypadku wartością zamówienia udzielanego w ramach odrębnego postępowania jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli więc zamawiający decyduje się udzielać zamówienia w częściach i organizuje odrębne postępowania, wówczas dla każdego odrębnego postępowania przyjmuje się wartość całego zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpi zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane już ustalenie wartości zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do dokonania zmiany (czyli ponownego obliczenia) wartości zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania. Za okoliczności mające wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia należy uznać wszelkie okoliczności wynikające ze zmiany stanu faktycznego, np. zmiana cen, jak i stanu prawnego, np. konieczność uwzględnienia nowych rozwiązań w przedmiocie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż ustalenie szacunkowej wartości zamówienia jest czym innym niż samo sporządzenie planu rzeczowo-finansowego. Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia dokonywane jest w momencie, kiedy zamawiający jest w stanie oszacować wartość przedmiotu zamówienia z należytą starannością na podstawie określonego już opisu przedmiotu zamówienia, dokonanego z reguły na podstawie sporządzonego na dany okres planu rzeczowo-finansowego (planu przewidywanych zadań i wydatków na ich pokrycie) ale również z uwzględnieniem wszystkich innych okoliczności, które zaistniały po jego sporządzeniu (np. zwiększenia środków służących do udzielenia określonych zamówień albo niespodziewanej wcześniej konieczności zwiększenia zakresu udzielanych zamówień), a które mają znaczenie dla opisu i oszacowania wartości udzielanego zamówienia. Ustawa Pzp nie reguluje natomiast zasad oraz minimalnego czy maksymalnego okresu, na jaki dany podmiot zobowiązany jest sporządzić plan rzeczowo-finansowy.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia dotyczącego sposobu udzielania zamówień objętych jednym projektem współfinansowanych ze środków unijnych, iż punktem wyjścia dla jego rozstrzygnięcia jest ustalenie czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi następującymi po sobie zamówieniami dotyczącymi tożsamych usług, dostaw lub robót budowlanych.

W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach przedmiotowego projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu, i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu. Jeżeli ze względów organizacyjnych zamówienia te będą udzielane w częściach w ramach odrębnych postępowań, do ustalenia wartości poszczególnych części stosować się będzie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Nie jest zatem możliwe podzielenie takiego zamówienia na części i oszacowanie ich wartości odrębnie dla każdej z części.

Podstawą do wyodrębnia tych zamówień, tj. podstawą do uznania, iż mamy do czynienia z samodzielnymi zamówieniami jest przyjęty okres realizacji projektu, który nakazuje traktować usługi, dostawy lub roboty budowlane, które mają być wykonane w ramach projektu, jako jedno zamówienie. Przy czym warunkiem takiej kwalifikacji jest możliwość oszacowania usług, dostaw lub robót budowlanych, które mają być wykonane i sfinansowane w ramach projektu dla całego okresu jego realizacji. W takim przypadku nie może znaleźć zastosowania zasada sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Po pierwsze zasada ta – z wyjątkiem świadczeń powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 ustawy Pzp) – nie została wyrażona wprost w ustawie Pzp, lecz wynika z zasad gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych przyjętych na gruncie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2013 poz. 885, z późn. zm.). Po drugie, z uwagi na wyodrębnienie źródła finansowania, już na tym etapie jest możliwe oszacowanie zakresu zamówienia w okresie realizacji projektu, co ma decydujące znaczenie dla ustalenia, iż mamy do czynienia z jednym (samodzielnym) zamówieniem publicznym. Z tych względów podział takiego zamówienia na części i ustalenie ich wartości w perspektywie rocznej, gdy istnieje możliwość opisania zamówienia w odniesieniu do np. całego okresu realizacji projektu, i ustalenia zakresu takiego zamówienia, stanowić będzie naruszenie art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Sam fakt realizacji projektu w okresie 2008–2015 r. ze wskazaniem źródła jego finansowania nie powoduje jednak, że wszystkie zamówienia udzielane w ramach tego projektu mogą być z góry określone i oszacowane dla całego okresu jego realizacji. Z charakteru przedmiotu zamówienia może bowiem wynikać, iż na etapie rozpoczęcia projektu nie będzie możliwe oszacowanie usług, dostaw lub robót budowlanych niezbędnych do realizacji projektu w całym okresie, tj. których rozmiar nie jest możliwy do ustalenia w momencie wszczęcia pierwszego postępowania. W tych przypadkach fakt realizacji projektu w ustalonym okresie nie pozwala na wyodrębnienie samodzielnego zamówienia obejmującego cały okres realizacji projektu, tj. nie stanowi kryterium uznania, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. W konsekwencji w ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części (art. 32 ust. 2 ustawy Pzp), lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Innymi słowy podział zamówienia i odrębne szacowanie wartości dla każdej z części może być uzasadnione przyczynami obiektywnymi – niemożnością oszacowania wszystkich potrzebnych usług, dostaw lub robót budowlanych.

W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, można stosować wskazaną zasadę sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Z tych względów wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi podobnymi przedmiotowo i funkcjonalnie zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Oznacza to, iż usługi lub dostawy nabywane na potrzeby realizacji projektu będą stanowiły część jednego zamówienia oszacowanego z uwzględnieniem innych podobnych przedmiotowo i funkcjonalnie usług lub dostaw nabywanych przez zamawiającego w tym samym okresie.

Dodatkowo należy wskazać, iż do omawianego przypadku zastosowanie znajdować będzie także art. 34 ust. 1 ustawy Pzp przewidujący szczególne zasady ustalania wartości dostaw i usług powtarzających się okresowo. Jeżeli zatem na potrzeby realizacji projektu udzielane będą zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo będą one podlegały sumowaniu z pozostałymi dostawami i usługami o takim charakterze.

Rekapitulując, w przypadku zamówień, których zakres i wartość są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji projektu, a przy tym mogą być udzielone w ramach jednego postępowania, oszacowania ich wartości dokonuje się z uwzględnieniem całego okresu realizacji projektu. W pozostałych przypadkach usługi lub dostawy udzielane w ramach projektu mogą być szacowane dla poszczególnych lat budżetowych.

Należy również wskazać, iż punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia czy w danym przypadku mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części w świetle art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, jest także ustalenie czy wskazane zamówienia stanowią w istocie jedno zamówienie, czy też odrębne następujące po sobie zamówienia dotyczące podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia. Podkreślenia bowiem wymaga, iż sam fakt, że mamy tu do czynienia z zamówieniami tego samego rodzaju, oznaczonymi tym samym kodem CPV, nie przesądza, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem w rozumieniu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak już wskazano powyżej dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się wskazanymi powyżej kryteriami (podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia, perspektywa czasowa zamówienia, możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę). Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Jeżeli zatem możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy Pzp. W przeciwnym przypadku, tj. w sytuacji, w której poszczególne zamówienia nie mogą być wykonane przez tego samego wykonawcę, pomimo że przedmiot zamówienia można zakwalifikować do tego samego kodu CPV, należy uznać, iż nie mamy do czynienia z jednym zamówieniem, lecz z kilkoma niezależnymi od siebie zamówieniami, których wartość będzie szacowana odrębnie z zachowaniem reguł określonych w art. 32 i n. ustawy Pzp. Ocena ta z istoty rzeczy zawsze będzie dokonywana w konkretnych okolicznościach faktycznych. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym dzieleniem zamówienia, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp.

Opis wymagań związanych z realizacją zamówienia publicznego, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy – Prawo zamówień publicznych

Stosownie do postanowienia art. 29 ust. 4 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp" zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia osób niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Zamawiający może zatem wymagać od wykonawców zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia publicznego. Powyższe unormowanie związane jest z wprowadzaniem przez instytucje udzielające zamówień publicznych preferencji dla podmiotów zatrudniających osoby zagrożone wykluczeniem społecznym.

Zamawiający stawiając wobec wykonawców wymóg zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia publicznego zobowiązany jest stosownie do postanowienia art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby osób niepełnosprawnych i okresu wymaganego zatrudnienia tych osób, a także sposobu dokumentowania przez wykonawcę zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Ponadto zamawiający jest zobowiązany do zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia postanowień dotyczących uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Wymagana przez zamawiającego liczba osób niepełnosprawnych oraz okres wymaganego ich zatrudnienia powinna uwzględniać specyfikę danego zamówienia (rodzaj zamówienia, stopień skomplikowania czynności wchodzących w zakres zamówienia, wielkość świadczeń, okres obowiązywania umowy itd.).

Zamawiający określa sposób dokumentowania przez wykonawcę zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Przy czym ustawa Pzp nie rozstrzyga o sposobie dokumentowania przez wykonawcę zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającemu. Biorąc pod uwagę unormowanie zawarte w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać, iż wskazany przez zamawiającego sposób dokumentowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych musi umożliwiać ustalenie liczby osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy wykonaniu zamówienia, okresu ich zatrudnienia oraz faktu, że osoby te świadczyły pracę w związku z wykonaniem zamówienia. Ostatnie ustalenie wynika z brzmienia art. 29 ust. 4 in principio ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia „wymagania związane z realizacją zamówienia". Tym samym należy uznać, iż wymóg zatrudnienia osób niepełnosprawnych dotyczy sposobu realizacji zamówienia, przez co należy rozumieć czynny udział osób niepełnosprawnych w wykonaniu zamówienia. Przyjęty sposób dokumentowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych winien zatem umożliwiać weryfikację spełnienia powyższego wymogu.

Osiągnięcie powyższego celu może być zapewnione poprzez wprowadzenie obowiązku ewidencjonowania przez wykonawcę czasu pracy osób niepełnosprawnych ze wskazaniem czynności,

które były wykonywane przez te osoby. Powyższe umożliwi ustalenie rzeczywistej liczby osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy wykonaniu zamówienia, jak też czas, przez który osoby te uczestniczyły w wykonaniu zamówienia. Odniesienie zaś ewidencji czasu pracy do czynności wykonywanych w związku z realizacją zamówienia pozwoli na potwierdzenie rzeczywistego udziału tych osób przy wykonaniu zamówienia. W tym zakresie w sposób oczywisty pojawiać się będą pytania co do wymaganej szczegółowości ewidencji czasu pracy, zwłaszcza w kontekście wskazania czynności wykonywanych przez osoby niepełnosprawne. W tym zakresie zasadnym wydaje się przyjęcie stanowiska, że informacja ta nie powinna być zbyt szczegółowa, aby nie obarczać wykonawców nadmiernymi wymogami biurokratycznymi, które mogłyby zniechęcać ich do zatrudniania osób niepełnosprawnych. Wystarczające winno być zatem samo rodzajowe określenie czynności odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Jeżeli jednak z uwagi na charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia rodzajowe określenie czynności składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia może napotykać trudności, należy dopuścić możliwość prowadzenia ewidencji czasu pracy osób niepełnosprawnych z samym tylko wskazaniem, że dotyczy to wykonania danego zamówienia.

Z uwagi na wymogi w zakresie zapewnienia skutecznej kontroli sposobu spełniania przez wykonawcę powyższych warunków realizacji zamówienia należy stwierdzić, iż ewidencja czasu pracy winna być zindywidualizowana, tj. wskazywać osoby niepełnosprawne zidentyfikowane co do tożsamości. Powyższy wymóg winien odnosić się również do innych sposobów dokumentowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych przyjętych przez zamawiającego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określa także jego uprawnienia w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych w związku z realizacja zamówienia. Spełnienie powyższego wymogu winno wiązać się z przyjętym sposobem dokumentowania zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Tak więc dla przykładu zamawiający może wprowadzić obowiązek okresowego raportowania przez wykonawcę czasu pracy osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy wykonaniu zamówienia. Powyższe umożliwi zamawiającemu weryfikację spełnienia warunku zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia.

Ponadto w celu zapewnienia efektywnej kontroli wykonawcy, zamawiający winien zastrzec sobie prawo żądania przedłożenia przez wykonawcę dowodów zatrudnienia osób niepełnosprawnych (umowa o pracę, umowa o pracę nakładczą itd.) wraz z dokumentami potwierdzającymi niepełnosprawność tych osób (orzeczenia o niepełnosprawności). Z uwagi na wrażliwy charakter powyższych informacji zamawiający winien zapewnić poufność tych danych oraz przekazywanie ich w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby trzecie.

Niezależnie od powyższego zamawiający może zastrzec sobie prawo do kontroli sposobu wykonania zamówienia poprzez zbadanie rzeczywistych warunków jego wykonania. W tym zakresie zamawiający może zastrzec sobie prawo wstępu do siedziby wykonawcy lub innego miejsca wykonania zamówienia w celu weryfikacji rzeczywistego udziału osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia. Wprowadzenie powyższych warunków uzależnione będzie jednak w sposób oczywisty od charakteru i specyfiki danego zamówienia. Tak więc zakres uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych, uzależniony jest każdorazowo od warunków wykonania danego zamówienia.

Zamawiający określa jednocześnie sankcje z tytułu niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych w związku z realizacją zamówienia. Z uwagi na fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy cywilnoprawnej (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) w sytuacji, gdy wykonawca niespełnienia wymagań w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych przy wykonaniu zamówienia, mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem zobowiązania – art. 471 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej „Kc". W takich przypadkach zastosowanie znajduje reżim odpowiedzialności kontraktowej usankcjonowany

w przepisach Kc. Ze względu na fakt, że świadczenie wykonawcy przybiera postać bądź usługi, bądź dostawy, bądź też roboty budowlanej (arg. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), które co do zasady nie mają charakteru świadczeń pieniężnych, zastosowanie może znaleźć instytucja kary umownej uregulowana w art. 483 § 1 Kc. Stosownie do tego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Obok kary umownej mogą znaleźć zastosowanie również inne instytucje prawa cywilnego, jak prawo do odstąpienia od umowy, bądź też w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, prawo do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Wprowadzenie powyższych instytucji prawnych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiadać będzie wymogowi określenia przez zamawiającego sankcji z tytułu niespełnienia warunków związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Opis przedmiotu zamówienia

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisania standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym „Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył" (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35). Podobnie KIO w wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 3, Warszawa 2009, s. 40). „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami" (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 40).

Mając powyższe na uwadze, w opinii Urzędu Zamówień Publicznych treść przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", w tym art. 29, nie stoi na przeszkodzie zakupu towarów wysokiej jakości. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 5 ustawy, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, która przedstawia najko-

rzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Jak wynika z powołanej wyżej definicji a także z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert mogą jednak dotyczyć tylko i wyłącznie przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp) i obejmować np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, wskazała, iż „(...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznał, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 2, Warszawa 2008, s. 45).

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 Pzp. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Zamawiający narusza ustawę Pzp jeżeli, mimo, że istnieją sposoby opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.

I. Jak należy opisać przedmiot zamówienia, który dotychczas kwalifikowano odpowiednio jako usługę lub dostawę, natomiast po wejściu w życie rozporządzenia w sprawie wykazu robót należy kwalifikować go jako robotę budowlaną?

Zgodnie z nowymi definicjami, wprowadzonymi na grunt prawa polskiego nowelizacją ustawy Pzp z dnia 12 października 2012 r., ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o:

- „obiekcie budowlanym" – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 ust. 5d Pzp);

- „robotach budowlanych" – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wprowadzone zmiany powodują odejście od definiowania pojęć „obiektu budowlanego" oraz „robót budowlanych" dla potrzeb określenia przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych w oparciu o definicje zawarte w ustawie – Prawo budowlane. Nowe definicje odpowiadają natomiast ściśle z regulacjom ujętym w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE.

Wprowadzone do porządku prawa krajowego nowelizacją pojęcie robót budowlanych i pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych, są pojęciami autonomicznymi dla zamówień publicznych – mają zastosowanie wyłącznie na gruncie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności celem dokonania czynności szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Przepisy w obecnym brzmieniu wskazują bowiem, że jako roboty budowlane w rozumieniu Pzp będą określane także świadczenia, które nie odpowiadają pojęciu robót budowlanych na gruncie ustawy – Prawo budowlane, np. usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską.

Wobec powyższego, szacując wartość zamówienia na potrzeby inwestycji budowlanej, której realizacja obejmie obok innych robót budowlanych także ww. świadczenia, należy zsumować je z szacowaną wartością pozostałych robót budowlanych wykonywanych w ramach realizacji tej inwestycji budowlanej, stosownie do wykazu stanowiącego załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (poz. 1372).

Nowe definicje „robót budowlanych" i „obiektu budowlanego" nie będą miały wpływu na rozumienie tych pojęć w innych aktach normatywnych zawierających ich definicję oraz na interpretację przepisów budowlanych, czy też przepisów dotyczących podatków oraz kwalifikowania wydatków.

Definicje te pozostają również bez wpływu na dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodzą świadczenia, które w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane nie są robotami budowlanymi. Z oczywistych względów do świadczeń traktowanych celem szacowania przedmiotu jako roboty budowlane, nie będących jednak robotami w rozumieniu prawa budowlanego, nie znajdują zastosowania zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone w art. 31 ustawy Pzp, czy szacowania wartości zamówienia w oparciu o art. 33 ustawy Pzp. Wobec takich świadczeń opis i szacowanie następuje na zasadach ogólnych, określonych odpowiednio art. 29 i 30 oraz art. 32 ustawy Pzp. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 – Prawo budowlane, następuje według dotychczasowych zasad, za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych albo programu funkcjonalno-użytkowego, stosownie do zasad określonych art. 31, zaś szacowanie wartości takich robót następuje stosownie do zasad określonych art. 33 ustawy Pzp .

II. Jak dokonać czynności szacowania przedmiotu zamówienia odnosząc się do definicji obiektu budowlanego w ustawie Pzp?

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d ustawy Pzp przez obiekt budowlany rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

W orzecznictwie ETS (obecnie TSUE) istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych. Obiektem może być zatem przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie, za obiekt budowlany w rozumieniu nowej definicji uznany zostanie także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. Wobec powyższego szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie.

Dopuszczalność zwracania się do wykonawców o przedstawienie cen zamawianych usług jako podstawa sposobu szacowania wartości zamówienia

Na podstawie art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", zamawiający ma obowiązek ustalenia z należytą starannością wartości zamówienia, którego podstawą ustalenia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług. W prawie cywilnym funkcjonuje pojęcie „należytej staranności" wymaganej od dłużnika. Jest on zobowiązany do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności – art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.). Definicja ta może być przydatna w stosunkach związanych z zamówieniami publicznymi, przy uwzględnieniu specyfiki tych stosunków. Uwzględniając różnice, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej).

Zasada oszacowania wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością dopuszcza możliwość, iż zamawiający, nie mogąc we własnym zakresie oszacować wartości przedmiotu zamówienia, zwróci się do podmiotów profesjonalnie zajmujących się prowadzeniem określonej działalności o dokonanie wstępnej kalkulacji kosztów wynagrodzenia należnego wykonawcy zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający może przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystąpić do podmiotów legitymujących się konieczną wiedzą i doświadczeniem np. o przeprowadzenie oceny ryzyka ubezpieczenia oraz podanie wstępnej kalkulacji kosztów ubezpieczenia.

Należy podkreślić, iż czynność oszacowania wartości przedmiotu zamówienia należy do zadań zamawiającego i nie jest on związany kalkulacjami przedstawionymi przez podmioty, do których o ich sporządzenie się zwrócił. Kalkulacje te mają charakter informacyjny i mogą służyć jedynie rozpoznaniu cen na rynku w zakresie przedmiotu zamówienia. W oparciu o nie zamawiający we własnym zakresie dokonuje czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Omyłki i błędy w ofertach wykonawców – analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej

Zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert (arg. z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. – zwanej dalej „ustawą Pzp"). Od tej zasady ustawa przewiduje dwa wyjątki:

- pierwszy – dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, w którym wykonawca może sprecyzować i doprecyzować treść oferty oraz przedstawić informacje dodatkowe,

- drugi – możliwości poprawiania przez zamawiającego omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,

2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Oświadczenie w tym zakresie musi złożyć w terminie 3 dni od dnia otrzymania o dokonaniu poprawki w treści jego oferty.

Oczywiste omyłki pisarskie

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku[1], jest **niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym.** Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą **można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty**[2]. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

W wyroku z dnia 31 stycznia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp **niezamierzone, wyraźne opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów**. W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Izby wystąpiła, zdaniem składu orzekającego, tego rodzaju okoliczność, albowiem rozstrzygające znaczenie miała

[1] Zob. wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08.
[2] Podobnie wyrok KIO 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08.

przyjęta dla całego dokumentu Formularza metoda jednolitego jego wypełniania przy zastosowaniu w każdej z pozycji prawej kolumny metody „kopiuj – wklej." Jednocześnie Izba stwierdziła, że stosując wzór tego Formularza, wykonawca zmodyfikował szerokość kolumn tak, że kolumna prawa wymagająca wypełnienia przez odwołującego była węższa niż kolumna lewa opisująca wymagane parametry według specyfikacji. Konsekwencją tego, zdaniem Izby, był brak w wersji papierowej dokumentu ostatnich wyrazów z kolumny lewej. Tym samym, **sporne cztery pozycje w Formularzu, w których z powodów technicznych pominięto ostatnie wyrazy z kolumny lewej, podlegają poprawieniu** na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp[3].

Za omyłkę pisarską Krajowa Izba Odwoławcza uznała wpisanie w ofercie błędnej pojemności silnika. W ocenie Izby stanowisko zamawiającego, że obecnie na rynku producent MAN nie dysponuje tego typu silnikiem, tj. o wskazanej pojemności 7 150 cm^3, stanowi argument, przemawiający za tym, że odwołujący popełnił omyłkę pisarską, **wpisując w dokumentach załącznika do swojej oferty błędne parametry pojemności silnika – w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu świadectwa homologacji pojazdu** (świadectwa homologacji części w odniesieniu do silnika MAN E0836LOH CNG/EEV), co odwołujący wykazał – przedstawiając tę dokumentację, a także przedstawiając kartę katalogową producenta silnika – firmy MAN, określającą pojemność tak oznaczonego silnika w wielkości 6,9 litra. Izba za w pełni wiarygodne przyjęła więc podane okoliczności popełnienia omyłki w ofercie odwołującego. Z przedstawionych dokumentów wynikało, że dla tak oznaczonego silnika MAN E0836LOH, zasilanego sprężonym metanem podana była pojemność w cm^3 – 6 871, natomiast w pozycji powyżej, dla innego silnika, na inny rodzaj paliwa, o oznaczeniu DEUTZ została podana pojemność 7 147 cm^3. W konsekwencji, w ocenie Izby, ujawniona omyłka w ofercie odwołującego winna być poprawiona przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako łatwa do zauważenia omyłka pisarska[4].

Oczywistą omyłką pisarską może być również **podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie**. W formularzu ofertowo-cenowym, na stronie 2 oferty, zawarto zapis: „Oferowana stawka dzienna dla jednego pacjenta wynosi: 9,85 zł netto x 170 posiłków dziennie x 365 dni w roku = 611 192,50 zł netto + 42 783,48 zł VAT (7%) = 653 975,98 brutto, słownie: (sześćset siedemdziesiąt siedem tysięcy, osiemset siedemdziesiąt siedem złotych, 64/100)". Zdaniem Izby cena ofertowa podana liczbą: 653 975,98 brutto **nie budziła żadnych wątpliwości**, bowiem w formularzu ofertowo-cenowym podano sposób jej obliczenia: wynikała ona z przemnożenia dziennej stawki, ilości posiłków dziennie, ilość dni w roku oraz zastosowania stawki VAT. Z tego względu ofertę należało poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp[5].

Nie można natomiast było, zdaniem Izby, w rozpatrywanej przez nią sprawie uznać **za oczywistą omyłkę pisarską wpisania w kosztorysach nieprawidłowych materiałów**. W kilku pozycjach przedmiaru robót ostateczne ich brzmienie ukształtowane zostało w wyniku modyfikacji SIWZ. Pierwotne brzmienie przedmiarów robót wskazywało na materiały, które omyłkowo wymienił w swej ofercie odwołujący. Taka sekwencja zdarzeń, w ocenie Izby, prowadzi do wniosku, że wykonawca nie zastosował się do treści modyfikacji w wyniku omyłki, polegającej na pominięciu przy sporządzeniu oferty ww. zmiany SIWZ. Jednocześnie brak było podstaw – aby wbrew treści oferty – ustalić, że wykonawca zaoferował w rzeczywistości roboty wymagane przez zamawiającego, a tylko wskutek zniekształcenia oświadczenia woli wpisał w kosztorysach nieprawidłowe materiały. Takie okoliczności faktyczne nie zostały, jak podaje Izba, wykazane żadnym dowodem. Wniosku takiego w szczególności nie można było wyprowadzić z całości treści oferty. Nie wskazano żadnego innego miejsca w ofercie, z którego wynikałoby, że w spornych pozycjach wykonawca de facto wycenił materiały prawidłowe, a jedynie wskutek zniekształcenia jego oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej, nie znalazło to odbicia w kosztorysach. Izba wzięła pod uwagę również to, że omyłki natury pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp muszą mieć charakter oczywisty, a zatem muszą być widoczne od razu. Fakt ich popełnienia musi niejako „narzucać się" odbiorcy oświadczenia. Wniosku takiego nie można było wyprowadzić na podstawie analizy przed-

[3] Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 73/14.
[4] Wyrok KIO z dnia 7 maja, sygn. akt KIO 842/12, KIO 849/12.
[5] Zob. wyrok z 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 215/09.

miotowej oferty, gdyż wykonawca konsekwentnie wyceniał w jej treści materiały niewłaściwe. Reasumując skład orzekający uznał, że **nie można przypisać omyłkom odwołującego znamion oczywistej omyłki pisarskiej** w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp[6].

Oczywista omyłka rachunkowa

Nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[7] zrezygnowano z enumeratywnego wyliczenia rodzajów oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które zamawiający może poprawić. Obecne regulacje w zakresie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych pozostawiają zamawiającemu znacznie szersze możliwości weryfikacji. Celem tej zmiany, co wynika bezpośrednio z uzasadnienia do projektu tej ustawy, było usprawnienie procedur udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnianych postępowań. Uchylony przepis art. 88 ustawy Pzp może być dyrektywą w zakresie możliwych sposobów poprawiania omyłek rachunkowych.

Oczywistą omyłką rachunkowa jest omyłka wynikająca z **błędnej operacji rachunkowej na liczbach**. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której **przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu**. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest **fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia**[8]. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność.

W jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca w swojej ofercie w Przedmiarze Robót PR.0 dokonał wyceny poszczególnych szesnastu pozycji tego przedmiaru zgodnie z wymogami SIWZ. Dokonane podliczenie tych wartości – suma poszczególnych pozycji przedmiaru wskazana przez tego wykonawcę nie dawała jednak prawidłowego matematycznie wyniku sumowania tych wartości. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niewątpliwie w tym przypadku mamy do czynienia z matematycznym błędem w sumowaniu poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu. Nieprawidłowość ta, zdaniem Izby, miała charakter oczywistej omyłki – **niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwało się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę** i stanowło oczywistą omyłkę rachunkową. Taką omyłkę zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający ma obowiązek poprawić[9].

Podobnie **nieprawidłowe zaokrąglenie kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty wykonawcy**, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu **błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego**. Omyłki takiej dopuścił się wykonawca, gdyż zgodnie z wynikającymi z przepisów i powszechnie przyjętymi zasadami, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zaokrąglenie wartości podatku winno nastąpić do pełnej dziesiątki („w górę"). Popełniona omyłka miała charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, była bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania[10].

---

[6] Wyrok z dnia 5 lutego 2014 r., sygn. akt 103/2014.
[7] Dz. U. Nr 171, poz. 1058.
[8] Tak w wyroku KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10.
[9] Wyrok z dnia 16 kwietnia 2012 r. , sygn. akt KIO 650/12.
[10] Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09.

Natomiast, rozstrzygając sprawę dotyczącą postępowania na „Monitorowanie losów absolwentów uczelni wyższych z wykorzystaniem danych administracyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych" Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający bezpodstawnie zmienił treść oferty odwołującego w zakresie określenia jej ceny, błędnie wskazując, iż znajduje to oparcie w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącym poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający na podstawie tego przepisu poprawił omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny oferty, poprzez obniżenia ceny całkowitej z 2.310.885,00 zł na 1.924.068,00 zł, nie wskazując, iż ma ona przymiot omyłki oczywistej, nazywając swoje działanie „korektą". Zdaniem Izby zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony przyjął, iż sposób wypełnienia tabeli cenowej formularza ofertowego przez odwołującego ma charakter omyłki, i to oczywistej. Jak wskazał skład orzekający było to zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z argumentacją podniesioną w odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający sam wskazał, że z istoty „oczywistej omyłki" rachunkowej wynika, iż jest nią **niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego**. Tymczasem odwołujący konsekwentnie i niezmiennie prezentował stanowisko, iż zaoferowanie za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny w wysokości 2.310.885,00 zł, obliczonej przez zsumowanie cen za poszczególne moduły, których cena nie stanowiła zsumowania cen za poszczególne usługi, jest rezultatem jego świadomej i celowej decyzji. A zatem, nawet gdyby okazało się, że taki sposób postępowania nie mieści się w określonym przez zamawiającego sposobie obliczenia ceny, to niemożliwe byłoby poprawienie takiego błędu w obliczeniu ceny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp[11].

Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacja istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacja ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r.[12] Celem tej regulacji – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy – było **umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego**. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu.

Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze **zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści**; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp"[13].

- po drugie poprawienie **niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty**.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że **zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego**, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, **nie stanowi okoliczności unie-**

[11] Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 433/11.
[12] Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 71, poz. 1058).
[13] Wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09.

możliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp[14]. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że **poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą[15].

Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody" przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu. **Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty**[16].

Przykładem nieprawidłowości w ofercie, której poprawienie Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne, była omyłka w treści HRF (harmonogramu rzeczowo-finansowego) w zakresie wskazanych tam terminów. Izba przyznała rację odwołującemu, że pozostawianie niezmienionej treści HRF w zakresie terminów realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII oznaczałoby, iż zobowiązał się on do świadczenia niemożliwego, tj. do uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed uzyskaniem decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych oraz do wykonania kompletnej SIWZ przed sporządzeniem i dostarczeniem zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej. Izba wskazała na możliwość dokonania powyższych zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zwracając uwagę przede wszystkim na fakt, że poprawienie omyłek nie wpłynie na zakres świadczenia zaoferowanego przez odwołującego. Omyłkowo wskazane terminy realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII nie wykraczały poza termin wykonania zamówienia określony przez zamawiającego w SIWZ, jak i nie wykraczały poza terminy „cząstkowe", wskazane przez zamawiającego w HRF. Zdaniem składu orzekającego nie sposób uznać, że uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez odwołującego i poprawienie na ich podstawie zaistniałych w jego ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp prowadziłoby w istocie do złożenia nowego oświadczenia woli ze strony odwołującego i powodowałoby istotne zmiany w treści oferty. W ocenie Izby takie działanie prowadziłoby jedynie do usunięcia wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty.

---

[14] Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga 18/10,wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10.

[15] Zob. Uchwałę KIO z dnia 19 października 2010 r., sygn. akt KIO/KD 74/10.

[16] ak KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2343/12, KIO 2346/12 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11, wyrok KIO z dnia 29 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 294/0, wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt 1094/09.

W takim też zakresie możliwe jest poprzedzenie poprawienia omyłek w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wystosowaniem żądania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia znacznego rozbudowania przez zamawiającego HRF. Zamawiający wymagał bowiem wskazania aż 125 terminów realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych, przy czym w 18 przypadkach wskazał, że nie mogą one przekraczać terminu przez niego ściśle określonego. Należy przy tym podkreślić, że żadna z omyłek popełnionych przez odwołującego nie dotyczy terminów Etapów Kluczowych, w których zamawiający zakreślił maksymalną granicę zakończenia realizacji danego Etapu. Izba oceniając charakter omyłek miała na uwadze fakt, że dokonane zmiany nie wpływały w sposób istotny na treść oferty, a także że wskazywane przez odwołującego terminy mieściły się w terminie realizacji zamówienia wskazanym przez zamawiającego oraz w terminach Etapów Kluczowych, które zostały przez zamawiającego dookreślone we wzorze HRF. W ocenie Izby, poprawienie omyłek popełnionych przez odwołującego w treści oferty ma jedynie na celu usunięcie wewnętrznych sprzeczności oferty w sposób w jaki ustawodawca dopuszcza na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp[17].

Podobnie w wyroku z dnia 11 marca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający słusznie dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający nie podzielił zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego, że w ofercie Konsorcjum X wskazano „okres zgłaszania wad" – 1 rok, gdy wymagania siwz przewidywały 3-letni okres zgłaszania wad, co stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Konsorcjum X z treścią siwz. Izba zważyła, że **zamawiający wprowadził zmieniony okres zgłaszania wad w wyniku wyjaśnień treści siwz, przy czym nie dokonał w tym zakresie zmiany formularza oferty**. Jednocześnie w postępowaniu obowiązywał zakaz dokonywania przez wykonawców samodzielnie zmian w treści ww. formularza. Wobec powyższego należało, w ocenie Izby, uznać, że niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie była wynikiem sprzeczności postanowień zawartych w specyfikacji. W takim przypadku **wykonawca w żadnym razie nie mógł ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego**. Uwzględniając istotne znaczenie popełnionych przez siebie błędów, zamawiający zasadnie wyjaśnił ten element oferty i dokonał poprawy treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp[18].

W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że pomimo faktu, iż nie ma przeszkód prawnych, które generalnie wyłączałyby możliwość poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, to jednakże w przypadku zaistniałej w ofercie odwołującego niezgodności pomiędzy kwotą zaplanowaną w harmonogramie jako kwota do zapłaty, różniącą się od kwoty oferty o prawie 2 miliony złotych, czyli ponad 20% ceny oferty netto, zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki". Zgodnie z wymaganiami zamawiającego harmonogram finansowy nie mógł zawierać dowolnego podziału płatności, lecz miał odnosić się do wartości i rodzaju wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach, tym samym zamawiający musiałby na podstawie kosztorysu, harmonogramu rzeczowego, poprawianego harmonogramu finansowego, projektu, SWTiORB i innych dostępnych mu dokumentów, **dokonać analizy kolejności i kosztów planowanych przez odwołującego prac, a następnie sporządzić nowy harmonogram**, co stanowczo wykraczałoby, w ocenie Izby, poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp[19].

Z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykorzystywany jest bardzo często do **korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych**. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym **ilości lub wymiary dla**

---

[17] Wyrok KIO z dnia 12 marca 2014 r., sygn. akt KIO 348/14, KIO 367/14.

[18] Sygn. akt KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11.

[19] Sygn. akt KIO 839/11, podobnie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 166/13, KIO 167/13, KIO 169/13 za niedopuszczalną uznała Krajowa Izba Odwoławcza polegającą na korekcie ilości dni przedstawionych w formularzu ofertowym z 1000 na 3500. Skład orzekający wziął po uwagę, że przy uwzględnieniu prawidłowej wartości ceny jednego osobodnia, tj. 1250,00 zł zamawiający winien był poprawić łączną cenę za usługę rozwoju (cena jednego osobodnia x 3500 osobodni) z kwoty 1.250.000 zł na 4.375.000,00 zł.

poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego **(metr kwadratowy zamiast metr sześcienny)** nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. Izba uwzględniła fakt, że numer KNNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, iż właściwą jednostką dla tej pozycji był m^2. W ocenie składu orzekającego, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołany wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2" (zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 6 912 zł. W tym miejscu Izba zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż **jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną**. W konsekwencji Izba wskazała, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawienia omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby[20] spełnione zostały przesłanki poprawienia wskazanych omyłek, bowiem nie doszło do istotnej zmiany treści oferty.

Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach[21] uznał, iż odstępstwo w zakresie żądanych przedmiarem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m^3 ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza to, iż wskazana rozbieżność powodowała nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że **niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert**.

Również **brak przeredagowania standardowego opisu pozycji** KNNR5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do SIWZ Krajowa Izba Odwoławcza uznała za omyłkę, która może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co de facto przeprowadził zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych. W ocenie składu orzekającego brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, że co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty[22].

Za dopuszczalne uznała Krajowa Izba Odwoławcza także poprawienie nieznacznej ilości pozycji przedmiarowych **(odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu)**. Izba stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności **kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego X) i ok. 0,12 % ceny ofertowej brutto** (w przypadku odwołującego Y). Po drugie, **poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiekolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących**. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców, gdyż stanowi wynik przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe[23].

---

[20] Sygn. akt KIO 822/11.
[21] Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07.
[22] Wyrok z dnia 24 marca 2011r., sygn. akt KIO 554/11.
[23] Wyrok KIO z dnia 18 marca 2013r., sygn. akt 476/13, KIO 495/13.

Nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego **znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania** w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład Orzekający zwrócił uwagę, iż prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na **zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów**. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka" różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty. Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Zdaniem Izby sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można, zdaniem Izby, przyjąć też, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas kwota taka pozostawałby relatywnie uzależniona od wartości ofert składanych w danym postępowaniu[24].

Co do zasady nie podlega również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp **brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych** w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp[25]. **Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji**.

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 października 2011 r.[26] W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący w swojej ofercie, w kosztorysie ofertowym nie przedstawił wyceny montażu znaków wysokościowych na konstrukcji przepustu P-8. Wymóg złożenia w ofercie wypełnionych zbiorczych zestawień kosztów wraz z kosztorysami ofertowymi został jednoznacznie określony w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający zwrócił uwagę, że montaż znaków wysokościowych na przepustach jest czynnością kilkakrotnie występującą w przedmiocie zamówienia i za wyjątkiem wskazanego wyżej braku został przez odwołującego wyceniony na konstrukcji trzech innych przepustów z zastosowaniem jednakowej ceny jednostkowej wynoszącej 66,50 zł. W ocenie Izby biorąc powyższe pod uwagę, w pełni zachodziła podstawa do dokonania przez zamawiającego zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie wskazanego braku jako poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. **Zamawiający miał bowiem wystarczające przesłanki do tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie**. Fakt, iż wykonawca w drodze wyjaśnień udzielonych zamawiającemu wskazał na potrzebę poprawienia omyłki nie oznacza, że strony prowadziły niedopuszczalne, w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp, negocjacje dotyczące złożonej oferty[27].

---

[24] Wyrok z dnia 28 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1252/11.

[25] Zob. wyrok KIO z dnia 18 maja 2010r., sygn. akt KIO/UZP 780/10. Podobnie wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1252/11,KIO z dnia 30 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 1127/10.

[26] Sygn. akt KIO 2152/11 , zob. także wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r ., sygn. akt KIO 2288/10, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1532/10.

[27] j.w.

Konkludując, kwalifikator „istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić **do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty**. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia[28].

Zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny, o ile nie można jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Oceny charakteru nieprawidłowości jaką jest zastosowanie przy obliczeniu ceny błędnej stawiki podatku VAT dokonał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r.[29] W ocenie Sądu **określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp)**. W uzasadnieniu powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał – „(...) O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić **dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych regu**ł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, **jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT**, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...). W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny." Treść powyższej uchwały uwzględniana jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 3 marca 2014 r.[30] Izba uznała, że zamawiający wskazując w SIWZ stawkę podatku VAT, jaką należy zastosować dla spornych czynności, uprawniony był do poprawienia oferty bez uzyskiwania wyjaśnień odwołującego, co wynika z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podsumowując wskazać należy, iż zamawiający przy badaniu i ocenie ofert przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, w każdym indywidualnym przypadku powinien ustalić, czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że pojawienie się w ofertach omyłek, o których mowa w tym przepisie powoduje powstanie obowiązku zamawiającego w zakresie jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: „zamawiający poprawia", a sformułowanie to ma charakter kategoryczny. Zatem zarówno odrzucenie oferty z powodu omyłek, które powinny być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jak również zmiana treści oferty wykraczająca poza uprawnienia wynikające w powyższego przepisu, stanowi naruszenie ustawy Pzp.

Kryteria oceny ofert w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obwiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa

[28] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. , sygn. akt XII Ga 102/09.
[29] Sygn. akt III CZP 52/11.
[30] Sygn. akt KIO 277/14, zob. również wyrok KIO z 15 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 293/13.

Pzp", w zakresie kryteriów oceny ofert. Po pierwsze, zmienione zostało brzmienie przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dodanie do wymienionych w nim przykładowych kryteriów oceny ofert, kryteriów odnoszących się do aspektów społecznych i innowacyjnych, oraz rozszerzony został opis kryteriów środowiskowych. Po drugie, został dodany przepis art. 91 ust. 2a, który ma na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający jest obowiązany zastosować obok ceny jeszcze co najmniej jedno kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia.

Katalog kryteriów zawarty w znowelizowanym przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, analogicznie jak dotychczas, jest katalogiem otwartym, zaś kryteria w nim podane mają wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający nadal zachowuje swobodę w doborze kryteriów oceny ofert, których zastosowanie w okolicznościach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwi wybór optymalnej oferty pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Stosowane kryteria powinny mieć charakter obiektywny i niedyskryminacyjny, jak też spełniać inne warunki określone w ustawie (por. np. wynikający z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zakaz stosowania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy). Uwzględnienie w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp nowych kryteriów, stanowi jedynie uzupełnienie tego katalogu i ma na celu zachęcenie zamawiających do dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria społeczne, środowiskowe i innowacyjne.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 18 października 2014 r. kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert tylko w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie precyzuje pojęć „powszechnie dostępny" oraz „ustalone standardy jakościowe", niemniej jednak tożsame sformułowania normatywne funkcjonują już w ustawie Pzp na gruncie art. 70, kształtującego przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zapytanie o cenę. Kierując się zatem zasadami prawidłowej wykładni przepisów prawnych, należałoby przypisać obu sformułowaniom takie samo znaczenie, uwzględniając jednocześnie specyfikę obu instytucji.

Podkreślenia wymaga, że zakres przesłanek zastosowania trybu zapytania o cenę, odnosi się tylko do zamówień, których przedmiotem są usługi oraz dostawy. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp ma natomiast zastosowanie do wszystkich zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach, a zatem do zamówień na dostawy, usługi jak i na roboty budowlane. Uwzględniając jednak praktyczne aspekty zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często niezwykle trudne. Tym samym, przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane.

Zakres zastosowania trybu zapytanie o cenę, odnosi się tylko do zamówień, których przedmiotem są usługi lub dostawy, natomiast zakres zastosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp dotyczy wszystkich pozostałych trybów udzielania zamówień, w których zamawiający dokonuje wyboru jednej ze złożonych ofert, bez względu na przedmiot zamówienia, który może dotyczyć dostaw, usług lub robót budowlanych, z wyłączeniem licytacji elektronicznej. Zawarte w art. 91 ust. 2a zastrzeżenie odnoszące się do treści art. 76 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, iż tryb licytacji elektronicznej w oparciu o przepisu art. 74–81 ustawy Pzp może mieć zastosowanie w odniesieniu do każdego rodzaju zamówienia, nie zaś wyłącznie do zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych.

Zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów *ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.)* oraz zamawiający będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) dokonując wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryterium ceny

zobowiązani są do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób uwzględnili w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający udzielając zamówienia, którego przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, stosując wyłącznie kryterium ceny powinni przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić te elementy, które będą miały wpływ na koszty związane z eksploatacją oraz utylizacją przedmiotu zamówienia.

Powyższy obowiązek nie będzie miał jednak zastosowania w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zapytanie o cenę. Jak zostało wskazane powyżej, tryb zapytanie o cenę może być stosowany wyłącznie w odniesieniu do dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, a zatem w odniesieniu do zamówień, których charakter i specyfika uzasadniają, także w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zastosowanie jako jedynego kryterium wyłącznie kryterium ceny. Zatem, zgodne z przepisem art. 70 ustawy Pzp zastosowanie przez zamawiającego trybu zapytanie o cenę czyni bezprzedmiotowym wykonywanie czynności z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, która ma uzasadniać zastosowanie wyłącznie ceny jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ustawa nie precyzuje, w ilu procentach o wyborze danej oferty ma decydować cena, a w ilu pozostałe kryteria. Decyzję w tym zakresie, analogicznie jak w dotychczasowym stanie prawnym, podejmuje każdorazowo sam zamawiający, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz własnymi potrzebami. Cena może, a nawet powinna w dalszym ciągu stanowić podstawowe i najważniejsze kryterium udzielenia zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę zasadę efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zastosowanie obok ceny także innych kryteriów nie powinno bowiem prowadzić do sytuacji, w której instytucje publiczne wydają więcej niż to konieczne środków publicznych, których nie mają w nadmiarze, płacąc za te właściwości przedmiotu zamówienia, których nie potrzebują.

Reasumując, od dnia 19 października 2014 r., zamawiający może zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie w przypadku przedmiotów zamówienia powszechnie dostępnych na rynku i o ustalonych standardach jakościowych, chyba że udziela zamówienia w trybie licytacji elektronicznej. W pozostałych przypadkach, z wyłączeniem trybu zapytanie o cenę, oprócz kryterium cenowego, zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty zobowiązany jest wprowadzić także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przy czym doboru poszczególnych kryteriów, jak i przypisania im odpowiedniej wagi dokonuje zamawiający stosownie do okoliczności udzielania zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia.

Wspólne udzielanie zamówień art. 16 ustawy Pzp

Przepis art. 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", stwarza materialnoprawną podstawę dla wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez dwóch lub więcej zamawiających. Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzania postępowania i udzielania zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Możliwość skorzystania z dyspozycji art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, nie została ograniczona ze względu na rodzaj zamawiającego, co oznacza, że wszystkie podmioty zobowiązane do stosowania ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, mogą podjąć decyzję o wspólnym przeprowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia.

Ustawa Pzp nie wymaga spełnienia jakichkolwiek przesłanek dla podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia wspólnie, co oznacza, że zamawiający mogą skorzystać z dyspozycji art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w każdym przypadku, jeżeli uznają to za uzasadnione i na podstawie zawartego między sobą porozumienia przeprowadzić wspólnie postępowanie i udzielić wspólnie zamówienia. W tym celu zobowiązani są oni wyznaczyć spośród siebie zamawiającego, którego upoważnią do przeprowadzania postę-

powania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Powyższe nie oznacza jednak, że w wyniku upoważnienia jednego z zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, tracą oni status „zamawiających" w tym postępowaniu. Udzielenie upoważnienia w takiej sytuacji ma bowiem jedynie uzasadnienie organizacyjne i służy uzyskaniu formalnej podstawy do wykonywania przez jednego z zamawiających czynności związanych przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających.

Poza samym upoważnieniem jednego z zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia wskazane jest, by zamawiający w ramach umowy lub porozumienia szczegółowo uregulowali relacje pomiędzy sobą. Przy czym, należy zaznaczyć, że analogicznie, jak w przypadku upoważnienia, zawarcie w tych okolicznościach umowy lub porozumienia, nie oznacza, że tylko jedna ze stron takiej umowy lub porozumienia posiada status zamawiającego. Umowa, jak zostało już wskazane powyżej, służy jedynie określeniu charakteru wzajemnych stosunków pomiędzy zamawiającymi, którzy wyrażają wolę wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia. Mając bowiem na względzie fakt, że przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia łączy się z zaciągnięciem zobowiązań finansowych i zazwyczaj istnieje potrzeba kompensacji wydatków, zamawiający wspólnie udzielający zamówienia, powinni w ramach umowy lub porozumienia uregulować w sposób transparentny wszelkie kwestie związane ze swym udziałem w postępowaniu i udzieleniu zamówienia, w tym również rozliczenia finansowe pomiędzy stronami. Dodatkowo, zamawiający działający na podstawie art. 16 ustawy Pzp, powinni precyzyjnie określić w umowie lub porozumieniu wymagania dotyczące samego zamówienia, jak również mogą wskazać zasady, jakie będą obowiązywały w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (np. powołanie członków i sposób działania komisji przetargowej, kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, warunki udziału w postępowaniu, ewentualne wynagrodzenie dla podmiotu przeprowadzającego w imieniu pozostałych postępowanie itp.).

Udzielanie zamówień wielorodzajowych

Zasady, którymi zamawiający powinien kierować się przy kwalifikowaniu planowanego zamówienia do kategorii dostaw, robót budowlanych czy usług w sytuacji, gdy zamówienie ma charakter „mieszany" lub „wielorodzajowy", to znaczy w sytuacji, gdy składają się na nie różne rodzaje wymienionych świadczeń, zostały określone w szczególności w art. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp".

Ustawa Pzp definiuje dostawy jako nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) natomiast roboty budowlane jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dwolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiajacego (art. 2 pkt 8 ustawy Pzp). Jeżeli, ze względu na złożony charakter zamówienia, nie jest możliwe lub jest niecelowe rozdzielanie różnych rodzajów świadczeń celem udzielenia odrębnych zamówień (w tym zamówień w częściach), zamawiający może udzielić takiego wielorodzajowego zamówienia, o ile nie godzi to w zachowanie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Ogólna zasada dotycząca tzw. zamówień wielorodzajowych jest wyrażona art. 6 ust. 1 ustawy Pzp i znajduje zastosowanie zawsze wówczas, gdy zamówienie składa się z niejednorodnych rodzajowo zamówień polegających na połączeniu dostaw z usługami lub robót budowlanych z usługami, i gdy nie zachodzi żadna z sytuacji szczególnych opisanych art. 6 w ust. 2, 3 lub 4 ustawy Pzp.

Tak więc, co do zasady, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy wraz z usługami albo roboty budowlane wraz z usługami do udzielania zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przed-

miotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Natomiast, w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dostawą i równocześnie instalacją (rozmieszczeniem) dostarczonej rzeczy (dobra) lub też z robotą budowlaną i dostawą niezbędną do jej wykonania, bądź też usługą i robotą budowlaną niezbędną do jej wykonania, istotne jest ustalenie przede wszystkim celu zamówienia, i określenie czy ze względu na ten cel dany rodzaj zamówienia ma charakter główny a inne poboczny, a w konsekwencji, czy dane zamówienie jest w związku z tym, odpowiednio, dostawą, usługą czy robotą budowlaną (por. art. 6 ust. 2, 3 i 4 ustawy Pzp).

W sytuacji określonej art. 6 ust. 2 ustawy Pzp podstawowym świadczeniem jest dostawa, natomiast inne zamówienia, które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia, czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowią zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia. Naturalną konsekwencją uznania jako zamówienia podstawowego dostawy będzie największy udział wartościowy tego zamówienia w zamówieniu mieszanym.

Ustawa Pzp nie odnosi się zatem w sposób szczególny do sytuacji, w której przedmiot zamówienia obejmuje zarówno roboty budowlane jak i dostawy, gdzie zarówno robotom budowlanym jak i dostawom można by przypisać cechy głównego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w takim przypadku powinien dążyć do rozdzielenia poszczególnych rodzajów zamówień, poprzez ich udzielanie w częściach, a jeżeli zamówienia te są ze sobą funkcjonalnie powiązane i nie jest możliwe rozdzielenie ich wykonania pomiędzy różnych wykonawców, na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania przyczyn, dla których podział zamówienia stał się niemożliwy.

Warto zwrócić uwagę, iż w Przewodniku do wspólnotowych zasad w zamówieniach na dostawy, wydanym przez Komisję Europejską dla interpretacji dyrektywy 93/36/EEC, ale aktualnym dla omawianego wyżej zagadnienia, wskazano, iż zamawiający w pierwszej kolejności powinien rozważyć, czy możliwe jest rozdzielenie dostaw i robót budowlanych na dwa odrębne postępowania, bez szkody dla tych zamówień, tak by zachować reżim prawny właściwy dla danego rodzaju zamówienia. Jeżeli natomiast istnieją względy przemawiające za potrzebą połączenia dostaw i robót budowlanych w jednym zamówieniu, dla określenia, czy mamy do czynienia z zamówieniem na dostawy, gdyż roboty budowlane mają charakter dodatkowy, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę, czy celem zamówienia jest dostarczenie dobra ruchomego, tzn. takiego które bez szkody dla jego funkcjonowania można przemieszczać w inne miejsca, czy też celem zamówienia jest wejście w posiadanie przez zamawiającego nieruchomości. W tym drugim przypadku wyłączone jest kwalifikowanie zamówienia jako dostawy, a towarzyszących jej robót budowlanych jako zamówienia dodatkowego.

Definicja kierownika zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami ustawy o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych oraz ustawy o służbie cywilnej

W art. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarta została definicja kierownika zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem przez kierownika zamawiającego należy rozumieć osobę lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego.

Zgodnie z poglądami doktryny definicja kierownika zamawiającego jednoznacznie odsyła do przepisów określających status i regulujących organizację danego zamawiającego, przy czym pod uwagę będą brane nie tylko przepisy ustaw i rozporządzeń, ale także aktów wewnętrznych, a w przypadku podmiotów prawa prywatnego – również umów. Kierownikiem zamawiającego – w zależności od przepisów ustrojowych dotyczących danego podmiotu (zamawiającego) – jest osoba fizyczna (np. kierownik urzędu) lub organ kolegialny (np. zarząd, rada).

Wątpliwości może budzić przede wszystkim rozgraniczenie kompetencji w urzędach, w których, na mocy ustawy z dnia 24 sierpnia 2006 r. o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych (Dz. U. Nr 170, poz. 1217 z późn. zm.) utworzono stanowisko dyrektora generalnego. Zgodnie z art. 21 ust. 4 pkt 1 lit. d) ustawy o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych, dyrektor generalny odpowiada za gospodarowanie mieniem urzędu, w tym zlecanie usług i dokonywanie zakupów dla urzędu oraz zapewnianie prowadzenia ewidencji majątku urzędu. Potwierdza to art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa, zgodnie z którym: „Kierownicy urzędów państwowych, w rozumieniu przepisów o pracownikach urzędów państwowych, w szczególności dyrektorzy generalni urzędów, reprezentują Skarb Państwa w odniesieniu do powierzonego im mienia i w zakresie zadań ich urzędów, określonych w odrębnych przepisach". Wzajemna relacja pomiędzy przytoczonymi przepisami prowadzi do konstatacji, że dyrektor generalny będzie kierownikiem zamawiającego dla zamówień związanych z działalnością urzędu, a minister dla zamówień związanych z mieniem powierzonym mu w celu realizacji jego zadań[1].

Należy zauważyć, iż ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (Dz. U. Nr. 227, poz. 1505), z pewnymi wyjątkami wymienionymi w art. 216, wchodzi w życie po upływie 3 miesięcy od dnia jej ogłoszenia, w tym też dniu traci moc ustawa o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych. Jednakże treść art. 21 ust. 4 pkt 1 lit. d) tej ustawy, znajdzie swoje odzwierciedlenie w art. 25 ust. 4 pkt 1 lit. e) ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej.

Wydaje się, że wprowadzenie przepisu art. 25 ust. 4 pkt 1 lit. f) do ustawy o służbie cywilnej, zgodnie z którym dyrektor generalny urzędu zapewnia funkcjonowanie i ciągłość pracy urzędu, warunki jego działania, a także organizację pracy, w szczególności poprzez wykonywanie kompetencji kierownika zamawiającego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdza jedynie dotychczasowe kompetencje dyrektora generalnego w tym zakresie. Ww. przepis odsyła przede wszystkim do definicji kierownika zamawiającego zawartej w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz do przepisów regulujących czynności do wykonywania których zobowiązany lub uprawniony jest kierownik zamawiającego. Tym samym przyjąć należy, iż dla oceny w jakich postępowaniach dyrektor generalny jest uprawniony do wykonywania zadań kierownika zamawiającego konieczne jest w konkretnym przypadku dokonanie analizy odpowiednich przepisów ustrojowych regulujących organizację danego podmiotu będącego zamawiającym, przy czym nie można ograniczyć się jedynie do prawa powszechnie obowiązującego, ale trzeba wziąć pod uwagę także zapisy statutu czy umowy. Dokonywanie takiej analizy powinno mieć miejsce po uprzednim zdefiniowaniu, w zakresie kompetencji którego z organów zamawiającego leży dane zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, należy przyjąć, iż treść art. 25 ust. 4 pkt 1 lit. f) oraz lit. e) ustawy o służbie cywilnej nie pozbawia dyrektora generalnego urzędu możliwości wykonywania kompetencji kierownika zamawiającego również w przypadkach nie wskazanych w tych przepisach. Dyrektor generalny nadal będzie mógł pełnić funkcje kierownika zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których zakres przedmiotowy będzie mieścił się w zakresie zadań należących do kompetencji innych podmiotów np. ministra – o ile takie funkcje zostaną mu zlecone lub przyznane na podstawie przepisów prawa, w tym przepisów wewnętrznych obowiązujących w danym urzędzie (np. ustaw, rozporządzeń, zarządzeń, statutów, regulaminów, itp.). Tym samym, wydaje się, iż przepis art. 25 ust. 4 pkt 1 lit. f) ustawy o służbie cywilnej nie wprowadził żadnych zmian w odniesieniu do uprawnień podmiotów wykonujących funkcje kierownika zamawiającego w postępowaniach wszczętych i nie zakończonych do dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy o służbie cywilnej. Powyższe stanowisko zdaje się również potwierdzać brak przepisów przejściowych w nowelizacji ustawy o służbie cywilnej w omawianym zakresie.

[1] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak. Komentarz do art.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

Składanie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej – „ustawą Pzp", osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 tej ustawy. Ponieważ w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp mowa jest o osobach wykonujących czynności „w postępowaniu o udzielenie zamówienia", znajduje on zastosowanie do postępowania już wszczętego. Nie stosuje się go natomiast na etapie czynności przygotowawczych, poprzedzających wszczęcie postępowania.

Na marginesie można jedynie wskazać, iż na tym etapie zastosowanie znajduje przepis art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do zapewnienia udziału w czynnościach przygotowawczych osób gwarantujących bezstronność i obiektywizm. Nie można bowiem wykluczyć, iż już wówczas ujawnią się okoliczności, które będą uzasadniać niepowierzenie czynności związanych z przygotowaniem postępowania, określonej osobie. Nie zmienia to jednak ustalenia, iż osoby dokonujące czynności przygotowawczych nie są zobowiązane do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Istotny dla celów stosowania art. 17 ust. 2 ustawy Pzp jest moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który następuje z chwilą uzewnętrznienia woli zamawiającego o zamówieniu, co z reguły będzie następować z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu (zob. art. 40 ust. 1, art. 48 ust. 1, art. 56 ust. 1, art. 60c ust. 1, art. 63 ust. 1, art. 68 ust. 1, art. 71 ust. 1, art. 75 ust. 1 ustawy Pzp). Wyłączenie z postępowania w związku ze złożeniem oświadczenia na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy bowiem osób dokonujących czynności składających się na procedurę udzielenia zamówienia publicznego, a więc czynności istotnych z punktu widzenia samej procedury, które mają wpływ na jej przebieg. Za „czynności w postępowaniu" należy zatem uznać takie czynności, jak: wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty, czy też wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania. Art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie będzie zatem dotyczył osób, które dokonują czynności o charakterze pomocniczym, czy też techniczno-organizacyjnym, które wprost nie wywierają wpływu na przebieg samej procedury zamówienia publicznego np. pracowników sekretariatu odbierających korespondencję czy pracowników zamieszczających informacje na temat postępowania na stronie internetowej zamawiającego.

Ustawa Pzp w art. 17 ust. 2 ustanawiając obowiązek złożenia przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania, nie określa wprost terminu, w którym oświadczenie to powinno być złożone. Analiza przesłanek wyłączenia z postępowania określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustalenie istnienia, bądź nie istnienia tych przesłanek, możliwe jest co do zasady dopiero w momencie, gdy ujawnione zostaną wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu (wykonawcy). Przemawia za tym fakt, iż przesłanki te odnoszą się do istnienia określonych relacji (rodzinnych, prawnych, faktycznych) pomiędzy osobą dokonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego a wykonawcą. Wyjątek stanowi jedynie przesłanka określona w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, której istnienie może być ustalone już w momencie wszczęcia postępowania (karalność za przestępstwa wskazane w tym przepisie). Zatem, z samej istoty przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp wnika, iż oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania może być złożone dopiero po zidentyfikowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z reguły następować to będzie z chwilą otwarcia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przy czym, brak jest przesłanek – tak prawnych, jak i faktycznych – które wskazywałyby, iż oświadczenie w zakresie podstawy wyłączenia określonej w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi być składane wcześniej, przed oświadczeniem w zakresie przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp. W konsekwencji zasadne jest przyjęcie stanowiska, że złożenie oświadczenia co do każdej z przesłanek wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić jednocześnie.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż oświadczenie o braku lub odpowiednio o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, powinno być składane co do zasady po otwarciu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przed dokonaniem dalszych czynności w postępowaniu.

Powyższe stwierdzenie nie wyklucza jednak złożenia oświadczenia o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania w terminie wcześniejszym, tj. przed otwarciem ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminie późniejszym, przed zawarciem umowy. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia brak stanowczego określenia w przepisach ustawy Pzp terminu złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz wykładnia przepisu art. 17 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 17 ust. 3 ustawy Pzp wiąże bowiem skutek prawny w postaci obowiązku powtórzenia czynności postępowania nie z faktem niezłożenia oświadczenia o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania, lecz z faktem, iż czynności te zostały dokonane przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o istnieniu podstaw wyłączenia. Oznacza to, że uprzednie złożenie oświadczenia o braku okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania nie uprawnia do wykonywania czynności w postępowaniu, jeżeli w stosunku do osoby wykonującej te czynności w trakcie ich wykonywania ujawniły się okoliczności z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Kolejne oświadczenie, tym razem o istnieniu takich okoliczności powinno być złożone niezwłocznie i poprzedzać wyłączenie się tej osoby z udziału w postępowaniu w dowolnym jego momencie. A zatem, oświadczenie takie będzie składane następczo, po ujawnieniu okoliczności z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp bez względu na etap na jakim znajduje się procedura.

Okoliczności stanowiące podstawę wyłączenia z postępowania mogą zatem ujawnić się w terminie wcześniejszym lub późniejszym, niż otwarcie ofert lub odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. uprawomocnienie się wyroku skazującego za przestępstwa określone w art. 17 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powstanie stosunku prawnego lub faktycznego wskazanego w art. 17 ust. 1 pkt 4). W przypadku, gdy wiadomość o istnieniu podstaw do wyłączenia się z postępowania zostanie powzięta w toku postępowania, osoba, której to dotyczy, winna powstrzymać się od dalszych czynności w postępowaniu i niezwłocznie złożyć oświadczenie o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia się z postępowania, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji winno spowodować wyłączenie tej osoby z dalszego udziału w postępowaniu.

Powierzanie innym osobom wykonywania w ramach przeprowadzanego postępowania zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego czynności – składanie oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

I. Stosownie do treści art. 15 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Zamawiający, zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy Pzp, może jednak powierzyć przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Podmioty te działają jako pełnomocnicy zamawiającego, co oznacza, iż dokonywane przez nich w granicach umocowania czynności pociągają za sobą skutki bezpośrednio dla zamawiającego.

Cytowany artykuł przewiduje możliwość delegacji całości uprawnień zamawiającego związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania. Ograniczenia w powyższym zakresie nie wprowadza art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie w ramach przeprowadzanego postępowania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego. Przepis ten w sposób szczególny przewiduje jedynie możliwość pisemnego powierzenia pracownikom zamawiającego wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego. Nie zakazuje on natomiast powierzania tych czynności osobom, nie będącym pracownikami zamawiającego w sytuacji, gdy zgodnie z uprawnieniem wyrażonym w art. 15 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający powierza przygotowanie albo przygotowanie i przeprowadzenie postępo-

wania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. W konsekwencji, osoby te (osoby, którym kierownik zamawiającego powierzył wykonywanie w ramach przeprowadzanego postępowania zastrzeżonych dla niego czynności), obowiązane są do złożenia oświadczenia odpowiadającego treści art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Obowiązek złożenia oświadczenia o braku istnienia okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez kierownika zamawiającego, w sytuacji powierzenia przez niego innej osobie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności, uzależnione jest od zakresu powierzanych czynności. Kierownik zamawiającego nie będzie obowiązany do złożenia oświadczenia wynikającego z treści art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, gdy powierzenie dotyczy wszystkich czynności związanych z przygotowaniem i udzieleniem zamówienia publicznego. W konsekwencji, gdy innej osobie zostały powierzone tylko niektóre zastrzeżone dla kierownika czynności, kierownik zamawiającego stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp obowiązany jest złożyć oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Powierzenie innej osobie wykonywania zastrzeżonych dla kierownika czynności ze względu na brak faktycznie podejmowanych czynności w postępowaniu wywołuje podobne skutki co wyłącznie się z postępowania. Stąd też, kierownik zamawiającego nie będzie zobligowany w takim przypadku do składania oświadczenia. Nie wyłącza to oczywiście odpowiedzialności kierownika zamawiającego za postępowanie o zamówienie publiczne.

II. Należy wskazać, iż przepis art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego. Do takich osób należy zaliczyć również osoby trzecie, którym zamawiający powierzył przeprowadzenie postępowania na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii Urzędu, do osób obowiązanych do złożenia oświadczenia z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp należy zaliczyć wszystkie osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na wynik tego postępowania. W konsekwencji, zamawiający powinien zażądać złożenia przedmiotowych oświadczeń od tych osób. W wypadku, gdy treść jednego z oświadczeń wskaże na istnienie okoliczności przewidzianych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, osoba taka podlega wyłączeniu z postępowania. Zamawiający wówczas, zgodnie z dyspozycją art. 17 ust. 3 ustawy Pzp, obowiązany jest powtórzyć dokonane przez taką osobę czynności w postępowaniu (z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych nie wpływających na wynik postępowania), o ile oczywiście osoba podlegająca wyłączeniu w chwili dokonywania czynności wiedziała tych okolicznościach.

Stosowanie art. 17 ustawy w przypadku uczestnictwa w postępowaniu radcy prawnego jako byłego pracownika zamawiającego

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 17 ust. 1 normuje okoliczności wyłączające udział osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis ten ma na celu zapewnienie bezstronności osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego zapewniając obligatoryjne wyłączenie osób, których bezstronność z uwagi na wskazane okoliczności mogłaby budzić wątpliwość. Osoby, których dotyczy chociaż jedna z wymienionych w art. 17 ust. 1 okoliczności, nie mogą występować w imieniu zamawiającego ani wykonywać jakichkolwiek czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Osoby występujące po stronie zamawiającego, jeżeli wykonywały w postępowaniu czynności, a są związane w sposób określony w art. 17 ust. 1 z wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, muszą zostać wyłączone z postępowania. Włączenie ma charakter obligatoryjny i powinno nastąpić z chwilą ujawnienia informacji o związku takiej osoby z oferentem.

Problem dotyczy oceny, czy członkowie komisji przetargowej oraz kierownik zamawiającego podlegają wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczy były pracownik zamawiającego – radca prawny prowadzący kancelarię prawną.

Ustosunkowując się do przedstawionego zagadnienia należy przede wszystkim zwrócić uwagę na dwa aspekty tego problemu związane z formą prowadzonej przez wykonawcę działalności.

Stosownie do treści art. 8 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65, z późn. zm.) radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej lub komandytowo-akcyjnej. Powyższe wskazuje, że radca prawny może świadczyć pomoc prawną będąc wspólnikiem osobowej spółki handlowej bądź na podstawie umowy o pracę, umowy cywilnoprawnej, prowadząc działalność gospodarczą w postaci kancelarii radcy prawnego lub jako wspólnik spółki cywilnej. Rozróżnienie form wykonywania zawodu ma istotne znaczenie, gdyż wskazuje na istnienie bądź brak tożsamości wykonawcy z osobą, która pozostawała w stosunku pracy z zamawiającym.

Osobowe spółki prawa handlowego mają zdolność prawną, a więc są odrębnymi podmiotami prawa. Posiadanie podmiotowości prawnej umożliwia im samodzielne funkcjonowanie w obrocie prawnym, w tym również występowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze wykonawcy. Jeżeli zatem radca prawny – wspólnik spółki handlowej, związany uprzednio z zamawiającym umową o pracę, składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to czyni to w imieniu i na rzecz spółki jako samodzielnego podmiotu prawa. Wobec powyższego były pracownik zamawiającego, a obecnie wspólnik spółki handlowej, nie posiada atrybutu wykonawcy w rozumieniu Prawa zamówień publicznych. Co za tym idzie, w opisanym przypadku, nie będzie miał zastosowania art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy, który nakazuje wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu, którzy przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą.

Odmiennie kształtuje się jednak sytuacja, gdy radca prawny wykonuje zawód na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego lub w spółce cywilnej. Wówczas radca sam występuje w obrocie prawnym jako podmiot – osoba fizyczna prowadząca (lub nie) działalność gospodarczą. Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego składa ofertę we własnym imieniu i na swoją rzecz, występuje zatem jako wykonawca. Na tym tle należałoby więc rozważyć możliwość zastosowania art. 17 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 3 wyłączeniu z udziału w postępowaniu podlegają wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Mając zatem na uwadze treść cytowanego przepisu należy wskazać, że dotyczy on:

- okoliczności występujących po stronie osób wykonujących czynności w postępowaniu, a nie po stronie wykonawcy;

- poszczególnych osób, a nie zamawiającego jako jednostki organizacyjnej.

Należy mieć także na uwadze cel ustanowienia takiej normy – tzn. zapewnienie bezstronności osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego. Wykładnia celowościowa cyt. przepisu wskazuje raczej na zamiar wyeliminowania z postępowania określonych osób ze względu na szczególnego rodzaju więź łączącą te właśnie osoby z wykonawcą. Można zatem uznać, że ustawodawca położył nacisk na osobisty, a nie instytucjonalny, charakter stosunku wykonawcy z osobą wykonującą czynności w postępowaniu. Wydaje się potwierdzać tę tezę użycie w cyt. normie wyrażenia „pozostawały w stosunku pracy" sugerujący interpersonalną naturę opisanego związku.

Powyższe oznacza, że okoliczność mogąca powodować powstanie wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu musi dotyczyć szczególnego stosunku prawnego łączącego wykonawcę z konkretną osobą występującą w postępowaniu po stronie zamawiającego.

Przedstawiony problem może natomiast dotyczyć kierownika zamawiającego, który jako osoba uprawniona do reprezentacji zamawiającego zawierał z wykonawcą umowę o pracę. Szczególnie istotna z punktu widzenia celu ustanowienia rozważanego przepisu jest okoliczność, że pomiędzy kierownikiem zamawiającego, a byłym pracownikiem zachodziła bezpośrednia zależność służbowa. Istnienie takiego stosunku może budzić wątpliwości co do bezstronności kierownika w ocenie wykonawcy. Zasadnym jest więc w takich okolicznościach wyłączenie kierownika na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Ewentualną podstawą do wyłączenia, w opisanej sytuacji, pracowników zamawiającego mógłby być natomiast art. 17 ust. 1 pkt 4, który stanowi iż wyłączeniu podlegają osoby wykonujące czynności w postępowaniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób. Ocena, czy w konkretnym przypadku zachodzą okoliczności określone w powyższym przepisie, należy każdorazowo do zamawiającego.

Należy także zwrócić uwagę na konsekwencje podejmowania przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu w warunkach zaistnienia na pewnym jego etapie obowiązku wyłączenia się od udziału w postępowaniu. W tym przedmiocie wskazać należy na treść art. 17 ust. 3 ustawy, z którego wynika, iż powtórzeniu podlegają czynności podjęte w postępowaniu przez osobę podlegającą wyłączeniu. Obowiązek powtórzenia nie dotyczy jednak wszystkich czynności. Powtórzenia nie wymagają czynności podjęte przed powzięciem przez daną osobę wiadomości o zaistnieniu okoliczności skutkujących wyłączeniem, a także otwarcie ofert oraz inne czynności faktyczne, jeżeli ich wykonanie przez osobę lub z udziałem osoby podlegającej wyłączeniu nie wpłynęło na wynik postępowania.

W odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości udzielenia przez kierownika zmawiającego pełnomocnictwa obejmującego przygotowanie postępowania, jego przeprowadzenie, wybór najkorzystniejszej oferty i podpisanie umowy wskazać należy na art. 18 ust. 2 zdanie 2 Prawa zamówień publicznych. Na tej podstawie kierownik zamawiającego może powierzyć pracownikom zamawiającego wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w rozdziale 1 działu II ustawy. Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 17 dotyczy tylko osób występujących po stronie zamawiającego. Nie można więc wynikających z niego konsekwencji przenosić na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Stosowanie art. 6a ustawy Pzp

I. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", przewiduje możliwość udzielania zamówień w częściach w sytuacji, gdy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres, a decyduje się udzielać zamówienia sukcesywnie np. z przyczyn gospodarczych bądź organizacyjnych. Sposób ustalenia wartości takiego zamówienia reguluje treść art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Jeżeli zatem tak obliczona wartość zamówienia przekroczy kwotę, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający będzie zobowiązany stosować określone przepisy ustawy Pzp do poszczególnych części zamówienia, nawet w przypadku gdy ich jednostkowa wartość nie przekracza kwoty wymienionej powyżej.

II. Stosownie do treści art. 6a ustawy Pzp w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia. Przepis ten wprowadza do krajowego porządku prawnego regulacje przewidziane dyrektywami Unii Europejskiej – art. 9 ust. 5 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji proce-

dur udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. U. UE z 30. 04. 2004 r. L 134/114) oraz art. 17 ust. 6 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z 30. 04. 2004 r. L 134/1). Stanowi on dla zamawiających szczególnie korzystne rozwiązanie w przypadku udzielania zamówień na części o stosunkowo niewielkiej wartości. Zamawiający w takim przypadku nie jest zobowiązany stosować się do reżimu, w jakim udzielane jest całe zamówienie.

Pamiętać należy, iż zastosowanie „łagodniejszych" przepisów Pzp do poszczególnych części zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek, tak więc nawet jeżeli kilka zsumowanych części nie przekracza 20% wartości zamówienia oraz w przypadku dostaw i usług poszczególne części nie przekraczają wyrażonej w złotych równowartości kwoty 80 000 euro, a w przypadku robót budowlanych równowartości kwoty 1 000 000 euro, zamawiający nie musi stosować art. 6a i dla każdej z części, która spełnia powyżej wskazane wymagania może przeprowadzić postępowanie zgodnie z regulacją ustawową przewidzianą dla wartości zamówienia (całkowitej sumy wszystkich części).

III. Zaznaczyć należy, iż art. 6a pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.

W przypadku, gdy wartość części zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielnie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstąpieniem od stosowania ustawy Pzp, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne ustawy, a w szczególności art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp. Nie jest zatem zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który bez uzasadnionej przyczyny zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zasady szacowania wartości zamówienia na zakup produktów spożywczych

Określenie zasady, która pozwalałby zamawiającemu ustalić, kiedy będzie miał do czynienia z jednym zamówieniem, a kiedy z zamówieniami odrębnymi, jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przez zamawiającego czynności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości. Powyższe ma zasadnicze znaczenie również dla ustalenia ewentualnego wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia nie będzie przekraczać wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Zamawiający, podejmując decyzję o nabyciu określonych dostaw w jednym postępowaniu bądź też przeprowadzeniu w tym celu odrębnych procedur powinien kierować się następującymi przesłankami:

Co do zasady, zamawiający w jednym postępowaniu powinien nabywać określonego rodzaju dobra, jeśli zachodzi możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę (element podmiotowy) i gdy posiadają one podobne przeznaczenie lub funkcję, tzw. zamówienia tego samego rodzaju (element przedmiotowy). Ponadto, aby określonego rodzaju zakup możliwy był po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku tj. by nabywanie funkcjonalnie powiązanych ze sobą zamówień łączyło się z możliwością zaplanowania i określeniem zakresu całego

zamówienia w kontekście określonej perspektywy czasowej (np. jednego roku budżetowego). Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, co do zasady, powinny być traktowane jako zamówienia odrębne. Tym samym, zamawiający w ramach jednego postępowania powinien łączyć zamówienia obejmujące dostawy, które posiadają podobne przeznaczenie i zachodzi możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. W stosunku do nich powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia i oszacować ich wartość.

Odnosząc powyższe do zakupu artykułów spożywczych, podstawowym kryterium decydującym o tym czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi, będzie dostępność produktów u jednego dostawcy. Powyższej oceny zamawiający powinien dokonywać z uwzględnieniem podziału jaki w sposób naturalny istnieje na rynku artykułów spożywczych, tzn. co do zasady odrębne podmioty dostarczają pieczywo, warzywa i owoce, mięso i wędliny, nabiał, itp. Jeżeli wartość odrębnego zamówienia nie przekracza kwoty 30000 euro, do jego udzielenia przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania, ze względu na wyłączenie przewidziane w art. 4 pkt 8 tejże ustawy.

Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie

*Sygnalizowane przez instytucje naukowe i środowiska akademickie problemy związane ze stosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (*Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm., *dalej zwanej „ustawą Pzp"), dotyczą zasadniczo dwóch grup zagadnień: związanych z korzystaniem z wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, a także zagadnień związanych z szacowaniem wartości zamówienia, w tym z dzieleniem zamówienia na części. W szczególności, ta druga grupa zagadnień jest przedmiotem licznych zapytań kierowanych do Prezesa Urzędu w związku z organizacją udzielania zamówień przez instytucje naukowe i środowiska akademickie, które, jak wynika z przekazywanych informacji, preferują zbiorcze udzielanie zamówień dla wszystkich jednostek organizacyjnych pozostających w strukturach uczelni i instytutów z nimi powiązanych, bez względu na istnienie wyodrębnienia organizacyjnego i finansowego takich jednostek. Przyjęte wewnętrzne zasady udzielania zamówień, w tym skomplikowanie struktury procesu udzielania zamówienia; od opisu zapotrzebowania po ostateczne zawarcie umowy, stają się często przyczyną niewydolności tego systemu i braku korzystania z możliwości, które stwarza w tym względzie ustawa Pzp przy udzielaniu poszczególnych rodzajów zamówień.*

I. Stosownie do postanowień art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są *usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.* Interpretacja art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, z uwagi na to, że dotyczy materii uregulowanej w przepisach prawa unijnego, musi uwzględniać postanowienia art. 16f dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym dyrektywy nie stosuje się do zamówień *dotyczących usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.* Z racji tego, iż *wyłączenia przedmiotowe* przy udzielaniu zamówień publicznych uregulowane są w przepisach prawa Unii Europejskiej (a ich wyliczenie jest taksatywne), ich interpretacja nie może być rozszerzająca i powinna odpowiadać ściśle wyróżnionym w przepisach prawa przypadkom. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp, dotyczące zamawiania usług badawczo-rozwojowych, odnosi się do dwóch przypadków, w których:

a) zamawiający nie opłaca samodzielnie zamówienia w całości, lub

b) rezultat zamówienia, nie będzie wyłączną własnością zamawiającego.

Dla uznania, iż norma art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest spełniona, wystarczy, że wystąpi przynajmniej jeden z dwóch wymienionych wyżej przypadków. Zamawiający nie będzie więc stosował ustawy, gdy

zamawiane przez niego usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych będą opłacane również przez podmiot trzeci. Przez usługi nie opłacane w całości przez zamawiającego, należy rozumieć te, za które wynagrodzenie jest uiszczane przy udziale podmiotu trzeciego. Bez znaczenia dla takiej kwalifikacji pozostaje źródło pochodzenia środków pozostających w dyspozycji zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia.

Zastosowanie wyłączenia usług badawczo-rozwojowych spod reżimu ustawy, na podstawie w art. 4 pkt 3 lit. e, wymaga właściwego rozumienia, użytego w tym przepisie pojęcia własności rezultatów zrealizowanych usług. Rezultaty zlecanych badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczonych usług badawczych muszą bowiem stanowić w okolicznościach zastosowania tego przepisu niewyłączną własność zamawiającego, w tym kontekście że nie będą służyć do wyłącznego użytku czy korzyści zamawiającego. Celem regulacji jest bowiem wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych, zamówień których przedmiotem są usługi badawczo-rozwojowe mające nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Zamawianie usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, nie będzie powodowało obowiązku stosowania ustawy Pzp, gdy wyniki tych badań lub prac zostaną opublikowane oraz udostępnione do wykorzystania wszystkim zainteresowanym, bez względu na okoliczności wypłacania całego wynagrodzenia z tytułu realizacji tych usług z budżetu zamawiającego.

II. Zgodnie z art. 4 pkt. 4 ustawy Pzp, z zakresu zamówień publicznych wyłączone są zamówienia, których przedmiotem są umowy z zakresu prawa pracy. W celu rozstrzygnięcia, co jest umową z zakresu prawa pracy należy posłużyć się przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (dalej „K.p."), która w art. 9 definiuje pojęcie prawa pracy. Do zamówień, których przedmiotem są zobowiązania wzajemne stron, których podstawa prawna wynika z art. 9 K. p. nie stosuje się ustawy Pzp. Do zakresu prawa pracy, nie zalicza się jednak umów cywilnoprawnych, nie noszących cech stosunku pracy. Tym samym nie wypełnienia przesłanki wyłączenia z art. 4 pkt. 4 ustawy Pzp, sytuacja w której pracownik uczelni wyższej otrzymuje zlecenie wykonania czynności czy prac na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie wykazującej cech stosunku pracy.

Powyższa interpretacja nie przesądza jednak o możliwości zastosowania przez zamawiającego uproszczonej procedury wyboru wykonawcy, która wynika z innych przepisów ustawy Pzp, określających podstawy zastosowania m. in. trybów niekonkurencyjnych.

III. Przepisy art. 32 ustawy Pzp ustalające zasady dotyczące szacowania wartości zamówienia publicznego, stanowią kluczową regulację służącą prawidłowemu stosowaniu przez zamawiających przepisów z zakresu zamówień publicznych. W oparciu o przepisy ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Zamawiający może więc z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych podzielić zamówienie (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzić kilka odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrzonej). Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące części o wartości poniżej 30 000 euro będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który zamierza skorzystać z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie wyrażonej w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

Określony w art. 6a ustawy Pzp maksymalny próg, dopuszczający udzielanie zamówień w częściach w uproszczony sposób, odnoszący się do 20% wartości przedmiotu zamówienia, dotyczy planowanego przez zamawiającego zamówienia. Jeśli zamówienie ma być udzielone na czas oznaczony nie dłuższy niż 12 miesięcy, zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit a w zw. z art. 6a ustawy Pzp, próg 20% będzie dotyczył wartości zamówienia ustalonej z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia.

Jeśli zamówienie ma obejmować okres dłuższy niż 12 miesięcy, próg ten będzie również ustalony z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia, z wyjątkami wynikającymi z zamówień których przedmiotem są umowy dzierżawy, najmu lub leasingu.

W przypadku planowania określonych wydatków, o tym czy mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami przesądza posłużenie się przez zamawiającego przynajmniej trzema kryteriami: przedmiotem, czasem zamówienia oraz możliwością wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wymienionych kryteriów, pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Czas zamówienia, jako jeden z tych elementów, umożliwia ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze, udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 5 października 2000 r., C-16/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, LEX nr 83004*, czas zamówienia oceniamy na chwilę wszczęcia procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego. Jeśli więc na chwilę wszczynania procedury, jest możliwe ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, możliwego do wykonania przez jeden podmiot, co do zasady możemy mówić o jednym zamówieniu.

Szacowanie wartości zamówienia

I. Podstawowym elementem prawidłowego i efektywnego stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm. jest właściwe planowanie przez zamawiających zamówień i szacowanie ich wartości. Jest to szczególnie istotne w kontekście do przewidzianego w art. 32 ust. 2 Pzp zakazu dzielenia zamówienia publicznego lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przesądzenie czy w przypadku określonego rodzaju zapotrzebowania planowanego w perspektywie roku budżetowego lub wieloletniego w przypadku umów długoterminowych, mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami wymaga posłużenia się przynajmniej trzema następującymi kryteriami:

a) przedmiotu zamówienia, umożliwiającego zidentyfikowanie zapotrzebowania o zbliżonym rodzaju i przeznaczeniu,

b) czasu zamówienia, umożliwiającego ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,

c) możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wyżej wymienionych kryteriów planowanego przez zamawiającego wydatku pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Tylko do tak ustalonego zakresu zamówienia publicznego odnosi się określony przez ustawodawcę w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (Pzp). Zamawiający, który podzieli tak wyodrębnione zamówienie na części o wartościach przedmiotu poszczególnych zamówień mniejszych niż 30 000 euro netto i udzieli z pominięciem stosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp (z zastrzeżeniem art. 6a ustawy Pzp, o czym szerzej w punkcie III), narusza wskazany wyżej zakaz dzielenia zamówienia na części. Możliwe i zgodne z przepisami ustawy Pzp jest jednak takie działanie zamawiającego, które zmierza do podziału zamówienia z obiektywnie uzasadnionych przyczyn albo przeprowadzenia postępowań w ramach poszczególnych części zgodnie z reżimem przewidzianym dla pełnej wartości zamówienia.

Pewne odrębności dotyczące szacowania wartości zamówienia są przewidziane w stosunku do obliczania wartości przedmiotu zamówienia, udzielanego na czas nieoznaczony przy uwzględnieniu planowanej długość udzielenia zamówienia (art. 34 ust. 3 pkt 1 Pzp), dla zamówień powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 Pzp). Wielość możliwych stanów faktycznych, które wiążą się z określaniem szacunkowej wartości zamówienia, uniemożliwia jednak szczegółowe opisanie każdego potencjalnego przypadku.

II. Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym ustalenia właściwego trybu, w jakim powinno być ono udzielone, ustala wartość zamówienia w stosunku do zamówień *planowanych*. Zamówieniem planowanym będzie więc wydatek, który zamawiający przewiduje (lub powinien przewidzieć) w odpowiedniej perspektywie czasowej. Odpowiednią perspektywą dla zamawiającego, umożliwiającą mu rzeczywiste zaplanowanie wydatków, będzie np. rok budżetowy (obrachunkowy) albo okres realizacji danego projektu (np. finansowanego ze środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Przystępując do szacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien z należytą starannością ustalić co i w jakiej ilości będzie mu konieczne do realizacji jego gospodarczo-organizacyjnych celów.

Przez planowanie zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp rozumie się w zasadzie dwa procesy:

1) planowanie wstępne, przewidziane w art. 13 ustawy Pzp, oraz

2) planowanie konkretnego zamówienia.

Zgodnie z art. 13 ustawy Pzp, zamawiający posiadający wiedzę o wysokości środków finansowych którymi będzie dysponował (tj. w zależności od przepisów którym podlega, po zatwierdzeniu planu finansowego lub po sporządzeniu planu wydatków) może upublicznić swoje zamierzenia wydatkowe na najbliższe 12 miesięcy, przekazując wstępne ogłoszenie informacyjne Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczając je na swojej stronie internetowej. Upublicznienie takich informacji przez zamawiającego, służyć ma skróceniu terminów składania ofert w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Bez względu jednak na fakt sporządzania wstępnego ogłoszenia informacyjnego czy też jego braku ustalenie wartości zamówień publicznych następuje zawsze w odniesieniu do zamówień planowanych przez zamawiających. Jeśli więc zamawiający planuje zamówienia na dany okres, powinien przygotować postępowania oceniając czy nie zachodzi potrzeba łącznego szacowania wartości zamówień w aspektach przedmiotu, czasu oraz podmiotu potencjalnego wykonawcy. Nie podlega natomiast sumowaniu z innymi udzielonymi, zamówienie którego wartość zamówienia zamawiający nie był w stanie przewidzieć wcześniej w okresie roku budżetowego, nawet jeżeli jest to zamówienie o zbliżonym charakterze do udzielonych już zamówień. Szeroko rozumiane pojęcie planowania postępowań o zamówienie publiczne, ma bowiem służyć przede wszystkim prawidłowej ocenie przez zamawiającego jaki reżim wyboru wykonawcy zastosować w konkretnym przypadku. Nie ma zatem uzasadnienia by zamawiający szacując z należytą starannością przedmiot zamówienia, którego nie mógł wcześniej przewidzieć, brał pod uwagę wydatki już przez siebie poniesione.

III. Na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Może się zdarzyć, iż zamawiający z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych zdecyduje, że bardziej odpowiednie jest dla niego podzielenie zamówienia (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzenie kilku odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrzonej). Aby zamawiający nie musiał dla każdej z wyodrębnionych części stosować przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia, ustawodawca w art. 6a ustawy Pzp przewidział normę szczególną. Jeśli zamówienie jest udzielane w częściach o wartościach poniżej 80 000 euro dla dostaw i usług lub

1 000 000 euro dla robót budowlanych, zamawiający przeprowadzając postępowanie dla każdej z takich części, może zastosować przepisy właściwe dla każdej z wyodrębnionych części. Łączna wartość części zamówienia do których może znaleźć zastosowanie art. 6a nie może przekroczyć 20% wartości całego zamówienia.

W praktyce może zdarzyć się, iż część zamówienia do której znalazł zastosowanie art. 6a ustawy Pzp, będzie miała wartość poniżej 30 000 euro. Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące tej części będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który skorzysta z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy. Ponieważ konsekwencje zastosowania powyższych regulacji mogą być daleko idące: zamawiający w skrajnych przypadkach nie stosuje ustawy Pzp do postępowań na części obejmujące łącznie do 20% wartości zamówienia, podział zamówienia na części musi być obiektywnie uzasadniony (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE I PRZESŁANKI WYKLUCZENIA WYKONAWCÓW

Powoływanie się na zasoby ekonomiczne podmiotów trzecich oraz solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu trzeciego użyczającego swój potencjał, za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów

S*tosownie do obowiązującego od dnia 19 października 2014 r. art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.)*, dalej „ustawa Pzp", wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Celem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie jego zdolności finansowych lub ekonomicznych takich jak: płynność finansowa, obroty, ubezpieczenie działalności, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł polegać na tych zdolnościach w trakcie realizacji zamówienia. Pociąga to za sobą konieczność wykazania przez wykonawcę, że odwołanie się do tych zdolności podmiotu trzeciego ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykazanie powyższej okoliczności następuje przede wszystkim, tak jak w przypadku powoływania się przez wykonawcę na potencjał techniczny i osobowy, czy powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w tym zakresie na potrzeby realizacji zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie. Zamawiający może badać szczegółowo zdolność finansową lub ekonomiczną podmiotu trzeciego, w sytuacji powoływania się na nią przez wykonawcę, poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego jak: sprawozdanie finansowe, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych przez podmiot trzeci środków finansowych lub zdolność kredytową, a także opłacona polisa oraz inne dokumenty określone przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w siwz, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej tego podmiotu. Ustalanie zdolności do realizacji zamówienia wykonawcy powołującego się na potencjał innego podmiotu może następować także poprzez określone przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w siwz inne dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego i jego relacji z wykonawcą, potwierdzające: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innych podmiotów, sposobów wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, charakteru stosunku mającego łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, zakresu w jakim podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia i okresu w jakim będzie to miało miejsce podczas realizacji zamówienia (por. § 1 ust. 6 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231)*.

Zamawiający badając wskazane wyżej dokumenty dąży do stwierdzenia, czy zostały spełnione warunki postawione w tym zakresie względem wykonawców ubiegających się o zamówienie, a w konsekwencji, czy wykonawca powołujący się na zdolność podmiotu trzeciego może być uznany za zdolnego do realizacji zamówienia. Warto zauważyć, iż dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, o których mowa wyżej, żądane przez zamawiającego na podstawie przepisów rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., podlegają uzupełnieniu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Do dokumentów tych ma również zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, na podstawie którego zamawiający może domagać się wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. W przypadku, gdy zamawiający nie żąda dodatkowych dokumentów w oparciu o przepisy rozporządzenia, a treść przedstawionych

przez wykonawcę dokumentów na okoliczność powoływania się na zdolności lub potencjał podmiotu trzeciego nie jest wystarczająca, aby stwierdzić realną możliwość powoływania się przez wykonawcę na te zasoby, zamawiający kieruje do wykonawcy w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia w zakresie określonego warunku udziału w postępowaniu.

Fakt braku możliwości oddzielenia zdolności ekonomicznej lub finansowej podmiotu trzeciego, w celu jej udostępnienia, od samego podmiotu trzeciego, w praktyce oznacza, że powoływanie się na takie zdolności przez wykonawcę będzie ograniczone do szczególnych przypadków, w których powiązania pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim będą tego rodzaju, że uzasadnią one możliwość realnego korzystania z tej zdolności przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający tylko wówczas będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego lub finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego lub finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Przedstawiona zasada dotycząca oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji powoływania się przez niego na zasoby podmiotu trzeciego odnosi się nie tylko do powoływania się na zdolność ekonomiczną lub finansową wykonawcy, ale także do każdej sytuacji powoływania się na wiedzę i doświadczenie oraz na potencjał techniczny i osobowy podmiotu trzeciego.

Od dnia 19 października 2014 r., w związku z treścią art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, podmiot trzeci, który zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów w celu wykazania się przez wykonawcę zdolnością do realizacji zamówienia, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą na skutek nieudostępnienia zasobów. Podmiot trzeci nie ponosi solidarnej odpowiedzialności wówczas, gdy nieudostępnienie zasobów nie było przez niego zawinione np. gdy wykonawca realizował zamówienie przy udziale innych zasobów mimo gotowości udostępnienia ich przez podmiot trzeci.

Odpowiedzialność podmiotu trzeciego w świetle omawianej regulacji wiąże się z okolicznością nieudostępnienia zasobów wykonawcy na skutek czego powstał skutek w postaci szkody, a zatem sprowadza się do sytuacji, gdy zaistnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy nieudostępnieniem zasobów a szkodą. Podmiot ten nie będzie natomiast ponosił odpowiedzialności na podstawie art. 26 ust. 2e ustawy Pzp na przykład za wadliwą realizację przez wykonawcę części umowy, do wykonania której wykonawca posłużył się udostępnionymi mu zasobami podmiotu trzeciego.

Odpowiedzialność solidarna z wykonawcą podmiotu udostępniającego zasoby oznacza, że w razie zaistnienia przesłanek tej odpowiedzialności, o których mowa w art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, zamawiający będzie mógł żądać naprawienia całości lub części szkody zarówno łącznie od wykonawcy i podmiotu trzeciego, jak i od każdego z nich z osobna, a naprawienie szkody przez jeden z tych podmiotów będzie skutkowało tym, że drugi podmiot zostanie z odpowiedzialności względem zamawiającego zwolniony. Obydwa podmioty będą pozostawać zobowiązane aż do całkowitego naprawienia szkody powstałej w majątku zamawiającego (art. 366 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, wykonawca może polegać na ekonomicznym potencjale podmiotu trzeciego i w tym też celu zobowiązany jest wykazać zamawiającemu, iż dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego skutkuje co do zasady powstaniem solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podmiotu użyczającego swój potencjał za szkody zamawiającego powstałe na skutek nieudostępnienia zasobów. Podmiot trzeci nie będzie ponosił solidarnej odpowiedzialności wówczas, gdy nieudostępnienie zasobów nie było przez niego zawinione.

Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy

I. Zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych*, dalej „ustawa Pzp", w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców zawiera *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)*, dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów". Przepis § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać dokumentu w formie aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Z kolei z § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika, że dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

II. Przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie określają statusu prawnego wydruku komputerowego, nie precyzują także mocy dowodowej wydruku odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, dalej „KRS", czy z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dalej „CEIDG".

Status prawny elektronicznego wydruku z KRS uregulowany został w *ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186, z późn. zm.)*, dalej „ustawa o KRS". W świetle art. 4 ust. 3 ustawy o KRS Centralna Informacja wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji z Rejestru, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w postaci papierowej lub elektronicznej. Z kolei art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS stanowi, że pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3 (odpisów, wyciągów i zaświadczeń – przyp. własny), jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze.

Cechy samodzielnie pobranych wydruków komputerowych, o których mowa w art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS, określa treść *rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 grudnia 2011 r. w sprawie ustroju i organizacji Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz trybu i sposobu udzielania informacji z Krajowego Rejestru Sądowego i wydawania kopii dokumentów z katalogu, a także struktury udostępniania informacji o podmiotach wpisanych do rejestru oraz cech wydruków umożliwiających ich weryfikację z danymi w Rejestrze (Dz. U. Nr 297, poz. 1760, z późn. zm.)*. Zgodnie z § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia pobrany samodzielnie wydruk komputerowy aktualnych informacji o podmiocie umożliwia jego weryfikację z danymi zawartymi w rejestrze, jeżeli posiada następujące cechy: (1) adres strony internetowej, na której zamieszczone są aktualne informacje o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego; (2) formę graficzną zgodną z załącznikiem nr 12 i 13 do rozporządzenia; (3) identyfikator wydruku. Jeżeli zatem, przedkładany przez zainteresowany podmiot samodzielnie pobrany wydruk komputerowy z KRS, nie posiada którejkolwiek z ww. cech, wówczas dokument ten pozbawiony jest mocy dokumentu urzędowego.

III. Złożenie przez wykonawcę, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, elektronicznego wydruku z KRS, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia weryfikacji przedmiotowego dokumentu pod kątem jego zgodności z treścią § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Co do zasady analiza elektronicznego wydruku z KRS nie wymaga od zamawiającego posłużenia się widniejącym na wydruku identyfikatorem dokumentu, bowiem samo sprawdzenie informacji zamieszczonych na prowadzonej przez Ministerstwo Sprawiedliwości stronie internetowej, tj. danych udostępnianych z godnie z art. 4 ust 4a ustawy o KRS, daje potwierdzenie prawdziwości informacji przedstawionych na wydruku. Niemniej jednak, w przypadku niezgodności danych zawartych w złożonym przez wykonawcę dokumencie z zakresem informacji wskazanym na ww. stronie internetowej, zamawiający powinien zweryfikować treść dokumentu za pomocą jego identyfikatora, ponieważ metoda ta umożliwia potwierdzenie danych objętych treścią elektronicznego wydruku z KRS z informacjami widniejącymi w KRS z chwili, z której pochodzi wydruk.

Z uwagi na ustawowe nadanie elektronicznemu wydrukowi z KRS mocy dokumentu urzędowego brak jest podstaw do żądania od wykonawców składających takie elektroniczne wydruki z KRS w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania, iż nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzania tych wydruków za zgodność z oryginałem. Samodzielnie pobrane przez wykonawców wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w tym Rejestrze, nie wymagają podpisu ani pieczęci, a zatem również pisemnych oświadczeń osoby posługującej się tego typu dokumentem.

Jeżeli natomiast wykonawca przedkłada w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego wydruk z dokumentu elektronicznego, który został mu wydany przez Centralną Informację KRS, do wydruku takiego wykonawca powinien załączyć stosowne oświadczenie. Zgodnie z treścią § 9 ust. 3 *rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie warunków organizacyjno-technicznych dotyczących form wniosków i dokumentów oraz ich składania droga elektroniczną do sądów rejestrowych i Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz sposobu posługiwania się dokumentami wydanymi w postaci elektronicznej (Dz. U. Nr 229, poz. 1773)*, dalej „Rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2011 r.", w określonych sytuacjach osoba przedkładająca wydruk dołącza bowiem do niego oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym. Oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym składa się zatem jedynie do wydruków z dokumentów elektronicznych uzyskiwanych przez wykonawcę z Centralnej Informacji KRS w formie PDF i opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym, stosownie do treści art. 4 ust. 3 ustawy o KRS, nie zaś do samodzielnie pobranych przez wykonawcę wydruków z KRS, o których mowa w art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS.

Należy nadmienić, że odpisy dokumentu z KRS we wskazanej wyżej postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, mogą być wykorzystywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci elektronicznej, o ile w danym postępowaniu będzie to możliwe. Jeżeli natomiast nie jest to możliwe, dokument taki może być wykorzystany w formie wydruku, ale wówczas wymagane jest załączenie do wydruku oświadczenia wykonawcy.

IV. Zgodnie z art. 38 ust. 4 *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.)*, dalej „ustawa SDG", zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych, o których mowa w art. 25 ust. 1 (w tym także danych dotyczących upadłości przedsiębiorcy – art. 25 ust. 1 pkt 14 ustawy SDG), mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej. Istnieją zatem tylko dwie formy w jakich uzyskać można zaświadczenie o wpisie do CEIDG celem potwierdzenia faktu wykonywania działalności gospodarczej przez danego przedsiębiorcę, bądź też innych okoliczności z tą działalnością związanych, tj. forma elektroniczna bądź wydruk ze strony CEIDG.

Jednocześnie, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy SDG, organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG. Pozbawienie organów administracji publicznej prawa żądania zaświadczeń o wpisie w CEIDG, opiera się na możliwości stosownego zweryfikowania przedsiębiorcy w oparciu o powszechnie dostępne, za po-

średnictwem strony internetowej CEIDG, dane i informacje odnoszące się do poszczególnych przedsiębiorców. Niemniej jednak, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawa Pzp klasyfikuje zaświadczenie o wpisie w CEIDG jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, w zależności od wartości zamówienia, żąda bądź może żądać (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu, w tym zaświadczenia o wpisie w CEIDG. Dokument ten bowiem został literalnie wskazany w §3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako dokumentu składanego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na marginesie zaznaczyć należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego norma z art. 38 ust. 5 ustawy SDG nie będzie miała zastosowania, bowiem zamawiający, którzy poza procedurą zamówieniową działają w charakterze organu administracji publicznej, nie posiadają w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statusu organu administracji publicznej, tj. nie wykonują czynności w zakresie władztwa publicznego (imperium), lecz działają jako równorzędne strony szeroko pojętych stosunków cywilnoprawnych (dominium).

Uwzględniając zatem powyższe, w tym fakt, iż samodzielnie pobrany przez wykonawcę wydruk zaświadczenia o wpisie do CEIDG stanowi literalne odzwierciedlenie informacji publicznie udostępnionych za pośrednictwem strony internetowej CEIDG przyjąć należy, iż posiada on charakter dokumentu oryginalnego, niewymagającego składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń przez osobę posługującą się przedmiotowym dokumentem, w tym potwierdzania tego dokumentu przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest także treść informacji zamieszczanej na każdym samodzielnie pobranym wydruku zaświadczenia o wpisie do CEIDG, gdzie wskazuje się, iż „Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. i ma moc zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP"

Reasumując:

I. Samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej posiadają status dokumentu oryginalnego w rozumieniu Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

II. Zamawiający nie ma podstaw do żądania poświadczenia przez wykonawcę za zgodność z oryginałem złożonych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie pobranych wydruków komputerowych aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych

I. Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców w stosunku do których zachodzi przynajmniej jedna z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp" (tzw. warunki negatywne). Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Zgodnie z art. 52 ustawy z dnia 28 luty 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2012 r. poz. 1112, z późn. zm.), dalej „Prawo upadłościowe", datą upadłości jest data wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości. Postanowienie o ogłoszeniu upadłości podaje się niezwłocznie do publicznej wiadomości przez obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz opublikowanie w dzienniku o zasięgu lokalnym (art. 53 ust. 1 Prawa upadłościowego). Tym samym, z dniem wydania postanowienia o ogłoszeniu upadłości aktualizuje się względem wykonawcy przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 2, skutkująca obowiązkiem jego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że w dniu składania wniosków lub ofert wykonawca ten zawarł już układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, a układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Z literalnej wykładni powyższego przepisu jednoznacznie wynika, iż ustawodawca uznał wykonawcę, wobec którego ogłoszono upadłość, za „wiarygodnego" jedynie w sytuacji prawomocnego zatwierdzenia układu nieprzewidującego likwidacji majątku upadłego. Brak zatem stosownego postanowienia sądu w przypadku ogłoszenia upadłości układowej skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość.

II. Celem weryfikacji spełniania przez wykonawców tzw. warunków pozytywnych z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i ustalenia czy w stosunku do wykonawców nie zachodzą warunki negatywne z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać bądź żąda stosownych dokumentów, które powinny potwierdzać daną okoliczność, nie później jednakże niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert (arg. z art. 26 ust. 1, 2, 2a i 3 ustawy Pzp). Tym samym, badając spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający odnosi się do stanu faktycznego istniejącego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Co do zasady, weryfikacja ta jest przeprowadzana w odniesieniu do wykonawców tylko raz w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przedstawione przez wykonawców dokumenty i informacje w nich zawarte korzystają z domniemania aktualności na czas prowadzonego postępowania, chyba że w trakcie postępowania zostaną ujawnione okoliczności przeciwne.

Istotą przepisów ustawy Pzp dotyczących instytucji spełniania warunków udziału w postępowaniu jest umożliwienie zamawiającemu wyboru wykonawcy posiadającego niezbędne predyspozycje do należytego wykonania zamówienia, przez które to predyspozycje należy także rozumieć odpowiednią sytuację finansową, gospodarczą i prawną wykonawcy. W sytuacji zatem powzięcia przez zamawiającego informacji, po przeprowadzonej już weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, o zaistnieniu wobec wykonawcy jednej z przesłanek z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów z art. 24 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany jest ponownie zbadać sytuację podmiotową danego wykonawcy, ale tylko w zakresie tego warunku, którego dotyczą nowo powzięte informacje. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby, iż zamawiający może być zobowiązany do zawarcia umowy z wykonawcą, który zgodnie z wolą ustawodawcy podlega bezwzględnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co tym samym skutkowałoby naruszeniem normy z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakazującej udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

III. Odnosząc powyższe do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy działającego w formie konsorcjum, w pierwszej kolejności odwołać się należy do art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika zatem, iż na gruncie ustawy Pzp, zasady i warunki odnoszące się do wykonawców stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Konsorcjum, jako forma współpracy gospodarczej przedsiębiorców, nie posiada przy tym podmiotowości prawnej, nie jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, nie jest też odrębną jednostką organizacyjną. Z uwagi na powyższe zamówienie publiczne w sensie formalnoprawnym udzielane jest łącznie wszystkim wykonawcom tworzącym konsorcjum. Zatem każdy z podmiotów uczestniczących w konsorcjum jest wykonawcą zamówienia (arg. z art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego, w przypadku konsorcjum, co do zasady mogą być spełnione łącznie (tzw. warunki pozytywne). Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego.

IV. Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział współtworzonego przez niego konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zależeć będzie od etapu na jakim znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili ogłoszenia upadłości. Zaznaczyć jednak należy, iż przedmiotowa problematyka dotyczy przede wszystkim postępowań o charakterze dwuetapowym, w których upływ czasu pomiędzy złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a złożeniem oferty, jest na tyle duży, iż sytuacja podmiotowa przedsiębiorców współtworzących konsorcjum może ulec zmianie.

W postępowaniach dwuetapowych, w których w pierwszej fazie zamawiający dokonuje prekwalifikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, warunkiem zaproszenia do składania ofert jest zakwalifikowanie się do grupy podmiotów, które spełniają postawione przez zamawiającego warunki pozytywne i nie podlegają wykluczeniu, tj. nie zachodzą co do nich tzw. warunki negatywne. Jednocześnie, ofertę w postępowaniu złożyć może jedynie podmiot, który został przez zamawiającego zaproszony do składania ofert (art. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Z powyższych przepisów wynika zatem jednoznacznie, że aby podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia mógł złożyć ofertę, powinien dawać należytą rękojmię wykonania zamówienia, tj. być podmiotowo kwalifikowany i zaproszony do składania ofert.

W przypadku, gdy dany podmiot – występujący jako indywidualny wykonawca, czy jako zespół wykonawców działających w formie konsorcjum, spełnia warunki udziału w postępowaniu (i ewentualnie zajmuje określoną pozycję w rankingu), winien być przez zamawiającego zaproszony do złożenia oferty. Z powyższego wynika więc, że oferty takiej nie może złożyć podmiot, który nie brał udziału w pierwszym etapie, bowiem zamawiający nie dokonał oceny jego podmiotowej kwalifikacji do realizacji określonego zamówienia publicznego. Wyklucza to możliwość rozszerzenia składu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po etapie prekwalifikacji. Analogicznego zakazu nie można jednak wywieść w odniesieniu do sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w II fazie postępowania dwuetapowego. Analiza tego przypadku musi być jednak dokonywana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, a w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Pomimo, iż ogłoszenie upadłości członka konsorcjum ma charakter obiektywny tj. niezależny od woli pozostałych członków konsorcjum, okoliczność ta ma bezpośredni wpływ na sytuację konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa konsorcjum, w skład którego wchodzi upadły, zamawiający wyklucza konsorcjum z udziału w postępowaniu. W sytuacji zaś ogłoszenia upadłości członka konsorcjum przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, konsorcjum może złożyć ofertę po wykluczeniu ze swojego składu upadłego, chyba że wyłączenie upadłego członka z konsorcjum spowoduje, że podmiot ten nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli natomiast w stosunku do jednego z członków konsorcjum zostanie wydane postanowienie o ogłoszeniu upadłości po złożeniu oferty przez dane konsorcjum, wówczas zamawiający ma obowiązek jego wykluczenia, bowiem udzielenie zamówienia podmiotowi zbiorowemu w skład którego wchodzi wykonawca posiadający cechę, która wyłącza go w świetle ustawy z kręgu podmiotów „wiarygodnych", stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

V. Przepis art. 141 ustawy Pzp statuuje solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ze względu na sam fakt wspólnego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia z nimi umowy dotyczącej tego zamówienia. Do powstania odpowiedzialności solidarnej nie są potrzebne jakiekolwiek dodatkowe czynności żadnej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ odpowiedzialność ta wynika wprost z ustawy Pzp.

Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest instytucją chroniącą interes zamawiającego jako wierzyciela. Korzystniejsza pozycja prawna wierzyciela polega na tym, iż wszyscy dłużnicy solidarni pozostają tak długo zobowiązani, aż świadczenie nie zostanie całkowicie wykonane. Zamawiający (jako wierzyciel) może również swobodnie, według swego wyboru, skierować roszczenie o wykonanie zamówienia do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający może domagać się od każdego z nich wykonania całości zamówienia i bez znaczenia jest okoliczność, jaką część zamówienia winien on wykonać w myśl umowy z konsorcjum, oraz fakt, czy wypełnił już swoje zobowiązanie.

Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest tzw. odpowiedzialnością solidarną bierną, tzn. występującą po stronie dłużnika. Jej istotę wyraża art. 366 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej „K.c.", który ma zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl przepisów K.c. kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Tym samym, aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani do świadczenia na rzecz wierzyciela.

Ogłoszenie upadłości jednego z dłużników solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych. Wierzyciel ma prawo poszukiwania zaspokojenia u pozostałych dłużników odpowiadających solidarnie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 189/08). Nie ma zatem potrzeby dokonywania zmiany umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum, jak i również konieczności wyrażania przez zamawiającego zgody na dokonanie przez upadłego członka konsorcjum cesji praw i obowiązków wynikających zawartej umowy o zamówienie publiczne na pozostałe podmioty współtworzące konsorcjum.

Reasumując:

I. Wykonawca wobec którego ogłoszono upadłość, bez względu na jej charakter, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, chyba że wykonawca zawarł prawomocnie zatwierdzony układ nieprzewidujący likwidacji majątku upadłego.

II. Każdy z członków konsorcjum obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne).

III. Zamawiający, co do zasady, dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tylko raz w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że zostaną ujawnione okoliczności przeciwne, wówczas ma obowiązek, aż do faktycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponownego zbadania sytuacji podmiotowej danego wykonawcy, ale tylko w zakresie tego warunku, którego dotyczą nowo powzięte informacje.

IV. Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum, w skład którego wchodzi upadły, skutkuje wykluczeniem przez zamawiającego konsorcjum z udziału w postępowaniu. Jeżeli w stosunku do jednego z członków konsorcjum zostanie wydane postanowienie o ogłoszeniu upadłości po złożeniu oferty przez dane konsorcjum, wówczas zamawiający również ma obowiązek jego wykluczenia. Ogłoszenie upadłości członka konsorcjum przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wpływa na możliwość skutecznego złożenia oferty, jeżeli konsorcjum wykluczy ze swojego składu upadłego, chyba że wyłączenie upadłego członka z konsorcjum spowoduje, że podmiot ten nie będzie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

V. Ogłoszenie upadłości jednego z członków konsorcjum realizującego zamówienie pozostaje bez wpływu na wykonanie umowy o zamówienie publiczne, ponieważ zgodnie z zasadą solidarnej odpowiedzialności, wyrażoną w art. 141 ustawy Pzp, pozostali członkowie konsorcjum są zobowiązani do wykonania umowy w całości.

Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów", wskazuje w § 1 ust. 1 pkt 11, że zamawiający może żądać na okoliczność znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

1. Cel żądania polisy

Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podzielić w tym zakresie należy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

Dla żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy, zamawiający powinien sformułować stosowne wymagania umowne lub inne postanowienia siwz, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10).

Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);

2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żądaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

2. Zakres polisy

Przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności (wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r., KIO/UZP 429/08). Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

3. „Opłacona" polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet – jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego – później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą" w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert.

Jak wskazano wyżej ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (por. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku wyjaśnień (por. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). W braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12 KIO 248/12 KIO/UZP 261/12, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1151/11). Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy na wezwanie zamawiającego przedstawi dokumenty potwierdzające fakt opłacenia polisy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków.

Zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. Ustawa Pzp ani rozporządzenia wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksu cywilnego, które nakazywałby uznać, że dla potrzeb wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej wymagane jest opłacenie wszystkich rat składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się co do zasady z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Wskazać zatem należy, że jeżeli w umowie ubezpieczenia postanowiono, że uiszczenie składki na-

stępować będzie w oznaczonych w umowie terminach, tj. w ratach (np. miesięcznych, kwartalnych, itp.), wówczas pierwsza rata składki, płatna przy zawarciu umowy ubezpieczenia, skutkuje rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej.

4. Inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 809 § 1 k.c. ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. Polisa nie jest jedynym dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia[1]. Przez pojęcie dokumentu ubezpieczeniowego należy rozumieć nie tylko polisę, ale także przykładowo legitymacje ubezpieczeniowe (potwierdzające zawarcie umów ubezpieczeń zbiorowych), czy tymczasowe zaświadczenie wystawione przez ubezpieczyciela[2]. Krajowa Izba Odwoławcza analizując pojęcie „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia" wskazała ponadto, że za dokument taki może być uznana również nota pokrycia, pod warunkiem, że spełniałaby ona wymogi wskazane w art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 950, ze zm.), który stanowi, że polisa lub inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia przez oddział lub w inny sposób niż przez oddział w ramach swobody świadczenia usług musi zawierać informacje dotyczące: 1. adresu i siedziby zakładu ubezpieczeń lub odpowiednio adresu oddziału zakładu ubezpieczeń, który udziela ochrony ubezpieczeniowej; 2. miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia; 3. właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia; 4. daty zawarcia umowy ubezpieczenia i terminu jej obowiązywania; 5. przedmiotu umowy ubezpieczenia i warunków jej wykonania; 6. oznaczenia stron umowy ubezpieczenia; 7. wysokości składki ubezpieczeniowej; 8. wskazania ogólnych warunków ubezpieczenia, w oparciu o które została zawarta umowa ubezpieczenia oraz ich dostarczenia ubezpieczającemu[3]. Uzupełniając powyższe stanowisko, wskazać należy, że brak analogicznego obowiązku dla krajowych zakładów ubezpieczeń, choć przepisy rozdziału 1 dział II ustawy o działalności ubezpieczeniowej wskazują pewne obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w praktyce skutkujące ich umieszczaniem właśnie w wydawanym dokumencie ubezpieczenia[4].

Podsumowując, wskazać należy, że *innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*, będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że w świetle obowiązujących przepisów nieopłaconej polisy nie można zakwalifikować do katalogu innych dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie można zatem podzielić poglądu wyrażonego w uchwale KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. (KIO/KU 108/10), zgodnie z którym nieopłaconą polisę można uznać za „inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony", o którym mowa w rozporządzeniu. Należy ponadto wskazać, że możliwość posłużenia się „innym dokumentem" ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej (tak: wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r. , KIO/UZP 421/12, wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., KIO/UZP 301/12), co dodatkowo potwierdza prezentowane stanowisko.

---

[1] Opinia sporządzona przez Z. Standara na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu w dniu 28 lipca 2006 r., tekst opinii dostępny w wersji elektronicznej na www.sejm.gov.pl

[2] Por.: Komentarz do art. 809 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] D. Mróz, Komentarz do ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U.07.82.557), w zakresie zmian do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93), LEX/el. 2008.

[3] Por. wyrok KIO z dnia 22 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 610/09.

[4] Komentarz do art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.10.11.66), [w:] M. Adamowicz, A. Brodecka-Chamera, D. Fuchs, M. Glicz, B. Janyga, S. Koroluk, J. Kruczalak-Jankowska, K. Malinowska, D. Maśniak, J. Nawracała, M. Serwach, E. Spigarska, E. Wieczorek, A. Wowerka, Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Tom I, Komentarz, LEX, 2010, wyd. II.

Podsumowanie:

- **wykazanie się na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosowną polisą ubezpieczeniową ma na celu wykazanie się przez wykonawcę określonym statusem ekonomiczno-finansowym, nie zaś ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia;**

- **polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy, ale powinna potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia;**

- **w przypadku, gdy umowa ubezpieczeniowa przewiduje rozłożenie zapłaty kwoty ubezpieczenia na raty, zamawiający może żądać potwierdzenia opłacenia jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu;**

- **brak potwierdzenia w samym dokumencie polisy faktu jej opłacenia i brak załączenia przez wykonawcę innych dokumentów** potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia**, powoduje że aktywuje się obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy** lub złożenia innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia **pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu;**

- **innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia; waloru takiego dokumentu nie można przypisać nieopłaconej polisie.**

Przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział – wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

O zdolności określonego podmiotu do występowania w roli wykonawcy rozstrzyga posiadanie przez niego podmiotowości prawnej i związanej z nią zdolności do składania oświadczeń woli oraz nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Tylko taki bowiem podmiot może samodzielnie występować w obrocie prawnym, a więc i w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz składać oświadczenia woli i zaciągać zobowiązania w swoim imieniu i na swoją rzecz. W przypadku osób prawnych oraz osób fizycznych – kwestię tę rozstrzygają wprost przepisy kodeksu cywilnego, przyznając osobom fizycznym – pełnoletnim i nieubezwłasnowolnionym zdolność do czynności prawnych, a osobom prawnym – zdolność prawną. Jeżeli chodzi natomiast o jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, to występowanie przez tego typu podmioty w roli wykonawcy uzależnione jest od posiadania przez nie atrybutu zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego. Zdolność prawna takich podmiotów musi być wyraźnie przyznana ustawą – art. 33^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.).

Prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności

gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, z późn. zm.), dalej „ustawa Sdg", możliwe jest przez utworzenie oddziału tego zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce. Oddział ten nie posiada odrębnej osobowości prawnej i korzysta z podmiotowości przedsiębiorcy zagranicznego. Żadna ustawa nie przyznaje przy tym oddziałowi przedsiębiorcy zagranicznego zdolności prawnej. Zgodnie bowiem z art. 5 pkt 4 ustawy Sdg oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego jest wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę zagranicznego poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. W orzeczeniu z dnia 18 marca 1981 r. w sprawie Blankaert & Willems PVBA (sygn. C-139/80) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) określił, że *„pojęcie oddziału, agencji lub każdego innego zakładu jest równoznaczne z istnieniem centrum operacyjnego, które manifestuje się w sposób trwały na zewnątrz jako przedłużenie przedsiębiorstwa macierzystego, ma dyrekcję i jest materialnie wyposażone tak, aby istniała możliwość negocjowania spraw z osobami trzecimi w taki sposób, aby ci ostatni wiedząc, że zostanie nawiązany ewentualny stosunek prawny z przedsiębiorstwem macierzystym z siedzibą za granicą, byli zwolnieni z konieczności bezpośredniego zwrócenia się do niego i mogli prowadzić interesy z centrum operacyjnym, które stanowi jego przedłużenie"*. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy stanowi zatem jedynie formę organizacyjno-prawną, w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swoją działalność na terenie Polski. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy działa zatem w ramach podmiotu zagranicznego, w jego imieniu i na jego rzecz. Z powyższych względów oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w roli wykonawcy (por: wyrok KIO z dnia 2.09.2010., sygn. akt KIO 1809/10, wyrok KIO z dnia 17.11.2009., sygn. akt KIO/UZP 1400/09).

Z mocy przepisów prawa wynikają również odrębne zasady reprezentacji podmiotu zagranicznego działającego na terytorium RP w formie organizacyjnej swojego oddziału. Oddział taki – zgodnie z wpisem w KRS w dziale II, rubryka 1 – winien wskazać organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy. Jednocześnie też w rubryce 4 działu II KRS dla takiego oddziału istnieje obowiązek ujawnienia osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale. Ten szczególny obowiązek wynika z art. 87 ustawy Sdg. Zaznaczyć przy tym należy, że w obydwu przypadkach nie mamy do czynienia z działaniem takiej wskazanej osoby w charakterze pełnomocnika. Jest to bowiem swoistego rodzaju szczególna reprezentacja przedsiębiorcy zagranicznego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności w oddziale w Polsce. Jeśli więc wykonawca zagraniczny ubiega się o udzielenie zamówienia na terenie działalności swojego prawnie zarejestrowanego oddziału (w Polsce), ma prawo, aby osoba wskazana do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale, jak również osoba wskazana jako podmiot uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy, składała w jego imieniu np. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy ofertę. Podobne stanowisko prezentowane jest w tej kwestii również przez doktrynę (por. W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa, 2003, s. 154 oraz M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster Komentarz, Lex/el. 2005).

Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że dla osoby wykazywanej jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy oraz jako osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale przepisy ustawy Pzp (art. 24 ust. 1 pkt 4–8) nie przewidują obowiązku przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu potwierdzającego niekaralność takiej osoby, jeżeli osoba ta nie jest członkiem zarządu danej osoby prawnej według dokumentu rejestrowego. Ponieważ zaś warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie wykonawcy posiadającego status przedsiębiorstwa zagranicznego, jego też, a nie jego reprezentanta (oddziału), powinny dotyczyć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, wskazać należy, że zamawiający powinien oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego, a nie przez jego oddział w Polsce. W konsekwencji zaświadczenie o niekaralności powinno dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego i członków jego zarządu, a nie oddziału w Polsce i np. jego dyrektora.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Od warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem, każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego różni się od siebie choćby pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczna jest zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej ustawa Pzp". Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków stanowi o kryteriach oceny, jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków z jednej strony pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki, jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (pomijając już to, iż stanowiłoby to naruszenie ustawy) prowadziłby do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes poszczególnych wykonawców.

I. Sposób dokonywania opisu

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy PZp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowania nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

„Związany z przedmiotem zamówienia" – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywy podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu."

II. Zakres opisu

Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają one dalszego opisu przez zamawiającego. Stąd też, w stosunku do tych warunków, zamawiający poprzestaje jedynie na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje przepis art. 26 ust. 2a ustawy, który określa, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym.

III. Obowiązek zamieszczenia opisu w ogłoszeniu o zamówieniu

Ustawodawca jednoznacznie nałożył na zamawiającego obowiązek opisu oceny spełniania warunków, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6) jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5), o ile oczywiście taki opis jest dokonywany przez zamawiającego.

IV. Środki ochrony prawnej przysługujące na opis

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków stanowi jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego, albowiem wyznacza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tego względu, ustawodawca, tak jak w dotychczas obowiązującym stanie prawnym, przyznał wykonawcom uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej na tę czynność niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Środki ochrony prawnej w tym zakresie służą zapewnieniu realizacji zasady dostępu wykonawców do zamówień publicznych na zasadach niedyskryminacyjnych.

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie

W myśl art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm), dalej „ustawa Pzp" o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;

2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1–11 ustawy Pzp wymienione zostały natomiast warunki, w związku z zaistnieniem których wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. O tych dwóch rodzajach warunków jest mowa w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, stosownie do którego, wy-

konawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert:

1. **spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz**

2. **brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.**

Z zacytowanych przepisów wynika, iż warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne" rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego, a także brak „warunków negatywnych", tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ustawy Pzp, dotyczących m.in. nierzetelności, upadłości, zaległości publicznoprawnych albo karalności za określone przestępstwa itp.

Za powyższym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „**warunków udziału w postępowaniu**". W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Odpowiednio niespełnienie warunków pozytywnych (np. nie posiadanie określonego potencjału) albo spełnienie warunków negatywnych (np. znajdowanie się w stanie upadłości) stanowi przeszkodę uniemożliwiającą uzyskanie zamówienia publicznego. W Pzp sytuacja ta uregulowana została w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawie Pzp, stosownie do którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W kontekście powyższych wyjaśnień nie może budzić wątpliwości, iż na podstawie przywołanego przepisu wykluczeniu z postępowania będzie podlegał zarówno wykonawca, który nie wykazał warunku pozytywnego w postaci posiadania właściwych uprawnień, wystarczającego potencjału, znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i wykonawca, który nie wykaże (pomimo żądania zamawiającego), iż w odniesieniu do niego nie zachodzą warunki negatywne dotyczący nierzetelności, zaległości w płatnościach należności publicznoprawnych, upadłości, czy też karalności za określone przestępstwa.

Przepisy ustawy Pzp odróżniają następujące pojęcia:

1. „warunki udziału w postępowaniu" (m.in. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp),

2. „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy" oraz

3. „brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy" (art. 26 ust. 2a ustawy Pzp).

Stosując zatem podstawową zasadę językowej wykładni prawa, zgodnie z którą różnie brzmiącym sformułowaniom użytym w tym samym akcie prawnym należy przypisywać odmienne znaczenie, przyjąć należy, że pojęcie „**warunki udziału w postępowaniu**" nie może posiadać tożsamego znaczenia z określeniem „**warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy**" ani „**brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy**". W związku z tym konieczne jest ustalenie wzajemnych relacji zachodzących pomiędzy wymienionymi pojęciami. Biorąc pod uwagę, iż we wszystkich przepisach ustawy dotyczących warunków ustawodawca posługuje się określeniem „warunki udziału w postępowaniu", natomiast w jednym z przepisów dotyczącym przedmiotowej materii, tj. art. 26 ust. 2a ustawy PZp nie posługuje się tym określeniem, lecz odwołaniem do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, to należy uznać, iż te dwie kategorie warunków łącznie stanowią właśnie „warunki udziału w postępowaniu".

Rozumienie sformułowania „**warunki udziału w postępowaniu**" jako jednocześnie warunków, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp znajduje odzwierciedlenie również w innych przepisach ustawy Pzp. W szczególności należy przywołać następujące przepisy Pzp:

1. art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może odstąpić przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe od obowiązku żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; w świetle tego przepisu chodzi bowiem o dokumenty dotyczące zarówno pozytywnych, jak i negatywnych warunków udziału w postępowaniu, a tym samym tych, o których jest mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i warunku nie podlegania wykluczeniu z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

2. art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powołanym do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do oceny i badania ofert; nie może więc budzić wątpliwości, iż komisja przetargowa zajmuje się zarówno oceną warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i braku podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi na wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż z postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykluczeniu wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i warunku braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

4. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika w związku z przepisami wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 ustawy Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. Nr 12, poz. 69, z późn. zm.), iż obowiązkowe jest wskazanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a przywołane rozporządzenie wyraźnie precyzuje, że obowiązek ten dotyczy zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (wzór ogłoszenia o zamówieniu pkt III.4.1) , jak i dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy (wzór ogłoszenia o zamówieniu pkt III.4.2);

5. art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zawierającego upoważnienie dla Prezesa Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w którym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu można żądać zamiast dokumentu również oświadczenia złożonego przed właściwym organem, przy czym w przywołanym rozporządzeniu oświadczenia mogą służyć do potwierdzenia zarówno (1) spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 (np. 1. oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych; 2. oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień itp), jak również (2) braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp (np. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia);

6. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – zapewnienie zgodności ustawy Pzp z prawem unijnym w zakresie równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w przypadku uzupełniania przez nich oświadczeń i dokumentów wymaga, aby wszystkie złożone w tym trybie oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął jednakowy dla wszystkich uczestników danego postępowania termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert;

7. art. 51 ust. 1 ustawy Pzp (przetarg ograniczony), art. 57 ust. 2 ustawy Pzp (negocjacje z ogłoszeniem), art. 60d ust. 2 ustawy Pzp (dialog konkurencyjny), art. 76 ust. 2 ustawy Pzp (licytacja elektroniczna); przyjęcie bowiem odmiennej interpretacji prowadziłoby do nie dającego się zaakceptować

na gruncie ustawy Pzp wniosku o obowiązku zapraszania do składania ofert lub do licytacji elektronicznej wykonawców, którzy wprawdzie spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, ale jednocześnie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;

8. art. 51 ust. 1a (przetarg ograniczony), art. 57 ust. 1 (negocjacje z ogłoszeniem), art. 60d ust. 1 (dialog konkurencyjny); jako że przyjęcie, iż obowiązek informowania wykonawców wyłącznie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczy wyłącznie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do nie uzasadnionej w świetle ustawy sytuacji, w której zamawiający nie miałby podstaw do poinformowania o fakcie wykluczenia wykonawców, w stosunku do których zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, iż z powodu niespełnienia obydwu rodzajów warunków wykonawcy podlegają obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

Reasumując należy stwierdzić, iż obie kategorie normatywne wskazane w przepisie art. 26 ust. 2a ustawy Pzp – tj. „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1" oraz „brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1", należy uznać za „warunki udziału w postępowaniu", albowiem stanowią one przesłanki pozytywne i negatywne ubiegania się przez wykonawcę o zamówienie publiczne.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść przepisu art. 44 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca składa wraz z ofertą **oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu**, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Oświadczenie odnosi się jedynie do treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp bowiem w celu potwierdzenia, braku warunków negatywnych należy złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy bowiem zauważyć, że złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, rozumianego jako oświadczenie o spełnianiu zarówno „pozytywnych" jak i „negatywnych" warunków udziału w postępowaniu, mogłaby w rzeczywistości budzić istotne wątpliwości co do rzeczywistej treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Trudności może powodować przede wszystkim ustalenie znaczenia oświadczenia o „spełnianiu warunków udziału w postępowaniu" w zakresie warunków „negatywnych". Pojęcie „negatywny warunek udziału w postępowaniu" oznacza bowiem okoliczność, której zaistnienie stoi na przeszkodzie możliwości uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym spełnienie warunku „negatywnego" w rzeczywistości powoduje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu zapobieżenia ewentualnym trudnościom w interpretacji oświadczenia o spełnianiu warunków prawodawca zdecydował się na **wyraźnie rozdzielenie oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz brak podstaw do wykluczenia powodu nie spełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp**. Świadczą o tym przepisy wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Stosownie bowiem do § 3 ust. 1 pkt 1 przywołanego rozporządzenia, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 Pzp może żądać m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Przy czym, zarówno dokumenty wskazane w § 1 rozporządzenia o dokumentach (np. informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową, opłacona polisa), jak i te wymienione w § 3 (np. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego), należy uznać za dokumenty służące do potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do wzoru ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego załącznik nr 1 do wydanego na podstawie art. 11 ust. 6 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69, z późn. zm.), zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp żąda oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (pkt III.4.1 wzoru ogłoszenia o zamówieniu). Fakultatywne w postępowaniach o wartości mniejszej niż „progi unijne" jest natomiast żądanie przez zamawiającego, w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Analiza powyższych przepisów w odniesieniu do art. 44 ustawy Pzp (oraz odpowiednich przepisów właściwych dla innych trybów niż przetarg nieograniczony, m.in. art. 50 ust. 1 ustawy Pzp) prowadzi do wniosku, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **funkcjonują dwa rodzaje oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: (1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,** o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp oraz w pkt III.4.1 wzoru ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w BZP a także **(2) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,** o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a także w pkt III.4.2 wzoru ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w BZP.

W świetle powyższego należy przyjąć, iż przepisy: § 3 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach wraz z art. 25 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2a Pzp, stanowią quasi regulację szczególną, (lex specialis) w stosunku do art. 44 ustawy Pzp. Oznacza to, że oświadczenie, o którym mowa w tym przepisie, które wykonawca jest zobowiązany przedłożyć zamawiającemu w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy jego wartość lokuje się powyżej czy poniżej tzw. „progów unijnych", jest oświadczeniem wydawanym wyłącznie w zakresie potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem prawodawca w przepisie rozporządzenia o dokumentach przewidział możliwość żądania odrębnego, autonomicznego oświadczenia wykonawcy, potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1, tj. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, należy przyjąć, że zakres obydwu ww. oświadczeń jest rozłączny.

Przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wynikającym z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest – stosownie do art. 44 Pzp – obowiązkowe we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, żądanie przez zamawiającego oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu jest fakultatywne w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień o wartości niższej niż tzw. „progi unijne", zaś obowiązkowe w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówień o wartości większej niż progi unijne (stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach).

Opisane powyżej rozwiązanie polegające na wprowadzeniu fakultatywności żądania oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia w postępowaniach o mniejszej wartości udzielanego zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu obligatoryjności żądania oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest uzasadnione charakterem warunków, na potwierdzenie istnienia lub nieistnienia których przedmiotowe oświadczenia są żądane. Należy bowiem zauważyć, że podstawy wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp są zasadniczo okolicznościami: (1) o charakterze negatywnym (2) mającymi takie samo zastosowanie w każdym postępowaniu niezależnie od udzielanego w nim przedmiotu zamówienia oraz jego wartości, (3) wynikającymi wprost z ustawy Pzp oraz (4) w odniesieniu do których nie zachodzi konieczność sprecyzowania sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Ryzyko ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę, w odniesieniu do którego zachodzi podstawa do wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp jest znikome w porównaniu z nie spełnianiem przez wykonawcę warunku z art. 22 ust. 1 Pzp oraz całkowicie oderwane od okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odmienne cechy wykazują natomiast warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które odnoszą się do pozytywnych kwalifikacji wykonawcy opisanych przez wykonawcę z uwzględnieniem konieczności zapewnienia ich proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia udzielanym w danym postępo-

waniu o udzielenie zamówienia. Tak więc, z punktu widzenia zapewnienia zamawiającemu należytego wykonania zamówienia o wiele większe znaczenie mają warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i z tego powodu oświadczenie w przedmiocie potwierdzenia spełniania tych warunków ma charakter obligatoryjny niezależnie od wartości udzielanego zamówienia. Natomiast prawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w zakresie decyzji, czy w prowadzonym postępowaniu będzie żądał od wykonawców wykazania braku podstaw do wykluczenia, czy też oprze się na domniemaniu dobrej wiary uczestników postępowania i skorzysta z możliwości odstąpienie od żądania od wykonawców przedłożenia przez nich takich oświadczeń. Należy również podkreślić, iż sytuacja pod względem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wygląda analogiczna niezależnie od tego, czy zamawiający zażąda oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż w każdym przypadku gdy zamawiający stwierdzi wystąpienie w odniesieniu do konkretnego wykonawcy przesłanki z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp jest zobowiązany takiego wykonawcę wykluczyć.

Reasumując:

1. **w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda na podstawie art. 44 ustawy Pzp w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz**

2. **w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach, o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zamawiający może żądać, na podstawie § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach oświadczenia do braku podstaw do wykluczenia.**

Obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzajacych brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art 24 ust. 1 ustawy Pzp

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy – prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu (...).

Powyższe wskazuje, że obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych", o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania – niespełnianie warunków „negatywnych", o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Na marginesie należy zauważyć, że w art. 25 ust. 1 jest mowa o „oświadczeniach lub dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania", jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Kategoria ta została doprecyzowana w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym przyjąć należy, że obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione w ww. rozporządzeniu.

Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Stosownie do postanowienia § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – zwanego dalej „rozporządzeniem" – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej ustawa Pzp", polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1–3 rozporządzenia.

W świetle przywołanego brzmienia § 3 ust. 4 rozporządzenia przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się dwóch następujących warunków. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Po drugie wymagane jest, aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia. Przy czym warunki te muszą być spełnione łącznie.

Z literalnego brzmienia przepisu § 3 ust. 4 rozporządzenia wynika zatem, iż znajduje on zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W myśl tego przepisu ustawy Pzp wykonawca może polegać m.in. na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował osobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia (zasobami osobowymi podmiotu trzeciego), w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów (osób zdolnych do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Biorąc pod uwagę przywołane brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy stwierdzić, iż § 3 ust. 4 rozporządzenia znajduje zastosowanie do przypadków, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). A contrario należy uznać, iż przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie).

W tym miejscu należy wskazać, iż w myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje oso-

bami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą).

W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).

O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nie posiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych.

W świetle przywołanego brzmienia przepisu § 3 ust. 4 rozporządzenia, poza stwierdzeniem powoływania się przez wykonawcę na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest także stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane. Co do zasady będzie to dotyczyć przypadków podwykonawstwa.

Powyższe nie będzie jednak dotyczyć przypadków zaangażowania przez wykonawcę na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a taką osobą. Tak więc przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia w takich sytuacjach nie znajduje zastosowania.

Rekapitulując powyższe ustalenia należy stwierdzić, iż możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy – na zasadzie § 3 ust. 4 rozporządzenia – przedstawienia dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1–3 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na których osobach (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy osoby te pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji

samego wykonawcy (dysponowanie pośrednie), a podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie znajduje natomiast zastosowania do przypadków, gdy wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a takimi osobami, niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku, jak też w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami podmiotów trzecich (dysponowanie bezpośrednie), które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia.

Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)

Przepis art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", określa katalog okoliczności, których zaistnienie skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak więc w wypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności określonej w tym przepisie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż na jego podstawie mogą być wykluczone w postępowania o zamówienie publiczne wyłącznie podmioty zbiorowe. Tym samym, obowiązek przedkładania dokumentów potwierdzających spełnienie warunku art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp dotyczyć może tylko i wyłącznie tych wykonawców, którzy są „podmiotami zbiorowymi" w rozumieniu przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a nie wszystkich wykonawców ubiegających o zamówienie publiczne. Powyższe wynika z brzmienia art. 25 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne.

Podstawą ustalenia, czy dany wykonawca jest „podmiotem zbiorowym", a więc podmiotem którego dotyczy przepis art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, są przepisy ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2022 r. poz. 768, z późn. zm.), dalej „ustawa o podmiotach zbiorowych". Zgodnie z art. 2 ustawy o podmiotach zbiorowych podmiotem zbiorowym jest:

- osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków,
- spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek,
- spółka kapitałowa w organizacji,
- podmiot w stanie likwidacji,
- przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną,
- zagraniczna jednostka organizacyjna.

Przepis art. 2 ustawy o podmiotach zbiorowych wymieniając zamknięty katalog podmiotów, które definiuje jako „podmioty zbiorowe" nie obejmuje swym zakresem osób fizycznych. Tym samym, nie będzie ich dotyczył art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych zakres definicji „podmiotu zbiorowego" nie obejmuje też spółek prawa cywilnego. Spółki cywilnej nie można zaliczyć do jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych struktur organizacyjnych, jest jedynie stosunkiem zobowiązaniowym jej wspólników. Spółka cywilna jako taka nie posiada zdolności prawnej, w związku z czym nie może zostać uznana za jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Spółka cywilna nie jest taką jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jak np. spółka jawna, w stosunku do której element wyodrębnienia organizacyjnego jest oczywisty, gdyż wynika z przepisów – art. 8 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013, poz. 1030 ze zm.). W konsekwencji nie można uznać spółki cywilnej za „podmiot zbiorowy" w świetle art. 2 ust. 1 ustawy o podmiotach zbiorowych.

Stronami umowy spółki cywilnej, a więc wspólnikami mogą być różne podmioty prawa cywilnego np. osoby fizyczne, osoby prawne oraz handlowe spółki osobowe. W wypadku kiedy wspólnikami spółki cywilnej są wyłącznie osoby fizyczne, wówczas przedsiębiorcy ci nie mają obowiązku składania dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającego, iż nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Nie są bowiem uznawani w świetle ustawy o podmiotach zbiorowych za „podmioty zbiorowe".

Inaczej jest w sytuacji, kiedy wspólnikami spółki cywilnej są przedsiębiorcy niebędący osobami fizycznymi. Wynika to z faktu, iż ustawa o podmiotach zbiorowych zalicza te podmioty do zakresu definicji „podmiotów zbiorowych", a tym samym traktuje je za „podmioty zbiorowe". Konsekwencją tej kwalifikacji jest obowiązek przedkładania przez tych przedsiębiorców informacji z Krajowego Rejestru Karnego, iż wobec nich sąd nie orzekł zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż brak jest uzasadnienia prawnego do żądania przez zamawiającego od osób fizycznych oraz spółek prawa cywilnego, których wspólnikami są wyłącznie osoby fizyczne aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego na potwierdzenie warunku określonego w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Natomiast taki dokument na żądanie zamawiającego obowiązani są przedstawić wspólnicy spółki cywilnej niebędący osobami fizycznymi, bowiem zgodnie z przepisami ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary uznawani są za „podmioty zbiorowe".

Do grupy „podmiotów zbiorowych" w rozumieniu art. 2 ustawy o podmiotach zbiorowych zalicza się natomiast osobowe spółki handlowe (w tym spółki jawne). Są to podmioty, które co prawda nie zostały obdarzone osobowością prawną, ale na mocy przepisów tworzą określoną organizację, która umożliwia im funkcjonowanie w obrocie jako samodzielny podmiot praw i obowiązków. Element wyodrębnienia organizacyjnego w stosunku do tych podmiotów wynika wprost z art. 8 § 1 Ksh, który przyznaje spółkom prawa handlowego zdolność prawną tzn. możliwość we własnym imieniu nabywania praw i zaciągania zobowiązań, a co się z tym wiąże odrębność organizacyjną i majątkową spółki od jej wspólników.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zakres definicji „podmiotu zbiorowego" określony w art. 2 ustawy o podmiotach zbiorowych obejmuje osobowe spółki handlowe, w tym spółki jawne. Tym samym, spółka jawna zobowiązana jest do przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, o ile zamawiający przewidział taki wymóg w SIWZ (ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania ofert).

Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy wykonawcy, który wykonywał czynności związane z przygotowaniem przeprowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowa-

niem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Powyższego przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w trybie negocjacji bez ogłoszenia po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych) lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę albo po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej).

Interpretacja zacytowanego przepisu pozwala sformułować trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą oraz jedną negatywną niewecząca podstawę wykluczenia. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania", art. 29–38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy:

- opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych – sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,

- oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,

- przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanka negatywna, stanowi, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Wykładnią tej przesłanki zajmował się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wczesniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektyw, lecz w sposób odpowiadający obecnemu brzmieniu przedmiotowej regulacji. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

W doktrynie Prawa zamówień publicznych, podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 traktuje się jako egzemplifikację dwóch podstawowych zasad Pzp, tj zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji między nimi. Co do zasady, wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1 (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść. Jednakże istnienia takiej zależności zamawiający nie może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Tym samym, konieczne jest stwierdzenie, czy udział osoby, która opracowała dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia na wykonanie robót opisanych tą dokumentacją nie utrudniło uczciwej konkurencji.

W świetle powyższych wyjaśnień należy uznać, iż z punktu widzenia podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych autora (wykonawcy, który posługiwał się w celu sporządzenia oferty takim autorem) np. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej można wyróżnić dwie sytuacje. Po pierwsze, nie jest dopuszczalne wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp. Po drugie, zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej (niezależnie od tego, czy cena oferty ma charakter kosztorysowy albo ryczałtowy), chyba że jego udział w postępowaniu nie utrudni konkurencji, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu – z uwagi na opracowanie dokumentacji – nie jest korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpali z SIWZ. Wskazać należy, iż fakt, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenie wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. Jeżeli tak nie jest, to nie ma podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy.

Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa; dopuszczalność posługiwania się przez spółkę przejmującą lub nowo zawiązaną referencjami wystawionymi na spółkę przejmowaną lub spółki łączące się

I. W pierwszej kolejności, odnosząc się do kwestii skutków prawnych zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, czy to w formie sprzedaży przedsiębiorstwa, czy też w formie wniesienia go do spółki w formie wkładu niepieniężnego, należy wskazać, że zgodnie z art. 55^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej „Kc", przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Obejmuje ono szczególności:

1. oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);

2. własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;

3. prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;

4. wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;

5. koncesje, licencje i zezwolenia;

6. patenty i inne prawa własności przemysłowej;

7. majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;

8. tajemnice przedsiębiorstwa;

9. księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Podkreślić należy, że wyliczenie składników przedsiębiorstwa ma charakter przykładowy, a nie taksatywny na co wskazuje zwrot „w szczególności". Tak więc przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym może obejmować również inne składniki poza wprost wskazanymi, które wchodzą do przedsiębiorstwa jako pewnej zorganizowanej całości gospodarczej. Przy czym podkreślenia wymaga, że może ono obejmować zarówno składniki materialne, jak i niematerialne.

Istotnym aspektem definicji przedsiębiorstwa w art. 55^1 k.c. jest zorganizowanie określonych składników materialnych i niematerialnych z przeznaczeniem do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu stanowi bazę gospodarczą umożliwiającą prowadzenie określonej działalności gospodarczej, tworząc pewien zorganizowany kompleks gospodarczy. W skład tak rozumianego przedsiębiorstwa wchodzić będzie jego doświadczenie i wiedza gospodarcza (know-how), a także renoma (goodwill) ukształtowana na podstawie dotychczasowej działalności przedsiębiorstwa.

Za goodwill, czy też renomę, uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, rzutujących na jego wartość ekonomiczną, w tym efektywną organizację pracy, racjonalny sposób zarządzania i kontroli jakości oraz wysokie kwalifikacje i kompetencje pracowników. Całokształt tych czynników (renoma, dobre imię – goodwill) stanowi więc dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku służącym prowadzeniu działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa, bądź w osobistych przymiotach osoby wykonującej wolny zawód. Z kolei przez know-how (z ang. „wiedzieć jak") rozumie się konkretne wiadomości fachowe o charakterze techniczno-organizacyjnym wynikające z teorii i doświadczenia.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że – po pierwsze: dobra takie, jak dobre imię podmiotu (goodwill), czy też jego doświadczenie zawodowe i organizacyjne (know-how), którego emanacją są referencje, bezsprzecznie stanowią składnik majątku przedsiębiorstwa i – po drugie: dobra te nie stanowią samodzielnego bytu (składnika), ale w sposób nierozerwalny związane są z danym przedsiębiorstwem, w konsekwencji czego mogą być one zbyte jedynie łącznie z nim lub z jego częścią.

Zważyć należy, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się wprost składnika niematerialnego przedsiębiorstwa postaci „wiedzy i doświadczenia". Wydaje się jednak, iż nie istnieją przeszkody prawne, by uznać, że „zwrot niedookreślony", który stanowi „wiedza i doświadczenie", mieści w sobie wymienione wyżej niematerialne składniki przedsiębiorstwa. W szczególności pojęcie „wiedza" obejmuje zarówno „know-how", jak i tajemnice przedsiębiorstwa. Przez „doświadczenie" należy natomiast rozumieć wiedzę i umiejętności nabyte w ramach zrealizowanego już świadczenia usług, dostaw lub robót budowlanych na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które w odniesieniu do zamówień publicznych pokrywają się z przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ściśle z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się renoma (goodwill), czyli dobra reputacja przedsiębiorstwa wykonawcy.

Należy jednak mieć na uwadze, że w pewnych przypadkach „wiedza i doświadczenie mogą być też związane, nie tyle z przedsiębiorstwem, ile z osobą samego przedsiębiorcy albo z pracow-

nikami przedsiębiorstwa i w efekcie należy je zaliczać do dóbr osobistych zbliżonych do wymienionych w art. 23 Kc dóbr, takich jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska". W takiej sytuacji podmiot, do majątku którego weszło przedsiębiorstwo zbywcy, nie może posługiwać się referencjami w celu wykazania się wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie.

II. Zgodnie z art. 55^2 Kc czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Z przepisu tego wynika, iż przedsiębiorstwo jako pewien kompleks gospodarczy może stanowić samodzielny przedmiot obrotu prawnego, przy czym czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo odnosi skutek do wszystkich jego składników. Pomiędzy zbywcą przedsiębiorstwa, a jego nabywcą powstaje następstwo prawne, które ma charakter singularny. Brak jest tutaj podstaw jurydycznych do stwierdzenia istnienia sukcesji uniwersalnej, jako że nabywca przedsiębiorstwa wstępuje jedynie w prawa wchodzące w skład przedsiębiorstwa, a nie we wszystkie prawa należące do zbywcy .

Kwestia samego przejścia wartości niematerialnych na nabywcę przedsiębiorstwa znalazła swoje rozwinięcie w orzeczeniu Sądu Najwyższego, w którym skład orzekający podniósł, że „nie może ulegać wątpliwości, iż w przypadku skutecznego nabycia przedsiębiorstwa składniki niematerialne, w tym związane z wiedzą i doświadczeniem przechodzą na nabywcę", wskazując przy tym dalej, że „konieczne jest w każdym wypadku rozstrzygnięcie, czy doszło do nabycia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55^2 Kc" bowiem „nabycie przedsiębiorstwa ma miejsce bowiem wówczas, gdy możliwe jest kontynuowanie dotychczasowej działalności gospodarczej". Zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza tylko zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego, obejmującego także składniki niemajątkowe niezbędne do dalszego prowadzenia działalności gospodarczej. Sąd Najwyższy przyjął w konsekwencji, że przy ubieganiu się przez nabywcę przedsiębiorstwa o udzielenie zamówienia publicznego istotnym jest „czy umowa zbycia przedsiębiorstwa obejmuje takie składniki niematerialne związane z wiedzą i doświadczeniem, jak: tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, know-how, kontakty, patenty, które pozwalają na ocenę, że jest w stanie wykonać zamówienie tak, jakby to uczynił zbywca". W przypadku zatem, gdy powyższy warunek jest spełniony, a więc nabywca przedsiębiorstwa nabywa wchodzące w skład tego przedsiębiorstwa dobra niematerialne obejmujące wiedzę i doświadczenie związane z dotychczasową działalnością tego przedsiębiorstwa, nabywca przedsiębiorstwa – jako następca prawny poprzedniego właściciela przedsiębiorstwa, może korzystać z referencji wystawionych na swojego poprzednika, które dotyczącą zamówień zrealizowanych w ramach nabytego przedsiębiorstwa. Tytułem prawnym dla powyższego uprawnienia jest art. 55^2 w zw. z art. 55^1 Kc.

W przypadku zatem zbycia przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (np. sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki w formie wkładu niepieniężnego – aportu), nabywca przedsiębiorstwa może posługiwać się w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego referencjami wystawionymi na zbywcę przedsiębiorstwa. W tym celu wykonawca (nabywca przedsiębiorstwa) powinien przedstawić dokumenty wskazujące na nabycie określonego przedsiębiorstwa, z którego działalnością związane jest doświadczenie, na które powołuje się w toku postępowania, albowiem ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego spoczywa na wykonawcy (arg. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp).

III. Stosownie do art. 491 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 poz. 1030), dalej „Ksh", spółki kapitałowe mogą się łączyć między sobą oraz ze spółkami osobowymi; spółka osobowa nie może jednakże być spółką przejmującą albo spółką nowo zawiązaną. Połączenie zgodnie z art. 492 § 1 Ksh może być dokonane przez przeniesienie całego majątku spółki (przejmowanej) na inną spółkę (przejmującą) za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej (tzw. łączenie się przez przejęcie) albo przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek za udziały lub akcje nowej spółki (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki).

Tym samym, w sytuacji, w której majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na istniejącą spółkę przejmującą albo majątek spółek łączących się na spółkę nowa zawiązaną, spółka przejmująca lub odpowiednio spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (art. 494 § 1 Ksh). W omawianej sytuacji mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną w sferze praw i obowiązków cywilnoprawnych. Polega ona na tym, że w drodze jednego zdarzenia prawnego następca prawny wchodzi w ogół praw i obowiązków majątkowych swego poprzednika z dniem połączenia. Sukcesję uniwersalną charakteryzuje to, że nie jest konieczna zgoda wierzycieli łączących się spółek ani spółek przejmowanych na przejęcie długu. W przypadku łączenia się spółek nie ma problemu związanego z nie wykazaniem określonych składników majątkowych spółek łączących się. Nie ma więc potrzeby zamieszczania w planie połączenia dokładnego spisu składników majątkowych, gdyż łączące się majątki przejdą na jeden podmiot .

Jeżeli więc w skład majątku spółki przejmowanej albo spółek łączących się wchodzą także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartych umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia w wyniku sukcesji generalnej również w te prawa i obowiązki.

Wstąpienie w związku z sukcesją generalną w prawa i obowiązki poprzedników prawnych obejmuje również wejście w sytuację faktyczną tych podmiotów, związaną m.in. z prowadzonymi przez nie przedsiębiorstwami.

Przyjąć zatem należy, iż renoma, doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, czy też know-how przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę przejmowaną lub spółki łączące się oraz potwierdzające je referencje, przejdą z dniem połączenia na spółkę przejmującą albo spółkę nowo zawiązaną, wraz z tymi składnikami majątku spółki przejętej lub spółek łączących się, z którymi ww. niematerialne elementy przedsiębiorstwa są związane.

System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych

1. Wstęp

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, oprócz implementacji dyrektywy obronnej, wdraża do polskiego systemu prawnego również przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tzw. dyrektywy sektorowej, dotyczące systemów kwalifikowania wykonawców.

Wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych nowe art. 134a–134e w odniesieniu do zamówień sektorowych stwarzają możliwość tworzenia i utrzymywania przez zamawiających – systemów kwalifikowania wykonawców, mających polegać na prowadzeniu wykazu wykonawców spełniających określone warunki podmiotowe dotyczące konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

Zasady systemu kwalifikowania wykonawców zostały określone w art. 41, art. 53 oraz załączniku XIV dyrektywy sektorowej. Zgodnie z regulacjami dyrektywy sektorowej zamawiający mogą tworzyć na własne potrzeby systemy kwalifikacji wykonawców, zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które według uznania podmiotów zamawiających, mogą dotyczyć możliwości wykonawców lub charakterystyki robót budowlanych, dostaw lub usług objętych systemem.

Narzędzie w postaci systemu kwalifikowania powinno stanowić udogodnienie dla zamawiających oraz usprawnić proces udzielania zamówień sektorowych, gdyż pozwoli ograniczyć czynności o charakterze powtarzalnym, dotyczące oceny zdolności kandydatów do należytego wykonania określonych kategorii zamówień.

2. Definicja

Wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 12 października 2012 r. do polskiego porządku prawnego system kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, na podstawie wcześniej przeprowadzonych procedur kwalifikacji obejmujących konkretną kategorię zamówień sektorowych. W wykazie zamieszczani będą wykonawcy, spełniający warunki podmiotowe określone przez zamawiającego dla określonej kategorii zamówień. Umieszczenie wykonawcy w wykazie zakwalifikowanych wykonawców oznaczać będzie pozytywną ocenę zamawiającego, co do zdolności konkretnego wykonawcy do wykonania zamówień objętych daną kategorią zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 134a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może ustanowić system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców spełniających warunki wskazane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

Ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców jest fakultatywne i podyktowane wyłącznie potrzebami zamawiającego wynikającymi z prowadzonej działalności w odniesieniu do konkretnej kategorii zamówień sektorowych. Potrzeba ustanowienia takiego systemu będzie mieć szczególne uzasadnienie w odniesieniu do zamówień powtarzalnych. System ustanawiany jest stosownie do potrzeb zamawiającego na czas oznaczony.

System kwalifikowania może mieć podwójne zastosowanie.

Po pierwsze, służy do usprawnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwarzając domniemanie, iż wpisani do wykazu wykonawcy są zdolni do prawidłowego wykonania zamówienia objętego daną kategorią zamówień. Wykonawcy dopuszczeni do systemu, w odniesieniu do zamówień nim objętych są zwolnieni z obowiązku przedkładania wymaganych w konkretnych postępowaniach dokumentów i zaświadczeń potwierdzających spełnianie przez nich warunków określonych przez zamawiającego, np. w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia danej działalności, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, ich sytuację finansową i potencjał ekonomiczny czy też nie podlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Po drugie, ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania może stanowić etap wszczynający konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w których będą mogli uczestniczyć wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do systemu kwalifikowania u danego zamawiającego. W tym przypadku zamawiający wszczyna postępowanie o zamówienie publiczne publikując ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania. Dopuszczonymi do udziału w postępowaniu – składaniu ofert (przetarg ograniczony) czy też negocjacjach (negocjacje z ogłoszeniem) są wykonawcy, którzy zostali dopuszczeni do systemu kwalifikowania. Zamawiający nie publikuje w takim przypadku odrębnego ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem są zamówienia, których dotyczy system kwalifikowania.

System kwalifikowania upraszcza zatem wyłanianie wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienia u danego zamawiającego oraz weryfikację jakościową cech robót, dostaw lub usług objętych systemem. Ustalona przy ustanowieniu systemu, obowiązująca dla powtarzalnych zamówień zasada ich nabywania oraz jednokrotna weryfikacja wykonawcy ma umożliwić nabywanie określonego typu zamówień wielokrotnie, bez dokonywania niektórych czynności weryfikacji zdolności i wiarygodności wykonawcy podczas procedury udzielania zamówienia.

Należy mieć na uwadze, że regulacja systemów kwalifikowania zawarta w art. 134a–134e ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest regulacją zupełną, zatem do tej instytucji w sposób odpowiedni będą mieć zastosowanie inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w tym w szczególności przepisy jej części ogólnej.

Tytułem przykładu, ustawodawca polski nie przewidział wprost możliwości zmiany istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, takich jak opis kategorii zamówienia czy kryteria kwalifikacji, podobnie jak i zakończenia bytu systemu przed określonym w ogłoszeniu terminem jego obowiązywania.

Chociaż co do zasady należy przychylić się do możliwości modyfikowania poszczególnych elementów systemu w trakcie jego trwania, to jednakże ze względu na potrzebę zachowania przejrzystości systemu, zamawiający powinni zachować przy takich czynnościach szczególną ostrożność, zwłaszcza przy modyfikacji istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, które mają wpływ na decyzję wykonawców o ubieganie się o dopuszczenie do systemu. W takich sytuacjach odpowiednie zastosowanie będą mieć zasady modyfikacji określone w art. 12 ust. 4, art. 12 a oraz art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakultatywność instytucji oraz cel jej ustanowienia należy opowiedzieć się za możliwością wcześniejszego zakończenia przez zamawiającego działania systemu przed upływem terminu jego obowiązywania. Istnienie systemu kwalifikowania wykonawców uzasadnione jest potrzebami konkretnego zamawiającego, który powinien mieć swobodę, co decyzji w przedmiocie korzystania z tego narzędzia.

3. Zakres zastosowania

Systemy kwalifikowania mogą mieć zastosowanie wyłącznie do zamówień sektorowych, czyli do zamówień udzielanych przez zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, określonych w art. 132 ust. 1 pkt 1–7 ustawy Pzp, tj.:

1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;

2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;

3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;

4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;

5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;

6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;

7) świadczenia usług pocztowych.

W nowelizacji nie została przewidziana możliwość korzystania przez zamawiających sektorowych z systemów kwalifikowania ustanowionych i prowadzonych przez innych zamawiających, zatem należy uznać, iż polskie podmioty zamawiające mogą korzystać wyłącznie z ustanowionego i prowadzonego przez siebie systemu kwalifikowania wykonawców.

4. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców

Zgodnie z nowym art. 134b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający, w celu ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców, przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogło-

szenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. System kwalifikowania wykonawców jest zatem inicjowany publikacją ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Ogłoszenie przekazuje się zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tj.: http://simap.eu.int.

Zasady publikacji ogłoszeń o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców są takie same, jak dla pozostałych ogłoszeń, tj. ogłoszenie publikowane jest w całości w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w bazie danych TED w języku, w jakim zostało sporządzone. Streszczenie ważniejszych elementów ogłoszenia publikuje się w językach urzędowych UE, przy czym za autentyczny uznawany jest jedynie tekst oryginału ogłoszenia.

Działający u zamawiającego system kwalifikowania wykonawców może obejmować wiele kategorii zamówień, jednak ze względów przejrzystości systemu właściwym jest, by w odniesieniu do każdej kategorii zamówień każdej oddzielnej kategorii publikowane było odrębne ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania.

Art. 134b ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do systemów kwalifikowania wykonawców ustanawianych na okres przekraczający 3 lata, zawiera dodatkowy wymóg corocznej publikacji ogłoszenia o ustanowieniu systemu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców powinny być dodatkowo udostępniane przez zamawiającego na stronie internetowej przez cały okres trwania systemu.

Powyższe rozwiązania mają służyć realizacji zasady jawności i rozpowszechnieniu informacji o istniejących systemach kwalifikowania wśród potencjalnych wykonawców, w celu zapewnienia im możliwości ubiegania się o dopuszczenie do tych systemów i w ten sposób zwiększenie konkurencyjności zamówień objętych systemami kwalifikowania wykonawców.

W Załączniku XIV dyrektywy 2004/18/WE zostały wyszczególnione informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o istnieniu systemu kwalifikowania, tj.:

1) nazwa, adres, adres telegraficzny, adres elektroniczny, numer telefonu, teleksu i faksu podmiotu zamawiającego;

2) o ile dotyczy, wskazanie, czy zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja jest zastrzeżona w kontekście programów wsparcia pracy chronionej;

3) cel systemu kwalifikowania (opis towarów, usług lub robót budowlanych lub ich kategorii, jakie mają być zamawiane poprzez system – numery w nomenklaturze);

4) warunki, jakie powinni spełnić wykonawcy w celu zakwalifikowania w ramach systemu oraz metody, według których będą weryfikowane wszystkie te warunki. Jeżeli opis tych warunków i metod weryfikacji jest obszerny i opiera się na dokumentach dostępnych zainteresowanym wykonawcom, wystarczy podsumowanie głównych warunków i metod oraz odniesienie do tych dokumentów;

5) okres ważności systemu kwalifikowania oraz formalności w celu jego przedłużenia;

6) informacja, czy ogłoszenie stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie;

7) adres, pod którym można uzyskać dalsze informacje i dokumentację dotyczącą systemu kwalifikowania (jeżeli inny niż adres podany w pkt 1);

8) nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, o ile dotyczy, procedury mediacyjne. Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań oraz, jeżeli konieczne, nazwę, adres, numer telefonu i faksu oraz adres e-mail biura, od którego można uzyskać tego rodzaju informacje;

9) kryteria udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 55: „najniższa cena" lub „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie";

10) wszelkie inne istotne informacje.

5. Kategorie systemu kwalifikacji

System klasyfikowania wykonawców zawsze obejmuje przynajmniej jedną określoną kategorię zamówień sektorowych, której opis powinien być dokonywany w sposób zgodny z zasadami sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie powinien zawierać wskazań znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny" (art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Odpowiednie zastosowanie do opisu kategorii zamówień objętych systemem kwalifikowania powinien mieć również art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, określający wymogi jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości stosowanych określeń opisu przedmiotu zamówienia, gdyż informacje zawarte w opisie kategorii zamówień systemu kwalifikowania stanowią dla potencjalnych uczestników systemu podstawę podjęcia decyzji o przystąpieniu do konkretnego systemu kwalifikowania. Do opisu kategorii systemu kwalifikowania należy stosować nomenklaturę Wspólnego Słownika Zamówień (CPV).

6. Warunki kwalifikacji do systemu kwalifikowania wykonawców

Do określania warunków systemu kwalifikowania wykonawców zastosowanie mają przepisy dotyczące formułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Odmowa dopuszczenia wykonawcy do udziału w systemie może być oparta tylko na kryteriach kwalifikacji określonych dla danego systemu.

Celem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wspomaganie procesu prawidłowego wydatkowania pieniędzy publicznych poprzez udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom dającym rękojmię ich należytego wykonania. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia można podzielić na warunki pozytywne, określone ogólnie w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, których spełnienie warunkuje udział w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunki negatywne, dotyczące wiarygodności wykonawcy, określone w art. 24 ustawy Pzp, których wystąpienie eliminuje możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w odniesieniu do zamówień sektorowych o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp mogą odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem w odróżnieniu od zamówień klasycznych, szerszy jest zakres swobody zamawiających udzielających zamówień sektorowych w procesie kwalifikacji wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ma również zastosowanie do ustalania przez zamawiającego warunków na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców dotyczących określonej kategorii zamówień sektorowych.

Warunki kwalifikowania wykonawców nie mogą jednak być dowolne. Powinny być obiektywne, nie mogą zaś być arbitralne lub irracjonalne, tzn. formułować wymogów, które nie mają żadnego związku z wykonaniem zamówień. Warunki powinny także być adekwatne do danej kategorii zamówień sektorowych. Przy ustalaniu podstaw kwalifikowania zamawiający musi kierować się zasadą niedyskryminacji wynikającą z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i szerszą zakresowo regułą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, wyrażoną w przepisach dyrektywy 2004/17/WE. Wymagania administracyjne, techniczne czy finansowe w ramach każdej z kategorii zamówień sektorowych powinny być jednolicie wymagane od wszystkich potencjalnych wykonawców, z zastrzeżeniem, że wnioski o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców mogą również być składane przez grupy wykonawców. Identycznie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego, dopiero przed zawarciem konkretnej umowy w sprawie zamówienia sektorowego zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania.

Do oceny, czy wykonawca spełnia warunki określone w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania zastosowanie ma art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca może zatem polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówień. Wykonawca powinien wykazać, że zasoby podmiotów trzecich będą faktycznie dostępne dla niego w całym okresie obowiązywania systemu kwalifikacji.

7. Kwalifikacja wykonawców

Wykaz zakwalifikowanych do systemu wykonawców sporządza, aktualizuje oraz prowadzi zamawiający przez czas określony w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Polskie przepisy nie przewidują możliwości ograniczania liczby wykonawców uczestniczących w systemie na innej podstawie, niż na podstawie obiektywnych warunków określonych przez zamawiających w publicznym ogłoszeniu o ustanowieniu systemu.

Procedura kwalifikowania wykonawców odbywa się na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w systemie, złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wnioski mogą być wnoszone w całym okresie obowiązywania systemu. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku na wybranie wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie, przy czym o dopuszczeniu albo odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający powinien powiadomić wykonawcę niezwłocznie, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wraz z wnioskiem wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału określonych przez zamawiającego. Na żądanie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o istnieniu systemu, wykonawcy powinni złożyć również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pod rygorem niedopuszczenia do systemu. Co do zasady, dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie delegacji przewidzianej w art. 25 Pzp. W procedurach udzielania zamówień sektorowych oraz na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców zamawiający mogą żądać również innych dokumentów, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowaniem procesu kwalifikacji wykonawców do systemu kwalifikowania wykonawców będzie sporządzenie przez zamawiającego wykazu zakwalifikowanych wykonawców, podzielonego na odpowiednie kategorie zamówień sektorowych. Wykaz jest jawny i powinien być udostępniany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Wykaz nie ma jednak charakteru statycznego i w okresie obowiązywania systemu podlegać może zmianom, np. w wyniku aktualizacji wniosków złożonych przez wykonawców lub składania nowych wniosków.

Zgodnie z art. 134d ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczenie do systemu kwalifikowania oznacza dla wykonawcy zwolnienie z obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone dokumenty są aktualne w rozumieniu odrębnych przepisów.

Wprawdzie aktualizacja złożonego wniosku jest prawem wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, to wykonawcy powinni dbać o aktualność dokumentów składanych, pod rygorem utraty możliwości korzystania z udogodnień wynikających z wcześniejszego dopuszczenia do systemu kwalifikowania wykonawców.

8. Zastosowanie systemu kwalifikacji wykonawców w procedurach przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem

W odniesieniu do zamówień sektorowych objętych systemem kwalifikowania wykonawców, nowa regulacja zezwala zamawiającym na odstąpienie od konieczności odrębnego ogłaszania o tych zamówieniach w przypadku zastosowania trybów przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Stosownie do nowego art. 134e ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie postępowań w tych trybach będzie mogło nastąpić przez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym celu ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikacji powinno zawierać stosowne zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W takiej sytuacji, za dopuszczonych do udziału w postępowaniu będą uważani wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, do określonej kategorii zamówień sektorowych.

Brak konieczności ponownego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za jedną z podstawowych korzyści dla zamawiającego, wynikającą z utworzenia systemu kwalifikowania.

Zastosowanie ogłoszenia o ustawieniu systemu kwalifikowania wykonawców do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie jednak możliwe w odniesieniu do innych procedur udzielania zamówień np. przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zainteresowani zwiększeniem konkurencji, poprzez udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia również innych podmiotów niż dopuszczone do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, powinni do wszczęcia postępowań o udzielenie zamówienia zastosować stosowne ogłoszenia o zamówieniu sektorowym, inne jednak niż ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców.

Podsumowanie

Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień sektorowych możliwości stosowania przez zamawiających systemów kwalifikowania wykonawców wynika z implementacji przepisów dyrektywy 2004/17/WE.

System kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, co do których przeprowadzono procedurę sprawdzającą dotyczącą spełniania określonych przez zamawiającego warunków podmiotowych w zakresie konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

System jest jawny i ustanawiany jest na czas określony. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców podlega opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Nowe narzędzie powinno sprzyjać odbiurokratyzowaniu procesu udzielania zamówień sektorowych poprzez rezygnację z obowiązku żądania dokumentów od wykonawców objętych systemem kwalifikowania.

Celem nowej regulacji jest umożliwienie zamawiającym zaoszczędzenie czasu oraz kosztów związanych z procedurą weryfikacji oraz przedstawiania stosownych dokumentów przez wykonawców oraz umożliwienie zamawiającemu dysponowania pulą potencjalnych wykonawców, gdy zamierza on udzielić zamówienia w trybie negocjacyjnym lub ograniczonym.

Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Wprowadzenie

Przepisy dotyczące podwykonawstwa to – obok rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji – jedna z głównych nowości wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), dalej: ustawa nowelizująca, w ślad za dyrektywą obronną[1], do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; Nr 161, poz. 1078; Nr 182, poz. 1228; z 2011 r. Nr 5, poz. 13; Nr 28, poz. 143; Nr 87, poz. 484; Nr 234, poz. 1386; Nr 240, poz. 1429; z 2012 r. poz. 769, 951, 1101 i 1271), dalej: ustawa, i jeden z głównych elementów wyróżniających sposób uregulowania postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na tle ogólnego reżimu udzielania zamówień publicznych.[2]

W przypadku zamówień udzielanych na podstawie przepisów dodawanego ustawą nowelizującą rozdziału 4a w dziale III ustawy zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, przy czym poziom ten nie może przekraczać 30% wartości udzielonego danemu wykonawcy zamówienia. Co więcej, ustawa nowelizująca przewiduje wybór podwykonawców w drodze konkurencyjnego postępowania wszczynanego publikacją ogłoszenia o podwykonawstwie. Taka procedura znajduje zastosowanie zawsze, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, a także jeżeli zamawiający zobowiąże do tego wykonawcę w odniesieniu do części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Celem tych przepisów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień małym i średnim przedsiębiorstwom, którym byłoby trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, przy jednoczesnym zagwarantowaniu im równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego.

Definicje

Umowa o podwykonawstwo została zdefiniowana w art. 131m ust. 2 ustawy jako pisemna umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a co najmniej jednym innym podmiotem.

---

[1] Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76).

[2] Por. przygotowaną przez Dyrekcję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług *Guidance note on Subcontracting* opublikowaną na stronie internetowej Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-subcontracting_en.pdf. Polskie tłumaczenie noty można znaleźć w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, str. 169 i nast.

Jednocześnie za taki inny podmiot, tj. za podwykonawcę, na mocy 131u ust. 1, nie uznaje się podmiotów powiązanych z wykonawcą ani podmiotów wchodzących w skład grupy utworzonej w celu ubiegania się o zamówienie, ani podmiotów powiązanych z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy.

Wymagania w zakresie podwykonawstwa

Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może nałożyć na wykonawcę szczególne wymagania dotyczące podwykonawstwa, o których ma obowiązek poinformować na możliwie wczesnym etapie postępowania, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu. Inaczej niż w przypadku bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, gdzie wyliczenie możliwości dostępnych zamawiającemu nie jest wyczerpujące, katalog dopuszczalnych wymagań w zakresie podwykonawstwa, zawarty w art. 131g ust. 3 i 131m ust. 1 ustawy, ma charakter zamknięty. Mogą one obejmować:

- wzorem zamówień objętych reżimem ogólnym – zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, oraz podania wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiotu umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani;

- zobowiązanie wykonawcy do poinformowania zamawiającego o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia;

- zobowiązanie wykonawcy do wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu – w odniesieniu do wszystkich lub niektórych planowanych przez wykonawcę umów o podwykonawstwo;

- zobowiązanie wykonawcy do zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu (ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa);

- zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego oraz poinformowania o podwykonawcach, których wykonawca już wybrał.

Wszystkie wymienione rozwiązania mają charakter fakultatywny i ich zastosowanie zostało uzależnione od decyzji zamawiającego podejmowanej w konkretnym postępowaniu.

Formularz ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[3] zawiera dedykowaną podwykonawstwu część II.1.7 umożliwiającą poinformowanie wykonawców o wymaganiach zamawiającego dotyczących podwykonawstwa.

Ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa

Przepis art. 131m ustawy przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zobowiązania wykonawcy do powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu poprzez wskazanie minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Zamawiający, który zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w tym zakresie, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo. Inaczej mówiąc, zamawiający określa minimalny poziom podwykonawstwa, podając w ogłoszeniu dwie wartości: dolną i górną granicę podwykonawstwa rozumianego jako odsetek

[3] Wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony w załączniku XVI do rozporządzenia wykonawczego Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie nr 1564/2005 (Dz. Urz. UE L 222 z 27.8.2011, str. 1).

wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom. Zarazem ustawa ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu drugiej z tych wartości, wskazując, że łączna wartość umów o podwykonawstwo objętych omawianym obowiązkiem nie może przekraczać 30% udzielanego zamówienia. Tym samym, zamawiający może określić minimalny poziom podwykonawstwa poprzez wskazanie dwóch wartości mieszczących się w przedziale od > 0% do 30% wartości udzielanego zamówienia.

Wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia powyższych wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa. Każdy procent wartości umowy mieszczący się w przedziale określonym przez zamawiającego uznaje się za realizujący wymagania zamawiającego dotyczące podwykonawstwa.

Jednocześnie za spełniające wymagania zamawiającego w tym zakresie nie uznaje się, zgodnie z art. 131u ustawy, umów zawartych przez wykonawcę z podmiotami powiązanymi i podmiotami wchodzącymi w skład grupy utworzonej w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie, ani z podmiotami powiązanymi z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy. Wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty wykaz tych podmiotów oraz na bieżąco go uaktualniać.

Wszystkie części zamówienia wskazane przez wykonawcę w celu spełnienia wymagań dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa muszą być powierzone podwykonawcom wybranym w konkurencyjnym postępowaniu, o czym niżej.

Należy przy tym pamiętać, że na podstawie art. 131p ust. 1 ustawy wykonawcy przysługuje jednocześnie uprawnienie do powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia w części wykraczającej poza minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zamawiający, określając w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny poziom podwykonawstwa, tj. zobowiązując wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo stanowiących ustalony odsetek wartości głównego zamówienia, nie ma wpływu na to, które konkretnie części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom celem osiągnięcia wymaganego minimalnego poziomu podwykonawstwa. Zamawiający może natomiast mieć wpływ na to, które spośród części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa, zostaną powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym. Tyle że i w tym przypadku wpływ zamawiającego jest ograniczony, bowiem opiera się na wyborze dokonanym w ofercie przez wykonawcę.

Wybór podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców zostało uregulowane w art. 131n ustawy.

Jak to zostało wyżej wspomniane, wykonawca jest zobowiązany do wyłonienia podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym zawsze, gdy zamawiającym korzysta z przysługującego mu uprawnienia do określenia minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Ponadto, jeżeli wykonawca zamierza zawrzeć umowy o podwykonawstwo w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa określony przez zamawiającego, informuje o tym zamawiającego, wskazując, które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom ponad poziom minimalny, a zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wskazania, które z tych części powinny zostać powierzone w postępowaniu konkurencyjnym.

Podobnie w sytuacji, gdy zamawiający nie określa minimalnego poziomu podwykonawstwa, a wykonawca zamierza zlecić realizację części lub całości zamówienia podwykonawcom, zamawiającemu przysługuje uprawnienie wskazania, w oparciu o decyzję wykonawcy, części zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym.

Aby realizacja omawianych uprawnień zamawiającego była możliwa, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, a w przypadku, gdy zamawiający korzysta z uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim w zakresie wykraczającym ponad ten poziom minimalny.

Umowy o wartości powyżej tzw. progów unijnych

W przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro[4] oraz robót budowlanych o wartości co najmniej 5 000 000 euro[5] wykonawca, któremu udzielono zamówienia, wszczyna postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców, publikując ogłoszenie o podwykonawstwie. Przepisy dotyczące ogłoszenia o zamówieniu stosuje się odpowiednio. Oznacza to, w szczególności, że wykonawca przekazuje ogłoszenie o podwykonawstwie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pisemnie faksem lub drogą elektroniczną za pomocą strony internetowej http://simap.europa.eu. Przy ustalaniu wartości umowy o podwykonawstwo wykonawca stosuje odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia (zob. art. 32–35 ustawy).

Wykonawca nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia o podwykonawstwie, jeśli zachodzi którakolwiek z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Ogłoszenie o podwykonawstwie[6] musi przede wszystkim zawierać opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podwykonawcę. Oprócz kryteriów selekcji jakościowej podwykonawców (warunków udziału w postępowaniu) przewidzianych przez zamawiającego, opis ten może obejmować wszelkie inne kryteria, jakie wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców i oceny ich ofert, o ile będą one obiektywne, niedyskryminujące i spójne ze sposobem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału stosowanym przez zamawiającego przy wyborze wykonawcy głównego zamówienia.

W toku postępowania w sprawie wyboru podwykonawców wykonawca jest obowiązany działać w sposób przejrzysty i przestrzegać zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców może prowadzić do zawarcia umowy ramowej. W takiej sytuacji umowy o podwykonawstwo zawierane są na warunkach określonych w umowie ramowej. Z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, uwzględniając cykl życia produktów oraz trudności techniczne, jakie spowodowałaby zmiana wykonawcy, okres, na jaki jest zawierana umowa ramowa, nie może przekroczyć siedmiu lat.

Wykonawca nie ma obowiązku zawierania umowy o podwykonawstwo, jeżeli żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców albo żadna ze złożonych ofert nie spełniają wymagań określonych w ogłoszeniu o podwykonawstwie, wskutek czego wykonawca nie może spełnić wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa.

Umowy o wartości poniżej tzw. progów unijnych

Publikacja ogłoszenia o podwykonawstwie nie jest obowiązkowa w przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 400 000 euro oraz robót budowlanych o wartości poniżej 5 000 000 euro. Zarazem

[4] Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650) równowartość kwoty 400 000 euro wynosi 1 607 840 złotych.

[5] Zgodnie z cyt. rozporządzeniem w sprawie kursu złotego równowartość kwoty 5 000 000 euro wynosi 20 098 000 złotych.

[6] Wzór ogłoszenia o podwykonawstwie został określony w załączniku XVIII do rozporządzenia 842/2011.

ustawa dopuszcza publikację takiego ogłoszenia, niezależnie od wartości umowy o podwykonawstwo, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym.

W przypadku tego rodzaju umów o podwykonawstwo ustawa nakłada jedynie na wykonawcę obowiązek stosowania zasad traktatowych, w szczególności zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i działania w sposób przejrzysty.

Możliwość odrzucenia podwykonawców

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a także na każdym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu przysługuje, na mocy art. 131r ust. 1 ustawy, uprawnienie do odrzucenia proponowanego podwykonawcy, w stosunku do którego zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym ze względu na bezpieczeństwo dostaw, bezpieczeństwo informacji albo zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, lub który nie spełnia przewidzianych dla wykonawcy zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Do podwykonawców znajdują zastosowanie te same przesłanki wykluczenia, które obowiązują w przypadku wykonawców (zob. art. 131e ust. 1 ustawy). Z kolei do oceny spełniania przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu stosuje się odpowiednio opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę z uwzględnieniem opisu przedmiotu umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, że stawiane podwykonawcom warunki muszą być związane z przedmiotem tej umowy oraz być do przedmiotu tej umowy proporcjonalne.

Odrzucając podwykonawcę, zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawcy, który go proponował, o powodach swojej decyzji.

Odpowiednikiem omawianego uprawnienia zamawiającego po stronie wykonawcy jest obowiązek wskazania w ofercie wszystkich proponowanych podwykonawców wraz z przedmiotem umów, dla których zostali wybrani, zaś na etapie realizacji zamówienia obowiązek informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców. Dlatego też wskazane jest, by zamawiający, celem umożliwienia sobie realizacji uprawnień w tym zakresie, nałożył na głównego wykonawcę odpowiednie obowiązki informacyjne.

Podsumowanie

Reasumując, ustawa przewiduje możliwość nałożenia przez zamawiającego na wykonawcę szeregu wymagań w zakresie podwykonawstwa, które mogą, w szczególności, dotyczyć obowiązku wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu albo obowiązku zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom. Poza tym ustawa przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, jeżeli podwykonawcy proponowani przez wykonawcę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w tym tych dotyczących bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw.

Opłacona polisa

I. Celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku finansowego zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zwanego dalej *„Rozporządzeniem"*, może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Co do zasady dokumentem jest polisa, ale nie tylko sam dokument polisy ubezpieczeniowej. Jeżeli z okoliczności zawarcia umowy ubezpieczenia i przedłożonego dokumentu nie wynika fakt opła-

cenia jej, a zatem istnienia odpowiedzialności ubezpieczeniowej, konieczne jest załączenie kolejnego dokumentu, którego forma powinna odpowiadać formie dokumentu podstawowego. „Opłacona polisa" może stanowić zatem jeden dokument lub zestaw dokumentów. Należy podzielić pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt XIX Ga 460/12, przez Sąd Okręgowy w Katowicach, który wskazał, że pojęcie „opłaconej polisy" należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. Nr 226, poz. 1817– przyp. wł.) należy sięgnąć do art. 814 § 1 kc. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym – w określonych umownie ratach. Jeżeli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże się opłaceniem składki bądź wykaże, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed opłaceniem składki, w obu przypadkach wymóg z § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia będzie spełniony.

II. Odnosząc się do formy dokumentu w jakiej wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu opłaconą polisę, podkreślić należy, iż na mocy § 7 ust. 1 Rozporządzenia, forma ta ograniczona została jedynie do oryginału dokumentu lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku zaś składania elektronicznego dokumentu, powinien on być co do zasady opatrzony przez wystawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym, forma pisemna w jakiej wykonawcy mają przedkładać zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, o których mowa w Rozporządzeniu, odpowiada regulacji z art. 78 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.). W świetle art. 78 § 1 Kc do zachowania formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Wyrażoną art. 78 § 1 Kc zasadę pisemności tj. złożenia na dokumencie własnoręcznego podpisu, ustawodawca ograniczył m.in. w drodze art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.), zwanej dalej *„Prawo bankowe"*. Przepis ten stanowi, że dokumenty związane z czynnościami bankowymi nie wymagają pieczęci ani podpisu. Jeżeli zaś ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie elektronicznej spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności (arg. z art. 7 ust. 3 Prawo bankowe). *„Przepis ten (art. 7 ust. 3) łagodzi wymóg formy pisemnej w zakresie czynności bankowych. Dopuszczalność liberalizacji w odniesieniu do zasad ogólnych wynika ze szczególnej pozycji banków, na które ustawodawca nakłada surowe wymogi, ale równocześnie obdarza szczególnym zaufaniem, jako podmioty działające pod publicznoprawnym nadzorem. Z tego względu nie jest potrzebne gwarantowanie ekwiwalentu podpisu własnoręcznego."*[1]

Tym samym, wydruk elektroniczny dokumentu bankowego, wygenerowanego w związku ze złożeniem oświadczenia woli związanego z dokonywaniem czynności bankowych np. zestawienie operacji dokonywanych w danym okresie na rachunku bankowym przez jego posiadacza, nie wymaga stempla ani podpisu, ani tym bardziej potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

---

[1] Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U.02.72.665), [w:] F. Zoll (red.), A. Adamek, K. Bitner-Przybylska, M. Brożyna, M. Chudzik, A. Frań, I. Karasek, K. Kohutek, K. Korus, R. Kwaśnicki, J. Lachner, J. Molis, M. Olczyk, K. Płończyk, P. Podlasko, M. Porzycki, A. Rataj, D. Rogoń, M. Rusinek, M. Spyra, T. Spyra, S. Szuster, P. Tereszkiewicz, A. Wacławik, F. Wejman, M. Wyrwiński. Prawo bankowe. Komentarz, Tom I i II, Zakamycze, 2005,

III. Reasumując, przedłożenie przez wykonawcę elektronicznego wydruku komputerowego, zgodnie z art. 7 Prawa bankowego, z którego treści wynika dokonanie przez wykonawcę przelewu z tytułu opłacenia polisy w określonym dniu, stanowi potwierdzenie okoliczności opłacenia polisy także wówczas, gdy dokument ten nie został opatrzony pieczęcią i podpisem osoby uprawnionej w banku do wydawania takich dokumentów, jak i wówczas gdy dokument ten nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę. Zamawiający zatem nie może wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcy przedkładającego potwierdzenie dokonania przelewu z tytułu opłacenia polisy w formie wydruku komputerowego, z uwagi na niezachowanie formy pisemnej przedmiotowego dokumentu. Jednakże, przesłany np. faksem czy pocztą elektroniczną obraz wydruku stanowi jedynie kopię (odpis) dokumentu traktowanego jako oryginał i wymaga poświadczenia za zgodność z oryginałem.

Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

I. Zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.),* dalej „ustawa Pzp", w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców zawiera *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231),* dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów". Przepis § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać dokumentu w formie aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Z kolei z § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika, że dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

II. Przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie określają statusu prawnego wydruku komputerowego, nie precyzują także mocy dowodowej wydruku odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, dalej „KRS", czy z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dalej „CEIDG".

Status prawny elektronicznego wydruku z KRS uregulowany został w *ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186, z późn. zm.)*, dalej „ustawa o KRS". W świetle art. 4 ust. 3 ustawy o KRS Centralna Informacja wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji z Rejestru, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w postaci papierowej lub elektronicznej. Z kolei art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS stanowi, że pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3 (odpisów, wyciągów i zaświadczeń – przyp. własny), jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze.

Cechy samodzielnie pobranych wydruków komputerowych, o których mowa w art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS, określa treść *rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 grudnia 2011 r. w sprawie ustroju i organizacji Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz trybu i sposobu udzielania informacji z Krajowego Rejestru Sądowego i wydawania kopii dokumentów z katalogu, a także struktury udostępniania informacji o podmiotach wpisanych do rejestru oraz cech wydruków umożliwiających ich weryfikację z danymi w Rejestrze (Dz. U. Nr 297, poz. 1760, z późn. zm.).* Zgodnie z § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia pobrany samodzielnie wydruk komputerowy aktualnych informacji o podmiocie umożliwia jego weryfikację z danymi zawartymi w rejestrze, jeżeli posiada następujące cechy: (1) adres strony internetowej, na której zamieszczone są aktualne informacje o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego; (2) formę graficzną zgodną z załącznikiem nr 12 i 13 do rozporządzenia; (3) identyfikator wydruku. Jeżeli zatem, przedkładany przez zainteresowany podmiot samodzielnie pobrany wydruk komputerowy z KRS, nie posiada którejkolwiek z ww. cech, wówczas dokument ten pozbawiony jest mocy dokumentu urzędowego.

III. Złożenie przez wykonawcę, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, elektronicznego wydruku z KRS, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia weryfikacji przedmiotowego dokumentu pod kątem jego zgodności z treścią § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Co do zasady analiza elektronicznego wydruku z KRS nie wymaga od zamawiającego posłużenia się widniejącym na wydruku identyfikatorem dokumentu, bowiem samo sprawdzenie informacji zamieszczonych na prowadzonej przez Ministerstwo Sprawiedliwości stronie internetowej, tj. danych udostępnianych z godnie z art. 4 ust 4a ustawy o KRS, daje potwierdzenie prawdziwości informacji przedstawionych na wydruku. Niemniej jednak, w przypadku niezgodności danych zawartych w złożonym przez wykonawcę dokumencie z zakresem informacji wskazanym na ww. stronie internetowej, zamawiający powinien zweryfikować treść dokumentu za pomocą jego identyfikatora, ponieważ metoda ta umożliwia potwierdzenie danych objętych treścią elektronicznego wydruku z KRS z informacjami widniejącymi w KRS z chwili, z której pochodzi wydruk.

Z uwagi na ustawowe nadanie elektronicznemu wydrukowi z KRS mocy dokumentu urzędowego brak jest podstaw do żądania od wykonawców składających takie elektroniczne wydruki z KRS w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania, iż nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzania tych warunków za zgodność z oryginałem. Samodzielnie pobrane przez wykonawców wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w tym Rejestrze, nie wymagają podpisu ani pieczęci, a zatem również pisemnych oświadczeń osoby posługującej się tego typu dokumentem.

Jeżeli natomiast wykonawca przedkłada w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego wydruk z dokumentu elektronicznego, który został mu wydany przez Centralną Informację KRS, do wydruku takiego wykonawca powinien załączyć stosowne oświadczenie. Zgodnie z treścią § 9 ust. 3 *rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie warunków organizacyjno-technicznych dotyczących form wniosków i dokumentów oraz ich składania droga elektroniczną do sądów rejestrowych i Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz sposobu posługiwania się dokumentami wydanymi w postaci elektronicznej (Dz. U. Nr 229, poz. 1773),* dalej „Rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2011 r.", w określonych sytuacjach osoba przedkładająca wydruk dołącza bowiem do niego oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym. Oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym składa się zatem jedynie do wydruków z dokumentów elektronicznych uzyskiwanych przez wykonawcę z Centralnej Informacji KRS w formie PDF i opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym, stosownie do treści art. 4 ust. 3 ustawy o KRS, nie zaś do samodzielnie pobranych przez wykonawcę wydruków z KRS, o których mowa w art. 4 ust. 4aa ustawy o KRS.

Należy nadmienić, że odpisy dokumentu z KRS we wskazanej wyżej postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, mogą być wykorzystywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci elektronicznej, o ile w danym postępowaniu będzie to możliwe. Jeżeli natomiast nie jest to możliwe, dokument taki może być wykorzystany w formie wydruku, ale wówczas wymagane jest opatrzenie wydruku oświadczeniem wykonawcy.

IV. Zgodnie z art. 38 ust. 4 *ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.)*, dalej „ustawa SDG", zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych, o których mowa w art. 25 ust. 1 (w tym także danych dotyczących upadłości przedsiębiorcy – art. 25 ust. 1 pkt 14 ustawy SDG), mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej. Istnieją zatem tylko dwie formy w jakich uzyskać można zaświadczenie o wpisie do CEIDG celem potwierdzenia faktu wykonywania działalności gospodarczej przez danego przedsiębiorcę, bądź też innych okoliczności z tą działalnością związanych, tj. forma elektroniczna bądź wydruk ze strony CEIDG.

Jednocześnie, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy SDG, organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG. Pozbawienie organów administracji publicznej prawa żądania zaświadczeń o wpisie w CEIDG, opiera się na możliwości stosownego zweryfikowania przedsiębiorcy w oparciu o powszechnie dostępne, za pośrednictwem strony internetowej CEIDG, dane i informacje odnoszące się do poszczególnych przedsiębiorców. Niemniej jednak, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawa Pzp klasyfikuje zaświadczenie o wpisie w CEIDG jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, w zależności od wartości zamówienia, żąda bądź może żądać (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu, w tym zaświadczenia o wpisie w CEIDG. Dokument ten bowiem został literalnie wskazany w §3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako dokument składany w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na marginesie zaznaczyć należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego norma z art. 38 ust. 5 ustawy SDG nie będzie miała zastosowania, bowiem zamawiający, którzy poza procedurą zamówieniową działają w charakterze organu administracji publicznej, nie posiadają w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statusu organu administracji publicznej, tj. nie wykonują czynności w zakresie władztwa publicznego (*imperium*), lecz działają jako równorzędne strony szeroko pojętych stosunków cywilnoprawnych (*dominium*).

Uwzględniając zatem powyższe, w tym fakt, iż samodzielnie pobrany przez wykonawcę wydruk zaświadczenia o wpisie do CEIDG stanowi literalne odzwierciedlenie informacji publicznie udostępnionych za pośrednictwem strony internetowej CEIDG przyjąć należy, iż posiada on charakter dokumentu oryginalnego, niewymagającego składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń przez osobę posługującą się przedmiotowym dokumentem, w tym potwierdzania tego dokumentu przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest także treść informacji zamieszczanej na każdym samodzielnie pobranym wydruku zaświadczenia o wpisie do CEIDG, gdzie wskazuje się, iż *„Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. i ma moc zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP"*.

Reasumując:

I. Samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej posiadają status dokumentu oryginalnego w rozumieniu Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

II. Zamawiający nie ma podstaw do żądania poświadczenia przez wykonawcę za zgodność z oryginałem złożonych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie pobranych wydruków komputerowych aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Zasady oceny przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem postępowania lub w celu sporządzenia oferty posługiwali się osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Istnienie zależności wyczerpujących normę art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nie może być przedmiotem domniemania, bowiem musi być niezbicie udowodnione w okolicznościach konkretnego przypadku. W sytuacji zaistnienia ww. okoliczności zamawiający ma obowiązek ustalić, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji[1].

Interpretacja zacytowanego przepisu pozwala sformułować trzy przesłanki, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą oraz jedną negatywną niweczącą podstawę wykluczenia. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania", art. 29–38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy:

– opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych – sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,

– oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,

– przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanka negatywna, stanowi, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji.

Co zasady, wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może mieć przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu. Jednakże istnienia takiej zależności zamawiający nie może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który opracował np. dokumentację projektową, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu – z uwagi na opracowanie projektu i kosztorysów inwestorskich – była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpali ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na gruncie ustalonej wykładni przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej, w postaci projektu i kosztorysów inwestorskich, nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z po-

[1] Por. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii, sygn. C-21/03, C-34/03.

stępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia. Wykonawca taki opracowując dokumentację projektową nabył bowiem informacje o przedmiocie zamówienia. Jeśli zaś powyższe informacje wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentacje projektową na potrzeby postępowania, w którym następnie złożył ofertę polegała jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Jeżeli więc nie wykazano przesłanki utrudniania uczciwej konkurencji, a przede wszystkim nie udokumentowano jej dowodami, przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie może mieć zastosowania. Z samego faktu udziału określonego wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie wynika bowiem, że wykonawca ten miał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami postępowania. A zatem zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia takiemu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania poprzez opracowanie dokumentacji projektowej w przypadku, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą na gruncie tego postępowania.

Udzielanie zamówień zastrzeżonych na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – spełnianie warunku dotyczącego profilu zatrudnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

W myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej: „Pzp"), możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego została ograniczona do wykonawców spełniających określone przez zamawiającego, na postawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz niepodlegających wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp. Dodatkowo, zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający, może zastrzec, iż o udzielenia zamówienia publicznego, w prowadzonym przez niego postępowaniu ubiegać się mogą wyłącznie wykonawcy, zatrudniający w ponad 50% osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Wprowadzenie do przepisów ustawy Pzp regulacji art. 22 ust. 2 ustawy miało na celu wyrównanie możliwości konkurencyjnych przedsiębiorstw zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienia publiczne, a także aktywizację i zwiększenie szans na rynku pracy osób niepełnosprawnych (teza 28 preambuły dyrektywy 2004/18/WE). W konsekwencji, w postępowaniach zastrzeżonych w oparciu o dyspozycję tego przepisu, mogą wziąć udział wyłącznie wykonawcy, którzy wykażą, iż charakteryzują się określoną strukturą zatrudnienia, w której ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.

Obowiązek legitymowania się przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu określonym profilem zatrudnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, należy traktować jako odrębny, niezależny od opisanych w ust. 1 art. 22 ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu. Warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1, służą bowiem ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego wykonawcy, warunek zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych, określa natomiast wyłącznie strukturę zatrudnienia istniejącą u wykonawcy dopuszczonego do udziału w postępowaniu, bez oceny doświadczenia, czy też wiedzy tych osób (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2255/12).

Na odrębny sposób traktowania ww. warunków wskazują również przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), w tym brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy, w który odnosi się wyłącz-

nie do treści warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 i § 5 rozporządzenia, które traktują odrębnie dokumenty składane na potwierdzenie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych.

Dyspozycja art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne rodzi konieczność jego ścisłej wykładni. Takie brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny oferty konsorcjum nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. W konsekwencji spełnienie przez jednego z konsorcjantów warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, odmiennie niż np. w przypadku dysponowania określoną wiedzą i doświadczeniem nie będzie automatycznie powodowało spełnienia warunku przez całe konsorcjum.

W konsekwencji, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 50% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.

Zawiązanie konsorcjum nie może bowiem stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych, a np. zamierzają jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy chronionej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2012 r., sygn. KIO 2249/12). Powyższą interpretację wzmacnia również treść art 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

1. **Obowiązek legitymowania się przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu określonym profilem zatrudnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, należy traktować jako odrębny, niezależny od opisanych w ust. 1 art. 22 ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu.**

2. **Istotą ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne jest uprzywilejowanie kręgu podmiotów o określonym profilu zatrudnienia i** *de facto* **ograniczenie konkurencji wyłącznie do podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne na określonym w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp poziomie.**

3. **Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnią warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, tylko w przypadku, gdy wykażą, że ponad 50% zatrudnianych przez każdego z nich pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.**

VI. WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ

Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

Przepis art. 90 ust. 1 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.*, zw. dalej jako „ustawa Pzp"), ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić „w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert". Sformułowanie „w szczególności" należy rozumieć jako przykład sytuacji, w której zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę. Warto nadmienić, że do nowego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nawiązuje już wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1883/14) w zakresie wskazówek interpretacyjnych stosowania przepisów dotyczących ustalania podstaw rażąco niskiej ceny. Izba orzekła w nim, że zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż oferta tego wykonawcy nie była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen ofert, ani nie była niższa o 30% względem kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Przy czym, wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny ofertowej, która zdaje się być rażąco niska, gdyż zachodzi w stosunku do niej jedna z wyżej wymienionych okoliczności, nie przesądza, że cena danej oferty jest rażąco niska. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera bowiem definicji rażąco niskiej ceny, ale wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. O tym, czy oferta jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Określony w art. 90 ust. 1 Pzp próg „30%" stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponieważ zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, należy zaznaczyć, że bez względu na brak zaistnienia okoliczności przykładowo wymienionych w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny oferty, wymienione są w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 *ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wy-*

nagrodzeniu za pracę (art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Tym samym, zamawiający uprawniony jest również do żądania takich wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia dodatkowych informacji, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający powinien przy tym w sposób wyraźny i możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na wykonawcę, jako na podmiot, który jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprowadzona regulacja odpowiada m.in. dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 669/14), zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprosta obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

W art. 190 ust. 1a Pzp (postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą) oraz w art. 198ea Pzp (postępowanie przed sądem okręgowym), określona została zasada odwróconego ciężaru dowodowego, zgodnie z którą, obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa odpowiednio na:

1. wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: stroną postępowania albo interwenientem);

2. zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: nie jest stroną postępowania albo interwenientem).

Powyższe rozwiązanie ma na celu zapobieżenie sytuacji, w której obowiązkiem wykazywania nierealistycznej wartości cudzej oferty, będzie obciążony podmiot zarzucający zamawiającemu bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

Reasumując, jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcę do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Niedopuszczalność zwrotu próbek załączonych do oferty wybranego wykonawcy

I. W myśl § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może żądać w szczególności, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli

próbki oferowanych towarów. Tym samym należy przyjąć, iż przepisy rozporządzenia przesądzają o kwalifikacji próbki jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), – zwanej dalej „ustawą Pzp" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. KIO/UZP 33/07).

II. W świetle art. 96 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski oraz informacje składane przez wykonawców, a w konsekwencji również próbki oferowanych dóbr, stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego nienaruszalność przez okres co najmniej 4 lat. Nakaz przechowywania protokołu wraz z załącznikami w sposób zapewniający jego nienaruszalność tj. m. in. integralność przechowywanej dokumentacji, ochronę przed zniszczeniem oraz nieuprawnionym dostępem, sformułowany w art. 97 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r. sygn. KIO/UZP 1173/08 oraz wyrok z dnia 20 lipca 2010 r. sygn. 1437/10). Oznacza to, iż zamawiający nie może uchybić obowiązkowi zabezpieczenia oraz przechowania protokołu oraz jego załączników przez okres co najmniej 4 lat od dnia zakończenia postępowania w żadnej sytuacji z wyjątkiem opisanej w art. 97 ust. 2 ustawy Pzp. Działanie wbrew powyższym zasadom pozbawiałoby protokół funkcji dowodowej na okoliczność ewentualnej kontroli prawidłowości przeprowadzenia postępowania. Na gruncie przepisów Pzp zamawiający może dokonać zwrotu dokumentów przedkładanych w toku postępowania tylko w okolicznościach wskazanych w art. 97 ust. 2 ustawy Pzp na wniosek, co stanowi warunek niezbędny tej czynności, wykonawców których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Na podstawie upoważnienia zawartego w ww. przepisie zamawiający może dokonać zwrotu załączonych do ofert planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych lub innych podobnych materiałów. Czynnością niezgodną z ustawą będzie natomiast zwrócenie takich materiałów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia. W takim przypadku bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego jest zatrzymanie dokumentów w celach dowodowych, zgodnie z dyrektywą art. 97 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Dla konieczności przestrzegania obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 97 ust. 1 ustawy Pzp nie ma znaczenia wartość żądanej próbki ani też okoliczność zrealizowania umowy. Dodatkowo należy stwierdzić, iż fakt przedłożenia próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien być utożsamiany ze świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego, albowiem jest to wyłącznie czynność faktyczna zmierzająca do wypełniania wymogów formalnych postępowania związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, a zamawiający nie czerpie z tego tytułu żadnych korzyści.

Jednocześnie, biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy w związku z koniecznością złożenia próbek oferowanych towarów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym wydaje się rozważenie możliwości rezygnacji z żądania próbek na rzecz przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji oferowanych towarów. W takim przypadku wszelkie informacje dotyczące konieczności zademonstrowania przedmiotu oferty, zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym przepisy ustawy Pzp ani aktów wykonawczych wydanych na jej postawie nie sprzeciwiają się, aby zamawiający określił pod jakim kątem ma zostać przeprowadzona demonstracja oraz jakie cechy przedmiotu zamówienia mają zostać zaprezentowane. Jednocześnie, w celu zapewnienia transparentności procedury oraz realizacji zasady pisemności zasadnym wydaje się obowiązek sporządzenia protokołu dokumentującego przebieg powyższych czynności.

IV. Na marginesie wskazać należy, iż mając na uwadze skutki prawne jakie ustawa Pzp wiąże z faktem przedłożenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego próbki oferowanego towaru, a w szczególności uwzględniając znaczną w stosunku całego zamówienia wartość dostarczanego w przedmiotowym postępowaniu wzoru, stosownym wydaje się poddanie pod rozwagę zasadności formułowania przez zamawiającego wymogu jego dostarczenia. W toku konkretyzowania formalnych warunków udziału w postępowaniu (w szczególności dotyczących obowiązku przedstawienia

próbki) koniecznym wydaje się zachowanie pewnej równowagi pomiędzy koniecznością zabezpieczenia interesu zamawiającego, a wielkością nakładów wykonawcy czynionych w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, w przypadku istnienia znacznej dysproporcji pomiędzy koniecznością ochrony potrzeb zamawiającego, a obciążeniem finansowym lub organizacyjnym wykonawców związanym z koniecznością poczynienia określonych nakładów, w szczególności gdy wartość świadczenia jakie wykonawca może uzyskać w związku z realizacją zamówienia nie jest znacząco wyższa niż wartość załączonego do oferty modelu, zamawiający powinien rozważyć czy cel żądania próbki nie może zostać osiągnięty w inny sposób np. poprzez demonstrację produktu bądź załączenie do oferty określonych badań lub atestów.

Reasumując, złożone przez wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia, wszelkie dokumenty, w tym próbki oferowanych dóbr, stanowiące załączniki do protokołu postępowania, podlegają zatrzymaniu przez zamawiającego na okres 4 lat licząc od dnia zakończenia postępowania. Zamawiający może jednakże, już na etapie przygotowania SIWZ, uchronić wybranego wykonawcę przed negatywnymi dla niego konsekwencjami, o których mowa w art. 97 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp.

Tajemnica przedsiębiorstwa

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.).

Rzeczywista jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Stosownie do treści art. 96 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp", oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu. Zgodnie zaś z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł że nie mogą być one ogólnie udostępnione.

Z treści cyt. przepisów wynika, iż protokół jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego.

Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503, z późn. zm.) Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodar-

czą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub, gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie „tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96). Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą natomiast być uznane w szczególności następujące dokumenty (informacje):

- aktualny odpis z właściwego rejestru, bowiem np. zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, rejestr jest jawny; przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskiwać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00),
- informacje ujawniane przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4), a więc, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie,
- kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

Stwierdzić należy, iż niemożliwym jest wyczerpujące wskazanie informacji lub dokumentów będących integralną częścią oferty stanowiących jednocześnie tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomocne w tym zakresie za każdym razem będzie orzecznictwo sądów powszechnych, które służy wyjaśnieniu przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z treścią powyższej uchwały „negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 pzp zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania."

Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „u.z.n.k.", w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Głównym motywem wprowadzenia omawianej nowelizacji, jest zatem wyraźne wskazanie, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zakaz ujawniania przez zamawiającego informacji, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi ograniczenie zasady jawności postępowania, wskazanej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp miała na celu wyeliminowanie nadużywania przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w celu utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom. Zamawiający uzyskał w szczególności możliwość ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. Niemniej, na tle charakteru informacji, zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, mogą pojawić się u zamawiającego wątpliwości. Ustawa Pzp nie przewiduje odrębnej procedury służącej wyjaśnieniu wątpliwości zamawiającego na tle informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tym niemniej nie należy odmawiać zamawiającym prawa do uzyskiwania od wykonawców takich wyjaśnień.

W sytuacji gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność

w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie" i „wykazanie" oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione poprzez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona – przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona."

W tym miejscu należy zauważyć, że zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k., zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 291/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła wręcz, iż „brak takich wyjaśnień (wykazujących zasadność zastrzeżenia – przyp. wł.) lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji" (analogiczne stanowisko Izba zajęła w wyrokach: z dnia 26 lutego 2015, sygn. akt KIO 306/15 oraz z dnia 2 marca 2015 r. sygn akt. KIO 279/15).

Nie sposób jednak wykluczyć zaistnienia przypadków, w których wykonawca nie przedłoży dowodów lub nie przedłoży wystarczających dowodów na potwierdzenie dokonanych zastrzeżeń, a zamawiający będzie miał uzasadnione, ze względu na charakter zastrzeżonych informacji, wątpliwości, co do ich ujawnienia. Należy przyjąć, iż w odniesieniu do powyższej sytuacji aktualność zachowuje stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, aprobujące możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości co wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty. Za utrzymaniem powyższego poglądu w obowiązującym obecnie stanie prawnym przemawia fakt, iż nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując wprost, że to na wykonawcy, na etapie składania oferty/wniosku, spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzegana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, potwierdziła jedynie, wypracowaną przez orzecznictwo KIO oraz sądów, wykładnię powyższego przepisu.

Podsumowując:

1. **Na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji jednoznacznej oceny dokonanej przez zamawiającego, że wykonawca do upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią ta-**

jemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zachodzi wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, które zamawiający zobowiązany jest ujawnić.

2. **Natomiast, jeżeli wykonawca podjął czynności, zmierzające do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie wykazał dostatecznie że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający posiada w tym zakresie wątpliwości, może on zwrócić się do wykonawcy o ich wyjaśnienie.**

Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia

Zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą Pzp" – ma na celu wyłonienie spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu, oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy Pzp). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż cena jest obligatoryjnym, lecz nie jednym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Obok ceny zamawiający powinien co do zasady zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (arg. z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp). Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności". W konsekwencji oznacza to, iż zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do zamawiającego. To sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy Pzp). W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posia-

danie przez wykonawcę znajomości określonej branży (tak też. P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266).

Za dopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać natomiast zastosowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do terminu wykonania zamówienia. Istotne z punktu widzenia interesu zamawiającego może być bowiem ustalenie krótszego terminu, w którym zostanie wykonane całe zamówienie, czy też poszczególne jego części. Tym samym oferowany przez wykonawcę termin wykonania poszczególnych zadań składających się na zamówienie (harmonogram) może być przedmiotem oceny dokonywanej przez pryzmat oferty najkorzystniejszej. Dotyczyć to będzie w szczególności zamówienia o złożonym charakterze, w ramach którego wykonawca zobowiązany jest do wykonania różnych zadań.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż kryteria oceny ofert powinny być opisane przez zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (zob. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 784/08). Tak więc zamawiający winien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznaczny i wyczerpujący opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 41 pkt 9 ustawy Pzp).

Wskazując na niedopuszczalność zastosowania jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży, należy jednocześnie zaznaczyć, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizowaniu określonych zamówień nie pozostaje bez znaczenia dla oceny możliwości udzielenia zamówienia publicznego temu wykonawcy. Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08). W tym celu zamawiający może posłużyć się warunkami wskazanymi w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z postanowieniem art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 423/08).

Rekapitulując należy stwierdzić, iż zamawiający może ustanowić określone wymagania wobec wykonawców w zakresie dotyczącym posiadania odpowiedniego doświadczenia wymaganego do należytego wykonania zamówienia, jedynie poprzez określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp), a nie poprzez zastosowanie odpowiadających im kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Nie jest bowiem dopuszczalne stosowanie podmiotowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp).

Przeniesienie własności nieruchomości jako forma wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego

Definicję legalną zamówienia publicznego, stanowiącą transpozycję do krajowego porządku prawnego postawień art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) (tzw. dyrektywa klasyczna), zawiera art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta ma charakter przedmiotowo-pod-

miotowy. Dla dokonania kwalifikacji prawnej danego zamówienia jako zamówienia publicznego, konieczna jest więc ocena, czy w danym stanie faktycznym łącznie zostały spełnione następujące warunki: umowa jest odpłatna, stronami umowy są zamawiający i wykonawca, a jej przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zawarcie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy, której przedmiotem jest dostawa, usługa lub robota budowlana, nie przesądza jeszcze o stosowaniu ustawy Pzp. Obowiązek taki będzie się natomiast aktualizował w sytuacji, gdy umowa ta będzie miała charakter odpłatny. Ocena odpłatnego charakteru umowy, winna być dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego. Norma kolizyjna zawarta w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Należy mieć więc uwadze, że reżimowi zamówień publicznych podlegać będą tylko umowy cywilnoprawne, co tym samym wyklucza świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych na innej podstawie niż umowa cywilnoprawna, np. na podstawie porozumienia administracyjnego, z mocy przepisów prawa, decyzji administracyjnej czy wyroku sądu.

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową. W tym miejscu należy wskazać, że w doktrynie istnieje spór, czy w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego korzyść majątkowa obligatoryjnie musi mieć charakter pieniężny, czy też może przybrać postać świadczenia niepieniężnego.

Wedle pierwszego stanowiska, odpłatność umowy o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć wyłącznie jako korzyść pieniężną, a nie jakąkolwiek korzyść majątkową. Za takim stanowiskiem ma przemawiać cel ustanowienia procedur zamówień publicznych, rozumiany jako wprowadzenie reguł racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku NSA z dnia 6 czerwca 2006 r., sygn. akt II GSK 93/06, na gruncie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. W wyroku tym NSA stwierdził, iż ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych ma głównie zastosowanie do zamówień udzielanych przez podmioty gospodarujące środkami publicznymi, a określone w tej ustawie reguły udzielania zamówień publicznych są w istocie regułami wydatkowania środków publicznych na zakup dostaw, usług i robót budowlanych. Mają one stanowić gwarancję wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Przy czym związki regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych i finansów publicznych uzasadniają stwierdzenie, że z zamówieniem publicznym w rozumieniu ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych mamy do czynienia w razie zakupu dostaw, usług lub robót budowlanych opłaconych środkami pieniężnymi. Jakkolwiek wyrok ten został wydany na tle ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, to w uzasadnieniu wyroku NSA wskazał, iż analogiczna zasada obowiązuje na tle ustawy – Prawo zamówień publicznych, wskazując jednocześnie, iż wyjątek od tej zasady ustawa przewiduje jedynie w przypadku koncesji na roboty budowlane.

Mając na uwadze zasadę definiowania umów o udzielenie zamówienia publicznego w sposób właściwy dla umów prawa cywilnego, należy stwierdzić, że brak jest podstaw do zawężania pojęcia odpłatności tylko do przypadków, gdy następuje wydatkowanie środków publicznych, zatem w sporze należy opowiedzieć się za stanowiskiem drugim, wedle którego kryterium odpłatności obejmuje każdy rozdaj wynagrodzenia, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż wspomniane wynagrodzenie nie musi być uiszczane w postaci pieniężnej (tak G. Wicik, P. Wiśniewski – Prawo zamówień publicznych – Komentarz, Warszawa 2007 r., s. 13). Takie stanowisko przyjął także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 30 listopada 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1671/05, gdzie stwierdził, że przekazanie umową zadań związku spółce T. miało charakter odpłatny, gdyż spółka ta zgodnie z treścią umowy z dnia 16 października 2002 r. nabyła uprawnienie do pobierania opłat za przyjmowanie odpadów na wysypisko. Opłaty te stanowiły środki finansowe, w oparciu o które związek przed zawarciem umowy ze spółką T.

prowadził działalność w zakresie gospodarowania odpadami. Pozostawały one w dyspozycji związku międzygminnego, a zatem były to środki publiczne. Z tego względu należało uznać, że związek rezygnując z ich poboru, w zamian za przyjęcie przez spółkę zobowiązania do odbioru odpadów, ich segregacji i utylizacji, dokonał rozporządzenia środkami publicznymi na rzecz spółki T.

Dodatkowo należy mieć także na uwadze fakt, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryterium oceny ofert jest zawsze cena, a więc wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych. W związku z powyższym, w każdym przypadku (poza trybem zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 66 i nast. ustawy Pzp), wykonawcy konkurują pomiędzy sobą ceną za oferowany przedmiot zamówienia. Przyjęcie formy rozliczenia niepieniężnego jako sposobu rozliczania wzajemnych należności, nie wyklucza możliwości konkurowania pomiędzy wykonawcami w oparciu o kryterium ceny. Jedyna różnica polegać będzie na tym, że zamiast należnego świadczenia pieniężnego, wykonawca otrzyma świadczenie niepieniężne i w ten sposób nastąpi umorzenie przysługujących mu należności.

Należy zauważyć, że także na gruncie prawa wspólnotowego i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości), uznaje się, że umowa ma charakter odpłatny w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany jest do świadczenia wzajemnego względem wykonawcy, w zamian za świadczenia, które ten ma wykonać (zob. orzeczenie z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, pkt 77). Zgodnie z celem dyrektyw wspólnotowych, jakim jest otwarcie rynków zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a także przyczynienie się do realizacji swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w tym zakresie, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko. Obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj zobowiązania, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia na roboty budowlane, na przykład zobowiązanie do określonego udziału w finansowaniu projektu lub pokrycia ewentualnych strat powstałych podczas jego wykonywania (por. opinia rzecznika generalnego Juliane Kokott przedstawiona w dniu 15 czerwca 2006 r. w sprawie Jean Auroux i inni, pkt 57). W orzeczeniu z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Jean Auroux i inni Trybunał stwierdził, że przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego dla celów art. 6 dyrektywy należy wziąć pod uwagę całkowitą wartość zamówienia na roboty budowlane z punktu widzenia potencjalnego oferenta, co obejmuje nie tylko całość kwot, jakie będzie musiała zapłacić instytucja zamawiająca, ale również wszystkie inne kwoty pochodzące od osób trzecich (pkt 57). W sprawie zawisłej przed sądem krajowym gmina Roanne zobowiązała się nie tylko do zapłaty kwoty 2 925 000 EUR za przeniesienie praw do parkingu publicznego. Wyraziła ona również zgodę na udział w finansowaniu całości planowanych obiektów budowlanych, który według wstępnych szacunków wynosił 2 443 103 EUR z tytułu pierwszej części operacji i 3 034 341 EUR w skali całego projektu. Oprócz tego w porozumieniu przewidziano, że z chwilą zakończenia projektu gmina Roanne z mocy samego prawa stanie się właścicielem gruntów i obiektów budowlanych, które nie zostały jeszcze sprzedane osobom trzecim, przy czym gmina Roanne zapewni również wykonanie trwających jeszcze umów i przejmie zaciągnięte przez SEDL zobowiązania. Wszystkie te zobowiązania miały zatem charakter świadczenia wzajemnego instytucji zamawiającej w zamian za zaprojektowanie i realizację parku rozrywki i musiały być uwzględnione przy ustalaniu wartości zamówienia.

W przywołanym wyżej orzeczeniu w sprawie Ordine degli Architetti odpłatny charakter umowy był rozpatrywany z uwzględnieniem szczególnych uregulowań krajowych w zakresie zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z art. 1 ustawy nr 10 z dnia 28 stycznia 1977 r. o zagospodarowaniu przestrzennym (Dziennik Urzędowy Republiki Włoskiej (GURI) Nr 27 z dnia 29 stycznia 1977 r.), dalej „ustawa nr 10/77", jakakolwiek działalność w zakresie zagospodarowania przestrzennego i robót budowlanych na terenach gminnych wiąże się z koniecznością poniesienia związanych z tym kosztów, a wykonanie robót jest możliwe pod warunkiem uzyskania pozwolenia na budowę wydanego przez burmistrza. W myśl art. 3 ustawy nr 10/77 uzyskanie pozwolenia na budowę wiąże się z koniecznością zapłaty określonej kwoty stanowiącej część kosztów robót budowlanych w zakresie podstawowej infrastruktury. Kwotę tę należy zapłacić w przypadku uzyskania pozwolenia. Jednakże na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy nr 10/77 podmiot, który uzyskał po-

zwolenie, może podjąć się wykonania tych robót bezpośrednio, przez co zwalnia się częściowo lub całkowicie z zapłaty związanej z wydanej kwoty, o której mowa wyżej. Trybunał uznał, że w takiej sytuacji podmiot, który uzyskuje zezwolenie, nie wykonuje robót budowlanych bezpłatnie. W ocenie Trybunału wykonawca robót budowlanych reguluje swój dług wobec organu publicznego, dokonując wyboru spośród dwóch możliwych form: pieniężnej bądź bezpośredniego wykonania robót. Pozostaje to bez wpływu na odpłatny charakter wiążącego go stosunku zobowiązaniowego (pkt 84). Świadczeniem wzajemnym ze strony organu publicznego w zamian za wykonanie robót budowlanych w zakresie podstawowej infrastruktury jest wydanie pozwolenia na budowę.

Odnosząc powyższe do wskazanego w powołanym we wstępie piśmie przykładu zapłaty ceny przez zamawiającego poprzez przeniesienie prawa własności nieruchomości, należy zauważyć, że dyspozycja art. 155 Kodeksu cywilnego wskazuje na możliwość przeniesienia własności rzeczy zarówno w drodze umów odpłatnych (np. sprzedaży), jak i nieodpłatnych (np. darowizna). Mając na uwadze ratio legis wprowadzonej w ustawie Pzp definicji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, której immanentną cechą jest w szczególności odpłatność, należy przyjąć, iż nie można zakwalifikować jako zamówienia publicznego, umowy, na podstawie której wykonawca nie uzyskuje żadnej korzyści majątkowej (ani w postaci zapłaty, ani w innej postaci, niekoniecznie pieniężnej, ale podlegającej ocenie pieniężnej). Nie może zatem budzić wątpliwości, iż przeniesienie własności nieruchomości w drodze odpłatnej umowy, może stanowić formę rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

VII. UMOWA W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp", stanowi rodzaj kaucji przekazywanej przez wykonawcę (jako dłużnika) zamawiającemu (jako wierzycielowi) celem ewentualnego zabezpieczenia roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. Wskazać przy tym należy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 150 ust. 4 ustawy Pzp. Z istoty instytucji zabezpieczenia wynika bowiem, iż na jego podstawie zamawiający podpisując umowę z wykonawcą ma pewność, iż w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest ustalane jako określony procent ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 150 ust. 1 ustawy Pzp).

Ustawodawca w sposób jasny i precyzyjny określa również dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia posługując się widełkami procentowymi (od 2–10%) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z powyższego wynika więc, ze wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej. Ustawa Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienia do żądanie podwyższenia zabezpieczenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia przez zamawiającego żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

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

Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne

Kwestia możliwości zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne pojawia się na tle ogólnego zagadnienia – czy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, mogą w sposób odmienny niż przewidziany w umowie konsorcjum uregulować podstawę prawną współdziałania w celu realizacji zamówienia.

Odpowiedź na powyższe pytanie uzależniona jest od tego, czy zmiana formy prawnej „współpracy" nie spowoduje zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy. Co do zasady bowiem zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy jest niedopuszczalna. Zważyć bowiem należy, że zasada wynikająca z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej

„ustawa Pzp", ma również swoje konsekwencje po etapie zawarcia umowy, powodując brak możliwości dokonania zmiany umowy w zakresie podmiotu zobowiązanego do jej wykonania. Podmiotowe przekształcenie umowy, dokonywane w celu zmiany podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia publicznego, pozostawać będzie zawsze w sprzeczności z celem udzielania zamówień. Jeżeli zatem wybrana przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie forma współdziałania nie wypłynie na zmianę wykonawcy w tym sensie, iż nie powstanie nowy podmiot prawa, który miałby wstąpić w prawa i obowiązki dotychczasowych wykonawców, to uznać należy, iż forma taka będzie dopuszczalna.

Wskazać zatem należy, że spółka cywilna będzie stanowiła dozwoloną formę prawną współdziałania w celu realizacji zamówienia, jest ona bowiem, zgodnie z art. 860 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), dalej „Kc", – umową, w której wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Umowa spółki tworzy między jej stronami jedynie stosunek zobowiązaniowy, natomiast nie kreuje nowego podmiotu wyposażonego w osobowość prawną (art. 33 Kc) lub chociażby zdolność prawną (art. 33^1 Kc). Spółka cywilna nie jest zatem podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, lecz jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników (por. wyrok SN z dnia 28 października 2003 r. w sprawie I CK 201/02). Ponadto spółka cywilna nie uzyskuje statusu przedsiębiorcy, zgodnie bowiem z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672) przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, oraz wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. A zatem to wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka, są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oznacza to również, że spółka cywilna nie może być stroną umowy o udzielnie zamówienia publicznego, a umowa taka może zostać zawarta wyłącznie ze wspólnikami spółki cywilnej, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną.

W wyniku zawarcia umowy spółki cywilnej nie powstaje zatem nowy podmiot prawa, co ma zasadnicze znaczenie dla możliwości zawiązania jej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie, należy wskazać, że przepis art. 141 ustawy Pzp regulujący zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie można wyłączyć jego stosowania przez jakiekolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność. Oznacza to, że podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym przez sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy (art. 366 Kc w zw. z art. 14 i 141 ustawy Pzp). Tym samym, przyjęta przez wykonawców forma prawna współpracy nie ma wpływu na kwestię odpowiedzialności za należyte wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia. Z punktu widzenia zamawiającego bez znaczenia są więc postanowienia – czy to umowy konsorcjalnej, czy to umowy spółki cywilnej, określające prawa i obowiązki poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego związane z realizacją wspólnego celu, jakim jest wywiązanie się z zawartej z zamawiającym umowy. Ewentualne uzgodnienia dokonane przez wykonawców mogą mieć znaczenie jedynie dla wzajemnych rozliczeń wykonawców.

Na marginesie jedynie zaznaczyć można, iż art. 864 Kc dotyczący odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki reguluje tę kwestię podobnie jak art. 141 ustawy Pzp. Jednak wspólnicy odpowiadają solidarnie za zobowiązania spółki, a zatem za wszelkie zobowiązania powstałe w czasie jej trwania w związku z działaniami podejmowanymi dla osiągnięcia określonego w umowie spółki celu gospodarczego.

Wobec faktu, iż zawarcie umowy spółki cywilnej po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmioty, które wspólnie realizują zamówienie, nie ma wpływu na stronę podmiotową umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz bezwzględnie obowiązującą normę prawną doty-

czącą odpowiedzialności solidarnej takich podmiotów za należyte wykonanie umowy, uznać należy, iż brak jest przeszkód dla uregulowania formy prawnej współpracy podmiotów, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci umowy spółki cywilnej. Zawarcie umowy spółki cywilnej będzie zatem możliwe zarówno w toku postępowania, przed zawarciem umowy, a także po zawarciu przez takich wykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy zwrócić przy tym uwagę, że przewidziana w art. 23 ust. 4 ustawy Pzp możliwość żądania przez zamawiającego przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego regulującej współpracę wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia stanowi jedynie dodatkowy dokument, który pozwala na potwierdzenie kręgu podmiotów, na których spoczywa obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a – co za tym idzie – konsekwencji uchylenia się od podpisania ww. umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum.

Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego

I. W świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp", zamówienie publiczne może zostać udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, wykonawcą zamówienia może stać się wyłącznie taki podmiot, który uczestniczył w jawnym postępowaniu i został poddany rygorom procedury przetargowej. Powyższa wykładnia znajduje uzasadnienie w dwóch wyrokach Sądu Najwyższego. W świetle tezy wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r. (sygn. akt V CK 97/03) niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego. W ww. orzeczeniu Sąd uznał, iż przedmiotem i celem umowy zawartej pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego, a osobą trzecią było przeniesienie praw i obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne, zawartej w wyniku wygranego przez wykonawcę przetargu na udzielenie zamówienia publicznego, tzw. sukcesja szczególna. Tego rodzaju umowa jest nieważna, ponieważ prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego obecnie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Natomiast w wyroku z 27 czerwca 2003 r. (sygn. akt IV CKN 302/2001), Sąd Najwyższy wykluczył co do zasady możliwość cesji roszczenia o zawarcie umowy nabytego w drodze rozstrzygnięcia przetargu organizowanego przez jednostkę publiczną, normowanego bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy.

II. Tym niemniej, należy wskazać, iż przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie ma charakteru normy absolutnej. Rozważając możliwość dokonania zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego w przypadku zbycia przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności należy przywołać przepisy art. 55^2 oraz 55^4 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) regulujące kwestie związane ze sprzedażą przedsiębiorstwa i dopuszczalnym na gruncie przepisów ustawy Pzp kumulatywnym przystąpieniem do długu.

Stosownie do art. 55^2 Kodeksu cywilnego, czynność prawna (np. sprzedaż), mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści konkretnej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z art. 55^1 Kodeksu cywilnego, poza zakresem pojęcia przedsiębiorstwa pozostają jednak zobowiązania i obciążenia związane z jego prowadzeniem. Tym samym, przejście na nabywcę przedsiębiorstwa na podstawie art. 55^2 Kodeksu cywilnego, obejmować będzie jedynie przejście aktywów. Natomiast, konsekwencje prawne zawarcia umowy zbycia przedsiębiorstwa, w odniesieniu do wchodzących w jego skład pasywów, rozumianych jako zobowiązania związane z jego prowadzeniem, uregulowane zostały w art. 55^4 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu określanego w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Odpowiedzialności tej nie można bez zgody wierzyciela wyłączyć ani ograniczyć.

Solidarną odpowiedzialność za zobowiązania, określoną treścią art. 55^4 Kodeksu cywilnego ponosi na równi ze zbywcą również nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa, co znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r. sygn. V CK 381/05 oraz w wyroku z dnia 9 lutego 2011 r. sygn. V CSK 213/10, w którym SN wskazał, iż odpowiedzialność, o której mowa w obowiązującym obecnie art. 55^4 Kc, stanowiącym odpowiednik art. 526 Kc, ponosi także nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Przyjęcie, że zorganizowana część przedsiębiorstwa to jego część, zwłaszcza wyodrębniona organizacyjnie i finansowo jako zakład lub oddział, obejmująca zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, która zarazem mogłaby stanowić samodzielne przedsiębiorstwo realizujące te zadania, oznacza, iż odpowiada ona istocie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55^1 Kc) i może być potraktowana jako przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 526 Kodeksu cywilnego.

W art. 55^4 Kc, przewidziany został przypadek przystąpienia do długu nabywcy określonych w tym przepisie dóbr majątkowych z mocy samego prawa. Nabycie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub zorganizowanej części tego przedsiębiorstwa. Przystąpienie do długu na mocy art. 55^4 Kc, stanowi takie przekształcenie podmiotowe stosunku zobowiązaniowego po stronie dłużnika, że do dotychczasowego zobowiązania dłużnika przystępuje osoba trzecia w charakterze dłużnika solidarnego, przy czym nie powoduje to zwolnienia dotychczasowego dłużnika z długu, tzw. kumulatywne przejęcie długu. W wyniku nabycia zorganizowanej części przedsiębiorstwa, w stosunku zobowiązaniowym pojawiają się dwaj dłużnicy, z których jeden odpowiada osobiście bez ograniczenia (zbywca), a drugi (nabywca) również odpowiada osobiście, ale jego odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytej części[1].

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż zawarcie umowy sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części (art. 55^2 i 55^4 Kodeksu cywilnego), z którą związane są zobowiązania dotychczasowego właściciela odnoszące się do umów o wykonanie zamówienia publicznego, pociąga za sobą zmianę podmiotową po stronie wykonawcy. Przystępujący do długu nabywca przedsiębiorstwa staje się obok dotychczasowego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, samoistnym dłużnikiem. Dotychczasowy wykonawca, wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie zostaje jednak zwolniony z wykonania zamówienia, a obok niego pojawia się dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za jego wykonanie (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu). Taki rodzaj przekształcenia podmiotowego stosunku zobowiązaniowego powstałego na gruncie przepisów ustawy Pzp nie stoi w sprzeczności z postanowieniami ustawy Pzp. Nie narusza on bowiem zasady, wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp – zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – gdyż pomimo pojawienia się nowego podmiotu odpowiedzialnego za dług, dotychczasowy wykonawca pozostaje nadal zobowiązany, aż do całkowitego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie publiczne.

Należy również zauważyć, iż potwierdzenie faktu zbycia określonej części przedsiębiorstwa przez dotychczasowego wykonawcę zamówienia publicznego, stanowi umowa zawarta pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim, który nabywa przedsiębiorstwo, a tym samym przystępuje do zobowiązania, o której zawarciu powinien co do zasady poinformować zamawiającego wykonawca zamówienia publicznego (por. 512 Kc).

III. Zakaz zmiany dłużnika – wykonawcy zamówienia publicznego nie dotyczy również przypadków sukcesji generalnej następującej w wyniku dozwolonego przekształcenia podmiotu bądź dziedziczenia oraz przypadków szczególnej sukcesji z mocy samego prawa. Zmiana taka będzie zatem dopuszczalna w przypadku dokonania przekształceń podmiotowych wykonawcy m.in. połączenia, przekształcenia lub podziału spółek handlowych, oraz w przypadku śmierci wykonawcy będącego osobą fizyczną.

---

[1] Kodeks cywilny – Komentarz do artykułów 1 - 449^{11} pod red. prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski. Wydawnictwo C. H. Beck. Warszawa 2005 r. str. 221–230.

Odnosząc się do poszczególnych przypadków sukcesji uniwersalnej w sferze praw i obowiązków wykonawców zamówień publicznych, należy wskazać w szczególności na następujące przykłady:

1. Stosownie do art. 491 § 1 ustawy 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1030, z późn. zm.), dalej „Ksh", spółki kapitałowe mogą się łączyć między sobą oraz ze spółkami osobowymi. Połączenie zgodnie z art. 492 § 1 Ksh może być dokonane przez przeniesienie całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej albo przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek. Tym samym, w sytuacji, w której majątek spółki przejmowanej przenoszony jest na istniejącą spółkę albo majątek spółek łączących się w celu zawiązania nowej spółki, spółka przejmująca lub odpowiednio spółka nowo zawiązana wstępuje, z dniem połączenia, we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki (art. 494 § 1 Ksh). Sukcesję uniwersalną charakteryzuje to, że nie jest konieczna zgoda wierzycieli łączących się spółek, ani spółek przejmowanych na przejęcie długu. Jeżeli więc w skład majątku spółki przejmowanej albo spółek łączących się wchodzą także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartych umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, spółka przejmująca lub spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia w wyniku sukcesji generalnej również w te prawa i obowiązki;

2. W świetle art. 26 § 5 Ksh spółce jawnej powstałej z przekształcenia ze spółki cywilnej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników przekształconej spółki cywilnej, przy czym przed przekształceniem stronami stosunku cywilnoprawnego byli wspólnicy spółki cywilnej, a po przekształceniu stroną jest inny podmiot, tj. spółka jawna. Spółka jawna wchodzi w prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników spółki cywilnej. W tym przypadku mamy zatem do czynienia z przeniesieniem (sukcesją) majątku przez jeden podmiot na inny, który staje się następcą prawnym. Powyższe znajduje także uzasadnienie na gruncie orzecznictwa Sądu Najwyższego, w świetle którego spółka jawna, która powstała z przekształcenia spółki cywilnej na podstawie art. 26 Ksh jest jej sukcesorem uniwersalnym, a nowelizacja przepisu nie doprowadziła do zmiany zasad przekształcenia, jest jedynie wykładnią autentyczną (wyrok SN z dnia 2 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 496/07);

3. Stosownie do art. 528 Ksh, spółkę kapitałową można podzielić na dwie albo więcej spółek kapitałowych. Podział ten może polegać w szczególności na przeniesieniu części majątku spółki dzielonej na istniejącą spółkę lub na spółkę nowo zawiązaną. Tym samym, w sytuacji, w której część majątku spółki dzielonej przenoszona jest na istniejącą lub nowo zawiązaną spółkę, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału (por. art. 531. § 1 Ksh). Wstąpienie w prawa i obowiązki spółki dzielonej dotyczy tych składników majątkowych, które są określone w planie podziału i dochodzi do tego bez zgody wierzycieli na przejście długu. W konsekwencji, gdy w zakres praw i obowiązków, określonych w planie podziału, wchodzą także prawa i obowiązki wykonawcy z tytułu udzielonego zamówienia publicznego, spółki przejmujące lub spółki nowo zawiązane powstałe w związku z podziałem wstępują z dniem wydzielenia również w te prawa i obowiązki.

Podsumowując

1. **Zawarcie umowy zbycia przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, z którym związane są zobowiązania dotychczasowego właściciela, odnoszące się do umów w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego, pociąga za sobą dopuszczalną na gruncie przepisów ustawy Pzp, podmiotową zmianę umowy o wykonanie zamówienia po stronie wykonawcy.**

2. **Nabycie przedsiębiorstwa stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy oraz nabywcy przedsiębiorstwa i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających**

z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa, (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu). Dotychczasowy wykonawca zamówienia, pomimo pojawienia się nowego podmiotu odpowiedzialnego za realizację umowy, nie zostaje zwolniony z obowiązku wykonania zamówienia.

3. **Zakaz zmiany wykonawcy zamówienia publicznego nie dotyczy przypadków sukcesji generalnej następującej w wyniku dozwolonego przekształcenia podmiotu bądź dziedziczenia oraz przypadków szczególnej sukcesji z mocy samego prawa.**

Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego

I. Nieważność jako środek prawny służący zapewnieniu bezskuteczności umowy zawartej z naruszeniem procedur udzielania zamówień publicznych

Zasadniczym celem ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – zwanej dalej „dużą nowelizacją" – jest implementacja do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą". Jednym z warunków efektywności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywie odwoławczej jest zapewnienie bezskuteczności umowy w sprawie zamówienia publicznego (zwanej dalej „umową") zawartej przed upływem terminu zawieszenia (standstill) lub zawartej z naruszeniem prawa. W tym celu nowelizacja z 2010 r. wprowadziła regulację prawną odnoszącą się do bezskuteczności umowy (unieważnialności umowy), a także tzw. kary alternatywne, stosowane w przypadku odstąpienia od orzekania o bezskuteczności zawartej umowy.

Bezskuteczność umowy zawartej przed upływem terminu zawieszenia lub zawartej z naruszeniem prawa może być realizowana poprzez zastosowanie odpowiednich instytucji prawnych. Takimi instytucjami prawnymi są wypracowane na gruncie prawa cywilnego sankcje wadliwych czynności prawnych. Bezskuteczność umowy może być osiągnięta w szczególności poprzez zastosowanie do niej sankcji nieważności czynności prawnej (umowy). Sankcja nieważności czynności prawnej może przybrać postać bądź nieważności bezwzględnej, bądź nieważności względnej. W pierwszym przypadku dana czynność prawna z mocy samej ustawy nie wywołuje żadnych skutków prawnych od momentu jej dokonania. Natomiast w drugim przypadku konieczne jest pozasądowe oświadczenie uprawnionego podmiotu albo konstytutywne (prawo kształtujące) orzeczenie sądu orzekające o unieważnieniu takiej czynności. Innymi słowy, w przypadku wadliwości czynności prawnej obarczonej sankcją nieważności względnej, czynność prawna jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej wyrażone do momentu jej unieważnienia przez sąd.

Zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym do dnia 29 stycznia 2010 r., w razie zaistnienia jednego z przypadków określonych w tym przepisie, umowa była nieważna. Przepis ten przesądzał zatem, iż w przypadkach w nim wymienionych mieliśmy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej umowy, tj. nieważności z mocy samego prawa. Wyrok sądu powszechnego stwierdzającego nieważność takiej umowy (art. 189 k.p.c.) miał walor deklaratoryjny, tj. jedynie potwierdzający, że umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

Podobnie kwestię tę, do dnia 29 stycznia 2010 r., regulował przepis art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa była bezwzględnie nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również zmiana umowy dokonana z naruszeniem przesłanek dopuszczających jej zmianę (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) była dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej (art. 144 ust. 2 ustawy Pzp).

Nowelizacja z 2010 r. wprowadziła w tym zakresie istotną zmianę stanu prawnego. Zrezygnowano bowiem – w każdym z tych przypadków – z konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej, ustalanej w drodze konstytutywnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (unieważnialność). Doniosłość powyższej zmiany wyraża się w tym, iż odmiennie niż we wcześniejszym stanie prawnym, umowa obarczona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp), jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Przy czym podkreślenia wymaga, iż w celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa.

Odejście od konstrukcji nieważności bezwzględnej umowy na rzecz nieważności względnej prowadzi z jednej strony – na co wskazuje się w uzasadnieniu projektu dużej nowelizacji – do zwiększenia pewności obrotu prawnego, a z drugiej strony stwarza możliwość zastosowania instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy i umożliwienia dalszego wykonywania zamówienia w okolicznościach przewidzianych w ustawie (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2–3 ustawy Pzp). Przyjęcie tego ostatniego mechanizmu – zgodnego z postanowieniami dyrektywy odwoławczej – nie byłoby możliwe przy zachowaniu konstrukcji bezwzględnej nieważności umowy, która ze swej istoty oznacza zawsze bezskuteczność umowy od samego początku. Wyrok sądu stwierdzającego nieważność umowy ma w takich przypadkach jedynie charakter deklaratoryjny, potwierdzający, iż umowa jest nieważna z mocy samego prawa.

Dodatkowo wprowadzenie instytucji unieważnialności umowy stwarza podstawy prawne do stosowania przez uprawnione organy (Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy) obok lub zamiast sankcji nieważności umowy, alternatywnych środków prawnych w postaci kar finansowych oraz skrócenia okresu obowiązywania umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp).

Istotne z punktu widzenia zastosowania w praktyce instytucji unieważnialności umowy, w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, jest wprowadzenie możliwości unieważnienia umowy zarówno ze skutkiem od momentu jej zawarcia, jak i ze skutkiem od chwili orzeczenia o unieważnieniu. Zgodnie bowiem z postanowieniem art. 146 ust. 3 ustawy Pzp unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia (z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp). Należy mieć przy tym na uwadze, że umowy nie stanowią jednolitej kategorii normatywnej, lecz obejmują różnorodne stosunki prawne o charakterze obligacyjnym przybierające postać nie tylko umów typowych (nazwanych) określonych w przepisach Kodeksu cywilnego, ale także – i to w zasadniczej części – postać umów mieszanych albo nienazwanych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, iż umowy obejmują świadczenia (usługi, dostawy lub roboty budowlane) o różnym charakterze (świadczenia jednorazowe, świadczenia okresowe lub ciągłe, czy wreszcie świadczenia wynikające z umów starannego działania, czy też umów rezultatu). Ta różnorodność świadczeń występujących w ramach umów winna skutkować zindywidualizowaniem oceny skutków prawnych wadliwości tych umów w zależności od charakteru i natury świadczeń stanowiących ich przedmiot. Wyrazem powyższego założenia jest znowelizowany art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Krajowa Izba Odwoławcza może w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową. W takim przypadku skutek nieważności umowy odnosić się będzie jedynie do przyszłych i niewykonanych jeszcze świadczeń, podczas gdy umowa w zakresie świadczeń już wykonanych będzie w pełni skuteczna.

W omawianym zakresie szczególną regulację zawiera art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp przewidujący możliwość odstąpienia od unieważniania umowy. W myśl tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza może nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. W takim przypadku Krajowa Izba Odwoławcza pomimo ziszczenia się przesłanek nieważności umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp) może odstąpić od unieważnienia umowy stosując kary alternatywne. Powoduje to, że umowa jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej wyrażone.

II. Warunki unieważnienia umowy.

Przesłanki nieważności umowy określa art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1. z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

3. zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

4. uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;

5. udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;

6. z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

Wskazane powyżej przesłanki nieważności umowy są co do zasady odzwierciedleniem postanowień dyrektywy odwoławczej (zob. art. 2d dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą odwoławczą). Należy przy tym zwrócić uwagę, iż katalog przyczyn nieważności umowy określonych w tym przepisie uległ istotnej zmianie w stosunku do dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W zasadzie jedynie art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu stanowią powtórzenie – odpowiednio – art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy Pzp w ich dotychczasowym brzmieniu. Pozostałe przesłanki nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4–6 ustawy Pzp) można by wywodzić jedynie pośrednio z innych przesłanek nieważności określonych dotychczas w art. 146 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp.

Ogólna charakterystyka zmian wprowadzonych w art. 146 ust. 1 ustawy Ppz prowadzi do wniosku, iż intencją tych zmian, w ślad za postanowieniami dyrektywy odwoławczej, było doprecyzowanie przyczyn (przesłanek) nieważności umowy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż brak jest powtórzenia tym przepisie dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp obejmującego wybór oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Ustawa Pzp w zmienionym brzmieniu zawęża zatem katalog przyczyn nieważności umowy jedynie do ściśle określonych przypadków naruszenia przepisów ustawy Pzp. Brak jest także powtórzenia dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania). Odpowiednikiem tego przepisu jest natomiast znowelizowany art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przywołany przepis stanowi modyfikację unormowania zawartego w dotychczasowym art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, iż dla powołania się na przesłankę nieważności, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, nie jest konieczne stwierdzenie, iż dane działanie lub zaniechanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wystarczające będzie samo ustalenie, iż działanie to lub zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przy czym należy w tym miejscu podkreślić, iż podmiotem wyłącznie uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy z przyczyn wskazanych w tym przepisie jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, co wynika z wyraźnego brzmienia tego przepisu. Nie jest zatem dopuszczalne powoływanie się na nieważność umowy z przyczyn wskazanych w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przez inne podmioty, niż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp – nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy.

Spośród przesłanek nieważności umowy szczególnego omówienia wymaga przesłanka opisana w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza może unieważnić umowę w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Istota powyższej przesłanki nieważności umowy wiąże się immanentnie z zakazem zwarcia umowy w okresach zawieszenia wskazanych w art. 94 ust. 1 oraz art. 183 ust. 1 ustawy Pzp (standstill), przewidzianych na uruchomienie przez uprawnione podmioty procedur odwoławczych od decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia publicznego. Wprowadzenie powyższego okresu zawieszenia jest warunkiem koniecznym zapewnienia efektywności środków ochrony prawnej przysługujących uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającym wprost z wspólnotowych reguł koordynacji (zob. art. 2a dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą odwoławczą).

Zarówno dyrektywa odwoławcza, jak i przepisy ustawy Pzp wymagają dla zaistnienia przesłanki nieważności umowy, oprócz naruszenia zakazu zawarcia umowy w okresie zawieszenia (standstill), także stwierdzenia naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które winny skutkować uwzględnieniem odwołania na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Dotyczy to jednak tylko takich naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (arg. z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Tak więc samo naruszenie zakazu zawarcia umowy (standstill) nie daje wystarczającej podstawy do stwierdzenia nieważności umowy, konieczne jest jednoczesne wystąpienie naruszeń ustawy Pzp, których stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego winno skutkować uwzględnieniem odwołania i nakazaniem zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazaniem unieważnienia czynności zamawiającego (art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp). Zawarcie umowy wbrew zakazowi wynikającemu z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwia bowiem uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego. Tak więc w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a umowa została zawarta z naruszeniem zakazów wynikających z art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, zachodzić będzie podstawa do unieważnienia umowy na zasadzie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pozostałych przesłanek nieważności umowy należy zwrócić uwagę na unormowanie zawarte w art. 146 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

- w przypadku zastosowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,

- w przypadkach, gdy uniemożliwiono składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwiono wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu albo, gdy udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp i nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołany art. 146 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy nowej instytucji prawnej na gruncie ustawy Pzp, a mianowicie odstąpienia od unieważnienia umowy. Zastosowanie tej konstrukcji prawnej stało się możliwe dzięki odejściu od koncepcji nieważności bezwzględnej umowy. Podstawowe znaczenie przy zastosowaniu instytucji odstąpienia od unieważnienia umowy ma zachowanie przez zamawiającego terminów wstrzymania się z zawarciem umowy (terminy określone w art. 146 ust. 2 pkt 1 i art. 94 ust. 1 ustawy Pzp). Zawarcie umowy przed tymi terminami stwarza zatem dla zamawiającego ryzyko, iż w przypadku stwierdzenia w toku postępowania odwoławczego naruszeń prawa, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 4–5 ustawy Pzp, umowa zostanie unieważniona. Tak więc wstrzymanie się przez zamawiającego z zawarciem umowy do czasu upływu ww. terminów daje zamawiającemu gwarancję, że umowa – nawet w przypadku stwierdzenia naruszeń ustawy Pzp (art. 146 ust. 1 pkt 1, 4 i 5) – nie zostanie unieważniona, z tym zastrzeżeniem, że warunkiem odstąpienia od unieważnienia umowy jest pozostawanie przez zamawiającego w usprawiedliwionym przekonaniu (błąd usprawiedliwiony), iż jego działanie jest zgodne z prawem (np. błąd co do oceny ziszczenia się przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki). Ocena czy zamawiający pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, że jego działanie było zgodne z prawem, będzie dokonywana w warunkach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy.

Odstąpienie od unieważnienia umowy przewidują także przepisy art. 192 ust. 3 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. W myśl tych przepisów Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie w sytuacji, gdy umowa została już zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, może:

- w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu – unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową, albo

- nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

W pierwszym z wymienionych przypadków mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której unieważnienie umowy dotyczy wyłącznie zobowiązań niewykonanych, a więc unieważnienie umowy jest skuteczne na przyszłość od chwili wydania orzeczenia o unieważnieniu umowy. Przyjęcie powyższej konstrukcji prawnej pozwala na zachowanie ważności umowy w zakresie świadczeń już wykonanych, w szczególności w przypadku, gdy z uwagi na charakter spełnionych świadczeń nie jest możliwy ich zwrot. W tym zakresie umowa jest ważna i w pełni skuteczna. Jedynie w odniesieniu do świadczeń niespełnionych przed unieważnieniem umowy, odpada ważna podstawa prawna świadczenia. W takim przypadku umowa nie będzie wywoływać skutków prawnych dopiero od chwili jej unieważnienia. Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) odstępując w tym przypadku od unieważnienia umowy ze skutkiem od chwili jej zawarcia będzie nakładać obligatoryjnie na zamawiającego karę finansową (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp).

W drugim z wymienionych przypadków mamy do czynienia z sytuacją, w której możliwe jest w ogóle odstąpienie od unieważnienia umowy. W takim przypadku umowa jest ważna i w pełni skuteczna. Warunkiem odstąpienia od unieważnienia umowy jest jednak wykazanie, iż utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. Wytyczne co do kwalifikacji istnienia ważnego interesu publicznego uzasadniającego odstąpienie od unieważnienia umowy zawiera art. 192 ust. 5 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu ważnego interesu publicznego nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Biorąc pod uwagę powyższe wytyczne należy stwierdzić, iż odstąpienie od unieważnienia umowy będzie dopuszczalne jedynie w wyjątkowych przypadkach. Oceniając istnienie przesłanek do odstąpienia od unieważnienia umowy Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) winna uwzględnić wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiają-

cego oraz konsekwencje unieważnienia umowy (arg. z art. 192 ust. 4 ustawy Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) odstępując w tym przypadku od unieważnienia umowy nakłada jednocześnie na zamawiającego karę finansową albo orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

Poza przypadkami określonymi w przepisach art. 146 ust. 1 i 6, ustawa Pzp przewiduje możliwość unieważnienia umowy także w przypadku, gdy umowa wykracza poza przedmiot zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 ustawy Pzp). Ponadto unieważnieniu podlega zmiana umowy dokonana z naruszeniem warunków dopuszczalności zmiany umowy (art. 144 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W tym zakresie znowelizowana ustawa Pzp powiela dotychczasowe rozwiązania z tą modyfikacją, iż zamiast nieważności bezwzględnej, mamy do czynienia w takich przypadkach z sankcją nieważność względnej (unieważnialność umowy).

III. Tryb unieważnienia umowy.

Podstawowym trybem, w ramach którego może nastąpić unieważnienie umowy jest tryb środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp (odwołania i skarga). Uprawnienie do unieważnienia umowy w tym trybie przysługuje Krajowej Izbie Odwoławczej (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp) oraz sądowi okręgowemu rozpoznającemu skargą na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 3 ustawy Pzp). Należy przy tym zauważyć, iż wzruszenie umowy przez uczestnika postępowania (wykonawcę) z przyczyn dotyczących wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz innych naruszeń ustawy Pzp, z zaistnieniem których ustawa łączy możliwość unieważnienia umowy, dopuszczalne jest jedynie w ramach środków ochrony prawnej (arg. z art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 3 ustawy Pzp). Tak więc uczestnikom postępowania (wykonawcom) nie przysługuje prawo do wytoczenia odrębnego powództwa o unieważnienie umowy. Uprawnienie takie musi bowiem wynikać ze szczególnego przepisu prawa, a ustawa Pzp takiego unormowania nie zawiera.

Ochrona interesu prawnego wykonawcy może być zatem realizowana wyłącznie poprzez środki ochrony prawnej, w ramach których zamawiający może podnosić zarzuty dotyczące ważności umowy, jeżeli umowa taka została zawarta. Należy mieć bowiem na uwadze, iż w zasadzie wszczęcie postępowania odwoławczego tamuje możliwość zawarcia umowy (arg. z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp). Stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutkuje uwzględnieniem odwołania na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W takim przypadku, jeżeli umowa nie została zawarta, Krajowa Izba Odwoławcza lub sąd okręgowy (art. 198f ust. 2 zd. 3 ustawy Pzp) uwzględniając odwołanie na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nakazuje wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazuje unieważnienie czynności zamawiającego. Tak więc do czasu zawarcia umowy istnieje możliwość sanacji wadliwego postępowania, a w konsekwencji przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Dopiero zawarcie umowy daje podstawę do stwierdzenia jej nieważności (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż możliwość unieważnienia umowy w ramach środków ochrony prawnej dotyczy wyłącznie przypadków wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp). Zatem zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie mogą unieważnić umowy z innych przyczyn niż wymienione w tym przepisie. W szczególności podkreślenia wymaga, iż kognicja Krajowej Izby Odwoławczej (sądów okręgowych) nie obejmuje orzekania o nieważności umowy z przyczyn określonych w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp (dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). W tym zakresie podmiotem wyłącznie legitymowanym do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W przypadku stwierdzenia w toku rozpoznawania środków ochrony prawnej, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie miała możliwość unieważnienia tej umowy (arg. z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). W takim przypadku nie bę-

dzie zachodziła sytuacja, o której mowa w art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp. Przy czym należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż przyczyny nieważności umowy wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie brać pod uwagę z urzędu. Tak więc w każdym przypadku stwierdzenia, iż zachodzi jedna z przesłanek nieważności umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza (sąd okręgowy) będzie zobowiązana do unieważnienia umowy na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy Pzp (arg. z art. 192 ust. 3 pkt 2 oraz art. 192 ust. 4 i 5 ustawy Pzp). Jednie w wyjątkowych przypadkach możliwe będzie odstąpienie od unieważnienia umowy z przyczyn wskazanych w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c oraz art. 146 ust. 2 ustawy Pzp, o czym była mowa powyżej.

W tym zakresie dodatkowego omówienia wymaga przypadek, gdy w toku rozpoznania środków ochrony prawnej stwierdzone zostanie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a umowa zostanie zawarta po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a więc po okresie zawieszenia (standstill), albo po uchyleniu zakazu zawarcia umowy (art. 183 ust. 2 ustawy Pzp) i przed rozpoznaniem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. W takim przypadku zawarcie umowy nie prowadzi do naruszenia art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym nie następuje ziszczenie się przesłanki nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Taką sytuację normuje przepis art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, tj. gdy stwierdzono naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (po upływie okresów zawieszenia standstill) stwierdza się jedynie naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania – inne niż naruszenia kwalifikowane wymienione w art. 146 ust. 1 pkt 1,2, 4–6 ustawy Pzp – może stanowić podstawę do unieważnienia umowy w ramach rozpoznania środków ochrony prawnej wyłącznie w przypadku, gdy wraz z tym naruszeniem zamawiający naruszył zakazy zawarcia umowy określone w przepisach art. 94 ust. 1 i art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Unieważnienie umowy poza trybem środków ochrony prawnej może nastąpić na drodze wytoczenia odrębnego powództwa przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp). Legitymacja procesowa Prezesa Urzędu Zamówień do wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umowy znajduje wprost umocowanie w przepisach prawa, tj. art. 144a ust. 1 i art. 146 ust. 6 w zw. z art. 154 pkt 11 ustawy Pzp. Przy czym podkreślenia wymaga, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wytoczyć powództwo o unieważnienie umowy nie tylko w przypadku naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 6, ale także w przypadkach wymienionych w art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 i art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma zatem najszerszy zakres uprawnień do wzruszania wadliwych umów w sprawach zamówień publicznych.

Odnośnie uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wytaczania powództw o unieważnienie umowy nowością jest regulacja przepisu art. 144a ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie części umowy (art. 140 ust. 3), zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 oraz umowy w przypadkach, o których mowa w art. 146 ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub zmiany umowy. Analogicznego ograniczenia nie ma w przypadku, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

W myśl art. 146 ust. 5 ustawy Pzp przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 705 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z powołanym art. 705 k.c. organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem mie-

siąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Powyższy przepis stanowi materialnoprawną podstawę dla zamawiającego do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w przypadku, gdy wykonawca lub osoba działająca z nim w porozumieniu wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Uprawnienie do wytoczenia powództwa na podstawie art. 705 k.c. w zw. z art. 146 ust. 5 ustawy Pzp nie przysługuje natomiast innym uczestnikom postępowania (wykonawcom). Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawia zarówno redakcja przepisu art. 146 ust. 5 ustawy Pzp, który wprost odnosi się jedynie do zamawiającego (wnioskowanie z przeciwieństwa), jak też wykładnia systemowa przepisów ustawy Pzp (art. 179 i n.). Wskazać bowiem należy, iż uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przysługują – na zasadzie wyłączności – środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp. I jedynie w drodze tych środków prawnych wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw. Uprawienie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia umowy jest zatem ograniczone wyłącznie do przypadków podjęcia przez nich obrony swoich praw w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Na zakończenie należy wskazać, iż poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn, niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Nieważność bezwzględna umowy zachodzić będzie w przypadkach naruszeń prawa odnoszących się do elementów konstrukcyjnych umowy, tj. strony podmiotowej umowy, treści umowy lub formy umowy (np. braki w zakresie reprezentacji strony umowy, czy też niezachowanie formy pisemnej umowy). Ocena, czy zachodzi przypadek nieważności umowy dokonywana będzie w świetle postanowień art. 58 k.c. (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Przy czym podkreślenia wymaga, iż nie będzie to dotyczyć przypadków naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp, albowiem w tym zakresie do oceny skutków prawnych tych naruszeń, w kontekście ważności umowy, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, które w sposób wyczerpujący określają przypadki naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych skutkujących możliwością unieważnienia samej umowy. Jak już było o tym mowa, w przypadkach tych unieważnienie umowy będzie możliwe w ramach zastosowania środków ochrony prawnej albo na drodze powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Tak więc, w ramach podstaw nieważności umowy objętych zakresem zastosowania art. 58 k.c. strony umowy, jak też inne podmioty posiadające interes prawny, będą uprawnione do występowania z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy w trybie i na zasadach określonych w art. 189 k.p.c. Powództwo takie będzie przybierać postać powództwa o ustalenia (stwierdzenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego), a orzeczenie sądu będzie miało charakter wyłącznie deklaratoryjny.

W powyższym zakresie konieczne jest odwołanie się do uregulowania zawartego w art. 146 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z przyczyn, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 6, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. Tak więc przyczyny nieważności umowy określone w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia nieważności umowy w drodze deklaratoryjnego wyroku sądu.

Z powyższego wynika zatem, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w art. 146 ust. 1, jak też naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6), nie będzie stanowić przyczyny bezwzględnej nieważności umowy. W każdym z tych przypadków konieczne będzie wydanie konstytutywnego orzeczenia uprawnionego organu (odpowiednio – Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu, w przypadku zastosowania środków ochrony prawnej albo sądu, w przypadku powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych).

Dopuszczalność przedpłat w zamówieniach publicznych na prenumeraty czasopism lub gazet w świetle art. 151a ustawy – Prawo zamówień publicznych.

I. Stosownie do postanowienia art. 151a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Szczegółowe warunki na jakich mogą być udzielane zaliczki przez zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) określają przepisy art. 151a ust. 2–8 ustawy Pzp.

II. Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji zaliczki. Definicji takiej brak jest również w przepisach Kodeksu cywilnego. Nie mniej jednak pojęcie zaliczki występuje w języku prawnym na oznaczenie płatności uiszczanych na poczet przyszłych należności (wierzytelności) pieniężnych zarówno o charakterze publicznoprawnym, jak też o charakterze cywilnoprawnym. W każdym jednak przypadku pojęcie zaliczki wiąże się ze sposobem regulowania zobowiązań o charakterze pieniężnym.

Stosownie do postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Powyższy przepis przesądza o cywilnoprawnym charakterze umów w sprawach zamówień publicznych. Tak więc pojęcie zaliczki w rozumieniu art. 151a ust. 1 ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście cywilnoprawnych reguł spełniania świadczeń pieniężnych.

Z uwagi na istotę umów w sprawach zamówień publicznych (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), należy stanąć na stanowisku, iż co do zasady umowy te mają charakter umów wzajemnych (art. 487 § 2 k.c.). Z zamówieniem publicznym mamy bowiem do czynienia w przypadku odpłatnej umowy, na mocy której zamawiający nabywa od wykonawcy usługę, dostawę lub robotę budowlaną.

Stosownie do postanowienia art. 488 § 1 k.c. świadczenia będące przedmiotem zobowiązań z umów wzajemnych (świadczenia wzajemne) powinny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo z orzeczenia sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron obowiązana jest do wcześniejszego świadczenia. Wskazany przepis artykułuje obowiązującą na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego zasadę jednoczesności świadczeń wzajemnych (zob. K. Pietrzykowski (red): Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I s. 993). Należy przy tym wskazać, iż ustawa Pzp nie zawiera w tym zakresie szczególnych uregulowań prawnych. A zatem stosownie do postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp zasada ta obowiązuje również w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych. Wskazany przepis art. 488 § 1 k.c. nie różnicuje określenia terminów spełnienia świadczeń wzajemnych w zależności od rodzaju świadczenia. A zatem zasada ta obowiązuje również w odniesieniu do świadczeń pieniężnych (por. uchylony art. 489 k.c.)

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż z zaliczką na gruncie umów cywilnoprawnych mamy do czynienia w sytuacji zapłaty dokonanej na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego przed spełnieniem świadczenia wzajemnego przez drugą stronę. Uiszczenie zaliczki jakkolwiek wywołuje skutek zapłaty, podlega bowiem zarachowaniu na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego, to jednak nie stanowi zapłaty wynagrodzenia (ceny). Powyższe wynika z faktu, iż jest ona dokonywana przed ustalonym terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny).

Pojęcie zaliczki w powyższym znaczeniu występuje również na gruncie przepisów art. 151a ustawy Pzp. Tak więc z zaliczką w rozumieniu tych przepisów mamy do czynienia w przypadku zapłaty dokonywanej przez zamawiającego przed spełnieniem świadczenia wykonawcy oraz przed umówionym terminem zapłaty wynagrodzenia (ceny) za wykonanie zamówienia publicznego.

III. Od pojęcia zaliczki płatnej na poczet przyszłego świadczenia pieniężnego w powyższym znaczeniu należy odróżnić sytuacje, w których z uwagi na ukształtowanie danego typu stosunku prawnego

zapłata wynagrodzenia pieniężnego przez jedną ze stron następuje przed spełnieniem świadczenia wzajemnego drugiej strony (zapłata z góry). W takim przypadku uprzednia zapłata wynagrodzenia przed spełnieniem świadczenia niepieniężnego drugiej strony nie stanowi zaliczki w rozumieniu art. 151a ust. 1 ustawy Pzp, albowiem dokonywana jest ona na poczet wymagalnego świadczenia pieniężnego i ma na celu wykonanie długu ciążącego na dłużniku takiego świadczenia. Przy czym niejednokrotnie wcześniejsza zapłata wynagrodzenia stanowi warunek skuteczności samej umowy, uzależniając od tego wymagalność świadczenia niepieniężnego.

Dopuszczalność istnienia takich stosunków prawnych wynika z dyspozytywnego charakteru przepisu art. 488 § 1 k.c. Przy czym jak już wskazano ustawa Pzp nie zawiera autonomicznych regulacji odnoszących się do aspektów związanych z ukształtowaniem sposobu i terminu zapłaty wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego, materia ta należy do sfery prawa cywilnego. W tym zakresie stosuje się reguły właściwe dla umów cywilnoprawnych. Powyższe nie wyklucza oczywiście, iż takie ograniczenia mogą wynikać z innych przepisów szczególnych. Niemniej jednak ograniczenia takie nie wynikają z przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp nie wyklucza możliwości zawierania umów prenumeraty czasopism lub gazet przewidujących zapłatę wynagrodzenia za zamówione czasopisma lub gazety z góry. Zakaz taki nie wynika w szczególności z przepisów art. 151a ustawy Pzp, który reguluje zasady wypłaty zaliczek zarachowywanych na poczet przyszłego wynagrodzenia wykonawcy.

Jakkolwiek umowa prenumeraty nie jest umową typową, nie jest bowiem stypizowana w przepisach Kodeksu cywilnego, czy też w ramach innego aktu prawnego, to jednak w praktyce obrotu gospodarczego w odniesieniu do tej kategorii umów wykształcił się model zapłaty wynagrodzenia oparty o przedpłatę, w ramach której spełnienie świadczenia pieniężnego następuje przed dostawą zamawianych czasopism lub gazet. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w przypadku umów prenumeraty przedpłata nie stanowi prostego odpowiednika sumy cen za pojedyncze egzemplarze czasopism lub gazet. Cena uiszczana w ramach przedpłaty jest bowiem z reguły niższa od sumy cen za poszczególne egzemplarze czasopism lub gazet dostarczanych w ramach prenumeraty. W takim układzie przedpłata uiszczana przez zamawiającego stanowi ekwiwalent świadczenia drugiej strony polegającego na sukcesywnym dostarczaniu kolejnych egzemplarzy czasopism lub gazet. Przy czym druga strona umowy prenumeraty uzyskuje gwarancję ciągłości zbycia kolejnych egzemplarzy czasopism lub gazet przez wskazany okres.

Tak więc należy stwierdzić, iż przedpłata stanowi jedno świadczenie o charakterze pieniężnym stanowiące ekwiwalent świadczenia polegającego na zobowiązaniu się do stałego dostarczania poszczególnych egzemplarzy czasopism lub gazet przez określony czas. Powyższe ukształtowanie przedpłaty odróżnia ją od zaliczki w rozumieniu art. 151a ustawy Pzp, która zakłada, iż zaliczka stanowi wartość odpowiadającą części świadczenia wykonawcy (arg. z art. 151a ust. 4 ustawy Pzp).

Dodatkowo należy wskazać, iż w przypadku umów prenumeraty dokonanie przedpłaty (zapłata ceny z góry) stanowi w istocie warunek skuteczności samej umowy. Dopiero bowiem w przypadku uiszczenia przedpłaty możliwe jest zrealizowanie celów gospodarczych leżących u podstaw natury prawnej samej umowy prenumeraty. W takim tylko przypadku wydawca (zbywca) uzyskuje bowiem gwarancję ciągłości zbycia czasopism lub gazet, a zamawiający gwarancję ciągłości dostarczania kolejnych wydań czasopism lub gazet.

IV. Konkludując powyższe uwagi należy stwierdzić, iż zastosowanie przepisów ustawy Pzp, a tym samym procedur udzielania zamówień publicznych, nie wyklucza dopuszczalności zawierania umów prenumeraty czasopism lub gazet, w ramach których wynagrodzenie należne wykonawcy będzie płatne przez zamawiającego w formie przedpłaty. Przedpłata uiszczana przez zamawiającego w ramach umowy prenumeraty nie stanowi zaliczki w rozumieniu art. 151a ustawy Pzp.

Dopuszczalność zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki

Stosownie do brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp", zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na postawie 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.

Na podstawie zacytowanego powyżej przepisu zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest zasadniczo zakazana. W świetle tego przepisu można wymienić dwa wyjątki od tej zasady. Po pierwsze należy podkreślić, iż zakaz, o którym jest mowa w przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie takiej zmiany postanowień umowy o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Należy więc stwierdzić, iż dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta przedmiotowa umowa. Po drugie dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie dwie następujące przesłanki wymienione w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp in fine, tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przesłanka 1) oraz określił warunki takiej zmiany (przesłanka 2).

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w ustawie Pzp występuje zasadniczo oferta oraz ogłoszenie lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia. W takich postępowaniach oraz w związku z powyższymi wyjaśnieniami dopuszczalność zmiany umowy na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości. Wyjątkiem od powyższego jest tryb zamówienia z wolnej ręki, w którym nie występuje ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, gdyż stosownie do art. 68 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie w tym trybie wszczynane jest zaproszeniem do negocjacji, a przepisy odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mają w nim zastosowania. Ponadto z brzmienia art. 66 ustawy Pzp można wysnuć wniosek, iż w tym trybie wykonawca nie składa zamawiającemu oferty, ponieważ zamówienie jest udzielane wyłącznie po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą.

Należy odrzucić pogląd, iż w związku z powyżej wskazanymi odmiennościami zmiana umowy o zamówienie publiczne zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalna. Taki wniosek nie wynika bowiem z brzmienia omawianego przepisu. Jednocześnie nie sposób wskazać racjonalnego uzasadnienia dla stanowiska, iż wyłącznie umowy zawarte po przeprowadzeniu tego trybu nie mogą podlegać zmianie. Stanowią one bowiem umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, które są zawierane po przeprowadzeniu postępowania o jego udzielenie w trybie przewidzianym w ustawie Pzp.

Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się koniecznością przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z jednym wykonawcą (art. 66 ustawy Pzp), którego zaprasza przekazując informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 ustawy Pzp). Nie jest wykluczone złożenie przez wykonawcę oferty w odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji. Należy jednak podkreślić, iż w trybie z wolnej ręki umowa o zamówienie publiczne jest zawierana nie w następstwie wyboru (przyjęcia) oferty przez zamawiającego, lecz w następstwie negocjacji zakończonych kompromisem, tj. porozumieniem odnośnie treści planowanej do zawarcia umowy. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdzie odpowiedniego zastosowania w odniesieniu do zakazu zmiany umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Z uwagi na brak stosownej regulacji w przepisach ustawy Pzp, dotyczącej możliwości zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, zastosowanie będzie miał stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93).

Podstawową zasadą prawa cywilnego jest zasada swobody umów. Została ona wyrażona w art. 353^1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z nim strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Norma prawna wynikająca z niniejszego przepisu przyznaje podmiotom prawa cywilnego generalną kompetencję do kształtowania stosunków zobowiązaniowych poprzez zawierane pomiędzy tymi podmiotami umowy. Swoboda zawierania umów na postawie art. 353^1 Kodeksu cywilnego obejmuje zasadniczo swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy w jakiej umowa ma być zawarta, a także kompetencję do ich zmiany stosownie do woli stron umowy.

Należy jednakże stwierdzić, iż zasadniczo w stosunku do zamówień publicznych zasada ta doznaje znacznego ograniczenia. Po pierwsze zamawiający nie ma swobody w wyborze kontrahenta, z którym podpisze umowę. Po drugie zamawiający nie ma możliwości wyboru formy, w jakiej zostanie zawarta umowa. Po trzecie treść umowy o wykonanie zamówienia publicznego musi uwzględniać przepisy ustawy Pzp. W ustawie Pzp w szczególny sposób została również uregulowana kwestia wprowadzania zmian do umów o wykonanie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do umów zawartych w następstwie postępowania prowadzonego trybie z wolnej ręki, możliwość ich zmiany każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe ograniczenie wynika z faktu, iż przedmiotowe umowy zawarte zostały w reżimie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidującego szczególne zasady, na jakich powinien opierać się proces ich zawierania. Należy podkreślić, iż na gruncie ustawy Pzp zmiana umów dopuszczalna jest tylko w wyjątkowych okolicznościach, wobec powyższego należy stwierdzić, iż również umowy zawarte z wolnej ręki nie mogą być swobodnie zmieniane. Zatem zasadne jest stwierdzenie, iż w przypadku zmian przedmiotowych w umowie o wykonanie zamówienia publicznego, strony są zobowiązane do oceny czy w stosunku do zawieranych aneksów do umów w dalszym ciągu zachodzą przesłanki uzasadniające zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki.

W przypadku tego rodzaju umów zamawiający chcący dokonać jej zmiany będzie zobowiązany do powtórnej analizy okoliczności uzasadniających możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem w przypadku, gdy zamówienie udzielone zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy ocenić czy w dalszym ciągu zamówienie to może być wykonane tylko i wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn wskazanych w pkt. 1 lit. a, b i c powyższego przepisu. Analogicznie w przypadku udzielenia zamówienia z uwagi na okoliczności wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy zbadać czy konieczność zmiany umowy wynika z wyjątkowej sytuacji, której zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć czy konieczność dokonania zamian nie wynika bezpośrednio z winy zamawiającego, czy niezbędne jest natychmiastowe wykonanie prac oraz czy nie można zachować terminów określonych dla wykonania zamówienia w innych trybach przewidzianych ustawą. Zamawiający będzie zobowiązany do analogicznego postępowania również w przypadku zamówień udzielanych z wolnej ręki z uwagi na pozostałe przesłanki określone w art. 67 ustawy Pzp. Stwierdzenie istnienia powyższych przesłanek będzie w tym przypadku warunkowało możliwość zawarcia aneksu do umowy o wykonanie zamówienia z jego dotychczasowym wykonawcą.

Należy stwierdzić, iż procedura powtórnego badania przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wszystkich przypadków wprowadzania zmian do umów o wykonanie zamówienia publicznego zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki po nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r.

Przepis art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), dalej „ustawa nowelizująca", uzależnił stosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych, dotychczasowych albo znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych od dnia (daty), w którym doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej, do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. przed dniem 24 października 2008 r. – stosuje się przepisy dotychczasowe. Tym samym a contrario do umów w sprawach zamówień publicznych zawieranych od dnia 24 października 2008 r. zastosowanie mają przepisy w brzmieniu nadanym nowelą, niezależnie od daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za przyjęciem powyższego stanowiska przemawiają następujące argumenty:

I. Zgodnie z art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Powyższy przepis ma zastosowanie do wszelkich norm prawnych odnoszących się do umów w sprawie zamówień publicznych. Powyższe potwierdza zawarte w nim sformułowanie „do umów w sprawach zamówień publicznych (…) stosuje się przepisy dotychczasowe". Jeżeli bowiem zamiarem ustawodawcy byłoby stosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji tylko niektórych przepisów w brzmieniu dotychczasowym, ww. przepis powinien zawierać zastrzeżenie, iż dany artykuł, lub artykuły regulujące określoną kwestię należy stosować w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Za powyższym poglądem opowiadają się również autorzy komentarza do § 14, 30 i 31 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. zasady techniki prawodawczej (Dz. U Nr 100, poz. 908)[1]. Jeśli dany akt zawiera normy dotyczące kwestii już wcześniej regulowanych przez prawo, to musi również zawierać przepisy, które odpowiedzą na pytanie, jakie normy należy stosować do oceny stanów prawnych, które powstały przed wejściem w życie nowych przepisów (przepisy przejściowe). Konieczne jest więc ustalenie, które z dotychczasowych przepisów obowiązują w zmienionym stanie prawnym oraz które z przepisów już nieobowiązujących nadal mają być stosowane do oceny zdarzeń, które wystąpiły w czasie, kiedy przepisy te jeszcze obowiązywały.

Brzmienie art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej wskazuje na posłużenie się przez ustawodawcę rozwiązaniem, zgodnie z którym w stosunku do umów zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji przedłużone zostało stosowanie dawnego prawa. Rozwiązanie to polega na tym, że do czasu wygaśnięcia stosunków prawnych powstałych w czasie obowiązywania zmienionego prawa będą miały zastosowanie przepisy prawne, które obowiązywały w czasie powstania owych stosunków. Jest to rozwiązanie najbardziej lojalne wobec zainteresowanych. Na gruncie obowiązującego prawa mogli oni zaplanować i ułożyć swoje sprawy i prawodawca nie zaskakuje ich nagłą zmianą przepisów. W ten sposób chroni się stan bezpieczeństwa prawnego.

II. Poprzez zastosowanie odesłania do stosowania wszystkich przepisów dotychczasowych, nie można wbrew literalnemu brzmieniu art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej wywieść, iż zawarta została w niej tzw. zasada bezpośredniego działania nowej ustawy, polegająca na tym, że od chwili wejścia w życie nowych norm prawnych należy je stosować do stosunków prawnych danego rodzaju niezależnie od tego, czy dopiero powstaną, czy też powstały wcześniej przed wejściem w życie nowego prawa, lecz trwają nadal w czasie dokonywania zmiany prawa. Zgodnie bowiem z zasadami techniki prawodawczej w każdej sytuacji, gdy ustawa reguluje sprawy, które wcześniej były już w jakikolwiek sposób i w jakimkolwiek zakresie uregulowane prawnie, wpływ nowej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustawy albo ustaw dotychczasowych należy uregulować w przepisach przejściowych. Jedynie

[1] J. Warylewski (red.), T. Bąkowski, P. Bielski, K. Kaszubowski, M. Kokoszczyński, J. Stelina, G. Wierczyński, Zasady techniki prawodawczej. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2003 r. Lex/el. 2009

w braku takich przepisów przyjmuje się, że ustawodawca zdecydował o bezpośrednim działaniu nowej ustawy. Zawarcie więc w przepisach przejściowych ustawy nowelizującej art. 4 ust. 4 świadczy o tym, iż zamiarem ustawodawcy było objęcie dotychczasowymi przepisami stosunków prawnych powstałych przed wejściem w życie nowego prawa[2].

III. Interpretacja ww. przepisu wbrew jego literalnemu brzmieniu, prowadząca do objęcia umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej przepisami w brzmieniu nadanym tą ustawą narusza zaufanie podmiotów stosujących ww. przepisy do prawa jako fundamentu, na którym mogą układać swoje sprawy oraz narusza ich prawa słusznie nabyte. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Konstytucyjnego przedstawione w orzeczeniu z dnia 15 lipca 1996 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż Konstytucja wymaga, aby sytuacja prawna osób dotkniętych nową regulacją była poddana takim przepisom przejściowym, by mogły one mieć czas na dokończenie przedsięwzięć podjętych na podstawie wcześniejszej regulacji w przeświadczeniu, że będzie ona miała charakter stabilny. Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa nakazuje ustawodawcy należyte zabezpieczenie „interesów w toku", a zwłaszcza należytą realizację uprawnień nabytych na podstawie poprzednich przepisów (K. 5/96, OTK 1996, nr 4, poz. 30).

IV. Również w orzeczeniu z dnia 2 marca 1993 r. Trybunał Konstytucyjny, wyraził pogląd, że doprowadzenie do sytuacji zaskoczenia adresatów norm prawa nową regulacją prawną, która może radykalnie zmieniać na niekorzyść ich dotychczasowe sytuacje prawne, nie dając możliwości skalkulowania zdarzeń, z którymi może się zetknąć adresat normy prawnej, prowadzi do podważenia zaufania obywateli do prawa jako elementu zasady demokratycznego państwa prawnego i pozostaje w sprzeczności z tą zasadą. W opinii Trybunału Konstytucyjnego sytuacja taka występuje w szczególności wtedy, gdy bezpośrednie działanie nowej ustawy godzi w prawa słusznie nabyte. W przypadku dokonania zmiany prawa dotychczas obowiązującego, pociągającej za sobą niekorzystne skutki dla sytuacji prawnej podmiotów, rozwiązaniem powinno być zastosowanie techniki przepisów przejściowych, lub co najmniej odpowiedniego vacatio legis, tak aby zainteresowane podmioty zyskały możliwość przystosowania się do nowej sytuacji prawnej. Ustawodawca może z nich zrezygnować – decydując się na bezpośrednie (natychmiastowe) działanie nowego prawa – jeżeli przemawia za tym ważny interes publiczny, którego nie można wyważyć z interesem jednostki (K. 9/92, OTK 1993, nr 1, poz. 6)[3].

Tym samym należy przyjąć, iż do umów zawartych przed dniem 24 października 2008 r. zastosowanie ma przepis art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzonej ustawą nowelizacyjną. Zgodnie z tym przepisem zakazane są zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późnb. zm.), dalej „ustawa Pzp", zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Funkcją instytucji „zabezpieczenia" jest zatem umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie

[2] Komentarz do § 31 rozporządzenia z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U.02.100.908), [w:] J. Warylewski (red.), T. Bąkowski, P. Bielski, K. Kaszubowski, M. Kokoszczyński, J. Stelina, G. Wierczyński, Zasady techniki prawodawczej. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2003 r. Lex/el. 2009.

[3] Komentarz do § 30 rozporządzenia z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U.02.100.908), [w:] J. Warylewski (red.), T. Bąkowski, P. Bielski, K. Kaszubowski, M. Kokoszczyński, J. Stelina, G. Wierczyński, Zasady techniki prawodawczej. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2003 r. Lex/el. 2009.

zamówienia publicznego, poprzez pokrycie tych roszczeń z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii związanych z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, odsyłając w tym zakresie, stosownie do dyspozycji art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do przepisów Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 471 Kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Skutkiem zachowania się dłużnika niezgodnego z treścią zobowiązania jest więc jego odpowiedzialność odszkodowawcza wiążąca się jednocześnie z roszczeniem wierzyciela do naprawienia szkody. Uprawnienia przysługujące wierzycielowi w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uregulowane są w działach II i III tytułu VII księgi trzeciej Kodeksu cywilnego zatytułowanych „Skutki niewykonania zobowiązań" oraz „Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych".

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, jako sposobu naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej).

Dopuszczalność rozszerzenia zakresu zamówienia w stosunku do zakresu, na jaki została przewidziana umowa ramowa

Zgodnie z art. 2 pkt 9a *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.),* dalej „ustawa Pzp", przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą pomiędzy zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Stosownie zaś do art. 99 ustawy Pzp zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Umowa ramowa nie jest trybem udzielenia zamówienia w rozumieniu art. 10 ustawy Pzp, a określa przyszłe, ramowe warunki zamówień, które mają zostać udzielone na jej podstawie. Umowa ramowa służy zatem określeniu warunków przyszłych umów w sprawie zamówień publicznych, przy czym sama nie jest traktowana jako zamówienie publiczne, gdyż jej przedmiotem nie są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Status zamówienia publicznego w rozumieniu ustawy Pzp posiada jedynie umowa zawarta pomiędzy zamawiającym, a jednym bądź kilkoma wykonawcami, z którymi zamawiającego łączy wcześniej zawarta umowa ramowa. Zamówienie to jednakże nie jest udzielane w ramach trybów udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 10 ustawy Pzp.

Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem przy prowadzeniu postępowania celem zawarcia umowy ramowej oznacza (arg. z art. 99 ustawy Pzp), iż zamawiający zobowiązany jest do opisania i oszacowania przedmiotu postępowania, którego rezultatem będzie podpisanie umowy ramowej, w sposób określony w przepisach art. 29–36 ustawy Pzp. Zdefiniowany przez zamawiającego przedmiot postępowania na zawarcie umowy ramowej zamawiający przekazuje wykonawcom w treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych (art. 41 pkt 4 ustawy Pzp), oraz – stosownie do brzmienia art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak określony przez zamawiającego przedmiot postępowania na zawarcie umowy

ramowej ma charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i pozostałych uczestników prowadzonego postępowania, co znajduje potwierdzenie m.in. w treści art. 101 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową.

Jednocześnie, z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania na zawarcie umowy ramowej zamawiający może określić przedmiotowy zakres przyszłej umowy ramowej bądź poprzez wskazanie maksymalnej ilości dóbr, usług czy robót budowlanych, które zamawiający zamierza nabyć w ramach umowy ramowej, bądź poprzez podanie maksymalnej kwoty przeznaczonej na zakup tych dóbr, usług lub robót budowlanych. Dokonany przez zamawiającego wybór sposobu określenia przedmiotowego zakresu postępowania na zawarcie umowy ramowej determinuje przyszły rzeczywisty zakres zamówień, które mogą zostać zrealizowane w oparciu o treść tej umowy. Innymi słowy, wskazanie przez zamawiającego w dokumentacji postępowania na zawarcie umowy ramowej maksymalnej ilości dóbr, usług, robót budowlanych uniemożliwia zamawiającemu przekroczenie pierwotnie przyjętego zakresu, pomimo posiadania środków finansowych pozwalających na dalsze udzielanie zamówień w oparciu o umowę ramową. W sytuacji zaś zdefiniowania maksymalnego zakresu przedmiotu zamówienia w drodze określenia maksymalnej kwoty przeznaczonej na zamówienia udzielane w ramach umowy ramowej, rzeczywisty maksymalny zakres zamówień determinuje wyłącznie pierwotnie przyjęta przez zamawiającego kwota.

Tym samym, udzielenie przez zamawiającego zamówienia, które nie mieści się w zakresie przedmiotowym umowy ramowej np. poprzez zamówienie większej ilości dóbr niż pierwotnie ustalona, stanowi udzielenie nowego zamówienia, nie mieszczącego się w ramach przedmiotowych umowy ramowej. W powyższych okolicznościach nie ma zastosowania art. 101 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym, udzielając zamówienia w ramach umowy ramowej zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli zmiana ta nie jest istotna. Przepis ten bowiem nie odnosi się do zmian zakresu przedmiotowego umowy ramowej, lecz do zmian warunków zamówienia przez które należy rozumieć, m.in. termin wykonania czy parametry techniczne przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego uznać należy, iż określenie przez zamawiającego w postępowania na zawarcie umowy ramowej maksymalnej ilości świadczeń, jakie zamawiający przewidywał nabyć w oparciu o powyższą umowę, stanowił jednocześnie określenie maksymalnego zakres przedmiotowego umowy ramowej. Udzielenie zamówienia na takie świadczenia w ilości większej niż maksymalnie założono w pierwotnym postępowaniu, stanowiłoby niedozwolone udzielenie zamówienia w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

VIII. UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA USŁUGI NIEPRIORYTETOWE

Udzielanie zamówień publicznych na tzw. usługi nieprioritetowe o wartości poniżej progów unijnych

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) została dokonana zmiana przepisów w zakresie udzielania zamówień publicznych na tzw. usługi nieprioritetowe, czyli usługi określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp". Po pierwsze, uchylony został przepis art. 5 ust. 1a ustawy Pzp. Po drugie, dodany został nowy przepis art. 5a. Zmiana przepisów ustawy Pzp w zakresie dodania przepisu art. 5a ma na celu odformalizowanie postępowań o udzielanie zamówienia na usługi nieprioritetowe o wartościach poniżej progów unijnych. Rozwiązanie przyjęte w nowelizacji odpowiada rozwiązaniom stosowanym w innych krajach unijnych w stosunku do zamówień nie przekraczających określonej wartości (np. Francji, Hiszpanii, Wielkiej Brytanii), gdzie zamawiający jest w pełni „gospodarzem" prowadzonego przez siebie postępowania, jego proceduralne szczegóły określa sam, przy zachowaniu pewnych wymogów minimalnych określonych przez ustawodawcę krajowego.

Zmiana w zakresie usług nieprioritetowych wchodzi w życie, podobnie jak pozostałe przepisy ww. nowelizacji 19 października 2014 r. Od tego dnia zamawiający udzielający zamówienia na usługi nieprorytetowe o wartości poniżej progów unijnych mają możliwość dokonania wyboru pomiędzy:

1. udzieleniem zamówienia na tzw. zasadach ogólnych, czyli w jednym z trybów przewidzianych do tej pory w ustawie (w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zostaną spełnione przesłanki stosowania tych trybów, określone w art. 5 ust. 1b, art. 62 lub art. 67 ustawy Pzp), a

2. udzieleniem zamówienia zgodnie z określoną przez niego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 5a ust. 2–4.

Przy przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach ogólnych, regulowanych ustawą Pzp (wariant 1), zamawiający może korzystać z uproszczeń przewidzianych treścią art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, czyli niestosować wymienionych w nim przepisów.

W związku z tym, że bez zmian pozostał art. 5 ust. 1b, po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp zamawiający nadal może udzielać zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki bez zastosowania przesłanek wyboru tych trybów w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi prawnicze, polegające na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego, lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa.

W przypadku wyboru wariantu 2 zamawiający będzie sam określał szczegóły zastosowanej przez niego procedury – ustawa będzie od niego wymagała wszakże uwzględnienia zasad wskazanych w art. 5a ust. 2 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystości, zasady obiektywizmu i zasady niedyskryminacji oraz przestrzegania niżej wymienionych przepisów. I tak, w art. 5a ust. 3 i 4 ustawy Pzp zostały wskazane obligatoryjne elementy, jakie musi zawierać procedura (postępowanie) prowadzona przez zamawiającego. Postępowanie to będzie wszczynane przez publiczne ogłoszenie o zamówieniu stanowiące zaproszenie do składania ofert zawierające informacje niezbędne z uwagi na okoliczności udzielenia tego zamówienia, w szczególności termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, opis przedmiotu oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia, a także kryteria oceny ofert. Po zakończeniu postępowania zamawiający ma obowiązek opublikowania informacji, o udzieleniu zamówienia albo, odpowiednio, w przypadku nieudzielenia zamówienia, informacji o nieudzieleniu zamówienia. Zarówno ogłoszenie, jak i wskazane wyżej informacje, zamawiający jest

zobowiązany zamieszczać na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej („BIP"), a w przypadku, gdy zamawiający nie ma takiej strony – na swojej stronie internetowej.

Ponieważ postępowanie, o którym mowa w art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, jest postępowaniem o udzielenie zamówienia, zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 2 ust. 7a ustawy Pzp, jego przebieg powinien odpowiadać regułom ogólnym rządzącym takimi postępowaniami, z uwzględnieniem specyfiki tego postępowania i własnych reguł wprowadzonych do niego przez zamawiającego.

Należy pamiętać, że do ustawy Pzp nie została wprowadzona regulacja przewidująca generalne wyłączenie stosowania jej przepisów do zamówień udzielanych na podstawie postępowania określonego przez zamawiającego na podstawie art. 5a ustawy Pzp. W konsekwencji, do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe w oparciu o art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, odpowiednie zastosowanie mają te przepisy ustawy Pzp, które nie zostały zastąpione w sposób odmiennie regulujący daną kwestię przepisami art. 5a. Przykładowo, w przypadku kiedy zamawiający zdecyduje się na udzielenie zamówienia w sposób wskazany w art. 5a nie mają zastosowania art. 11 oraz 12 ustawy Pzp dotyczące ogłoszeń ponieważ art. 5a zawiera odmienne reguły dotyczące publikacji ogłoszeń. Ponadto, do zamówień tych mają zastosowanie te przepisy ustawy Pzp, których stosowanie nie jest wyłączone z uwagi na istotę lub cel instytucji unormowanych w art. 5a ustawy Pzp.

Do udzielania zamówienia na podstawie postępowania, o którym mowa w art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, nie będą miały zatem zastosowania przepisy Działu III (Przepisy szczególne) oraz część przepisów Działu II (Postępowanie o udzielenie zamówienia). Pozostałe przepisy ustawy Pzp co do zasady będą miały odpowiednie zastosowanie, jednak odpowiednie stosowanie tych przepisów wymaga opracowania przez zamawiających procedury dostosowanej do regulacji zawartych w art. 5a ustawy Pzp. Przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe w oparciu o art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp zastosowanie powinny znaleźć przepisy art. 14–21 ustawy Pzp (m.in. odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, wspólne udzielanie zamówień, wyłączenia ze względu na konflikt interesów, zasady ponoszenia odpowiedzialności za przeprowadzenie postępowania i powoływania komisji przetargowej), a także przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, szacowania wartości zamówienia, obowiązku sporządzenia protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz obowiązku zawarcia informacji w zakresie tych zamówień w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

W związku z powyższym, w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia postępowania na podstawie procedury określonej zgodnie z art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, znajdą zastosowanie przepisy regulujące zasady jej funkcjonowania – tak jak ma to miejsce w odniesieniu do wszystkich innych postępowań o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych.

Przeprowadzając postępowanie na podstawie art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany będzie sporządzić pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia. Sposób określenia przez zamawiającego procedury, o której mowa w art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, będzie wpływał na zakres informacji zawieranych w protokole. W celu sporządzenia protokołu z postępowania, zamawiający mogą posiłkować się wzorami protokołów stanowiących załączniki do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223, poz. 1458), z uwzględnieniem oświadczeń składanych przez osoby wykonujące czynności w takim postępowaniu.

Do umów zawieranych w wyniku postępowania przeprowadzonego na podstawie art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp zastosowanie znajdą przepisy Działu IV ustawy Pzp (Umowy w sprawach zamówień publicznych), w szczególności art. 144 zawierający przesłanki dopuszczalnej w świetle przepisów ustawy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Środki odwoławcze w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp będą wnoszone przez wykonawców na zasadach ogólnych. Mając na uwadze treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniach tych odwołanie będzie przysługiwało jedynie od czynności: opisu sposobu

dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty odwołującego, co nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający dla czynności nie podlegających rozpatrzeniu w trybie odwołań wnoszonych na podstawie ustawy, przewidział własne zasady wnoszenia środków odwoławczych. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku tych postępowań nie znajdzie zastosowania.

W pozostałym zakresie zamawiający samodzielnie kształtuje procedury udzielenia zamówienia, uwzględniając np. kolejność etapów postępowania odmiennie niż w procedurze określonej ustawą, dopuszczając negocjacje w trakcie procedury, samodzielnie określając warunki udziału w postępowaniu i dokumenty na potwierdzenie spełnienia tych warunków.

Reasumując, od dnia 19 października 2014 r. zamawiający może udzielić zamówienia na usługi niepriorytetowe o wartości poniżej progów unijnych bądź na zasadach ogólnych, czyli w jednym z trybów przewidzianych do tej pory w ustawie Pzp z jednoczesną możliwością wykorzystania uproszczeń określonych w art. 5 ust. 1 i 1b ustawy Pzp, bądź na podstawie określonej przez siebie procedury, spełniającej minimalne wymogi określone w art. 5a ust. 2–4 ustawy Pzp, której przebieg powinien odpowiadać ogólnym regułom rządzącym postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem specyfiki postępowania z art. 5 ust. 2–4 ustawy Pzp i własnych reguł wprowadzonych do niego przez zamawiającego.

IX. SPRAWOZDANIE ROCZNE

Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych

I. Podstawa prawna

Zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", zamawiający sporządza roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach. Stosownie do art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany przekazać roczne sprawozdanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w terminie do dnia 1 marca każdego roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.

Zakres sprawozdania określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz. U. poz. 1530), zwanym dalej „rozporządzeniem w sprawie sprawozdania".

Zamawiający sporządzają sprawozdania na podstawie rozporządzenia w sprawie sprawozdania począwszy od sprawozdania za rok 2013, **przy czym zaznaczyć należy, iż już w sprawozdaniu za rok 2013 zamawiający zobowiązani byli uwzględnić wszystkie zamówienia udzielone od 1 stycznia 2013 r., w tym także zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy w zw. z art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp.**

II. Zakres podmiotowy dotyczący obowiązku sporządzania i przekazywania rocznego sprawozdania

Obowiązek sporządzenia i przekazania Prezesowi Urzędu rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach dotyczy wszystkich zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, bez względu na tryb udzielenia zamówienia publicznego. Do sporządzenia rocznego sprawozdania zobowiązany jest co do zasady każdy zamawiający, który udzielił w danym roku zamówienia publicznego, w tym również zamawiający, który udzielił zamówień z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp.

Powyższy obowiązek nie będzie miał zastosowania w odniesieniu do zamawiających, którzy w roku objętym sprawozdaniem:

1. nie udzielili żadnego zamówienia, tj. nie udzielili zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp, oraz nie udzielili zamówienia z wyłączeniem procedur określonych ustawą Pzp,

2. udzielili wyłącznie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawy i usługi, których wartość jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (arg. z art. 131b w zw. z art. 98 ust 1 ustawy Pzp).

Zamawiający udzielający zamówień sektorowych są obowiązani uwzględnić w sprawozdaniu także informacje dotyczące udzielonych zamówień sektorowych, których wartość jest mniejsza niż wartość progów kwotowych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (por. art. 133 ust. 2 ustawy Pzp).

III. Zakres informacji przekazywanych w sprawozdaniu

Rozporządzenie w sprawie sprawozdania zachowuje w większości zakres informacji wymaganych dotychczasowym rozporządzeniem. Zakres ten został rozszerzony w związku z wejściem w życie od dnia 20 lutego 2013 r. przepisów regulujących udzielanie **zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa**. Nowością w stosunku do dotychczas obowiązującego rozporządzenia jest także rozszerze-

nie zakresu informacji zawartych w sprawozdaniu o **informacje o zamówieniach, które zostały udzielone z wyłączeniem obowiązku stosowania procedur określonych ustawą Pzp, na podstawie przepisu art. 4 pkt 1–3, 6– i 10–13, art. 136–138. Zakres danych przekazywanych w ramach tych informacji będzie ograniczony wyłącznie do łącznej wartości i liczby zamówień, a w przypadku zamówień poniżej progu, od którego uzależnione jest stosowanie ustawy Pzp (art. 4 pkt 8), tylko do łącznej ich wartości.**

Nowym rozwiązaniem jest określenie wzoru jednego uniwersalnego załącznika, który będzie wykorzystywany przez wszystkich zamawiających, stosownie do zakresu informacji przekazywanych w sprawozdaniu za dany rok.

W załączniku do rozporządzenia, ustalającym wzór rocznego sprawozdania, wprowadza się sześć tabel, określających zakres przekazywanych informacji w następującym podziale:

I. Zamawiający:

   1. Nazwa, adres i osoby upoważnione do kontaktów;

   2. Rodzaj zamawiającego;

II. Zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp;

III. Zamówienia sektorowe o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, i mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;

IV. Zamówienia klasyczne i zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, i mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;

V. Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;

VI. Sposób wykonania zamówień, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro dla robót budowlanych albo 10.000.000 euro dla dostaw lub usług.

Poszczególne tabele sprawozdania będą wypełniane przez zamawiających stosownie do udzielonych w danym roku zamówień, tj. w przypadku udzielenia w danym roku kalendarzowym zamówień odpowiadających wartością i rodzajem kategoriom zamówień podlegających ujawnieniu w danej części rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych.

III.1. Forma i wartość umowy w sprawie zamówienia publicznego a obowiązek sprawozdawczy

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad prawa cywilnego, odnoszących się do umów (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową. Biorąc pod uwagę fakt, iż odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, która przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej uznać należy, iż z samego faktu określenia w umowie wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 0 zł nie wynika, iż umowa ta ma charakter nieodpłatny.

Powyższe dotyczy w szczególności umów w sprawie zamówienia publicznego, których przedmiotem są usługi bankowe, albowiem specyfiką wykonywania usług bankowych jest ich powiązanie z innymi usługami dokonywanymi na zlecenie zamawiającego (np. dokonywane na zlecenie zamawiającego rozliczenia pieniężne towarzyszące obsłudze kasowej). W konsekwencji, niepobieranie opłat, np. za prowadzenie obsługi kasowej zamawiającego, bank może rekompensować poprzez pobieranie opłat za dokonywanie rozliczeń finansowych.

Dla uznania, w świetle przepisów ustawy Pzp, danego stosunku zobowiązaniowego za zamówienie publiczne nie jest zatem konieczne ustalenie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy tytułem wykonania przedmiotu zamówienia na określonym – minimalnym – poziomie. Każda bowiem umowa, w oparciu o którą wykonawca za zrealizowaną usługę, dostawę lub robotę budowlaną uzyskuje korzyść majątkową , posiada charakter zamówienia publicznego, także wówczas, gdy wynagrodzenie wykonawcy wskazane w umowie zostało określone na poziomie 0 zł.

Odnosząc się do formy prawnej, w jakiej musi zostać zawarty stosunek zobowiązaniowy w celu uznania go za zamówienie publiczne w rozumieniu ustawy Pzp wskazać należy, iż stosownie do treści art. 139 ust. 2 ustawy Pzp umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Tym samym, obowiązkowi sprawozdawczemu podlega każda umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z wykonawcą wybranym w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, w formie pisemnej (arg. z art. 139 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 13).

Wyżej opisana zasada pisemności nie będzie miała zastosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego, których wykonawca nie został wybrany w oparciu o procedury określone ustawą Pzp, w związku z wyłączeniem obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie m.in. art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13, art. 136–138 ustawy Pzp. Brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielenia danego zamówienia oznacza, iż zamawiający nie jest związany w szczególności normą z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp, która do ważności zawieranego stosunku zobowiązaniowego wymaga zachowania formy pisemnej. Zamówieniem publicznym będzie zatem także umowa ustna, zawarta z podmiotem, do wyboru którego zamawiający nie stosował przepisów ustawy Pzp w związku z zajściem którejkolwiek z przesłanek z art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13, art. 136–138 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem tak zawartego stosunku zobowiązaniowego jest usługa, dostawa lub robota budowlana w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający podaje w tabelach III–VI całkowitą wartość umów zawartych w roku, którego dotyczy sprawozdanie, również w przypadku, gdy umowa nie została jeszcze w całości wykonana i zamawiający nie wydatkował całych kwot, na jakie zostały zawarte umowy. W przypadku zaś umów zawartych na czas nieoznaczony, za wartość umowy należy przyjąć wartość ustaloną z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia (por. przypis nr 3, którego wyjaśnienie znajduje się w załączniku do rozporządzenia w sprawie sprawozdania, pod tabelą VI).

Kwoty wartości umów w sprawie zamówienia publicznego, jakie zamawiający musi przyjąć celem prawidłowego wypełnienia tabel III – VI, odnoszą się zatem do wynagrodzenia ustalonego (wskazanego w umowie) w momencie nawiązania danego stosunku zobowiązaniowego. **Zmiana pierwotnie ustalonego wynagrodzenia**, a tym samym zapłata wykonawcy wynagrodzenia tytułem realizacji przedmiotu zamówienia w kwocie innej niż początkowo ustalona (także wówczas, gdy zawarcie i wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego ma miejsce w tym samym roku, za który zamawiający sporządza sprawozdanie), **nie ma wpływu na podawaną w sprawozdaniu wartość zamówienia**.

W odniesieniu zaś do zamówień udzielonych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp, tj. zamówień, które zamawiający zobowiązany jest uwzględnić w tabeli II, podać należy – w złotych – łączną wartość udzielonych zamówień, bez podatku od towarów i usług. Przy czym, przyjmowana przez zamawiającego wartość udzielonych zamówień zależeć będzie od formy prawnej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku zawarcia umowy w formie pisemnej, zamawiający przyjmuje wartość danego stosunku zobowiązaniowego na zasadach analogicznych,

jakie mają zastosowanie przy wypełnianiu tabel III–VI, tj. wysokość wynagrodzenia bez VAT w wysokości wskazanej w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w formie ustnej, skutkować będzie co do zasady przyjmowaniem przez zamawiającego dla celów sprawozdawczych wartości wskazanej w dokumencie wystawianym przez wykonawcę, w którym wykonawca określa wysokość należnego mu wynagrodzenia tytułem realizacji przedmiotu zamówienia, tj. na fakturze, paragonie bądź na rachunku.

Dodatkowo, wskazać należy, że jeżeli w zawartej umowie określono jedynie ceny jednostkowe (bez podania wartości całkowitej umowy), za wartość zamówienia należy przyjąć iloczyn przewidywanej ilości lub zakresu usług (np. roboczogodziny) oraz cen jednostkowych określonych w umowie.

Zamówienie, w którym zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i zawarł więcej niż jedną umowę, należy traktować jako jedno zamówienie i na potrzeby określenia wartości umowy należy zsumować ceny netto (bez podatku od towarów i usług) określone w zawartych umowach częściowych.

Jeżeli w związku z realizacją zamówienia podstawowego udzielono zamówień dodatkowych lub uzupełniających, przy wypełnianiu formularza sprawozdania należy je traktować jako odrębne zamówienia i uwzględnić w sprawozdaniu – analogicznie, jak pozostałe zamówienia.

Przy sporządzeniu rocznego sprawozdania zamawiający przyjmuje wartości progów określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Za rok 2013 należało zastosować wartości progów w tym czasie obowiązujących, tj. wartości podane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649, z późn. zm.).

Wartość waluty obcej, w sytuacji określania wynagrodzenia umownego w walucie obcej, określa się według kursu ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski w dniu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podstawą obliczenia wartości waluty dla prawidłowości sprawozdania z udzielonych zamówień w takim przypadku będzie kurs złotego ogłoszony przez Narodowy Bank Polski w dniu zawarcia umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Niezbędne informacje do sporządzenia sprawozdania rocznego o udzielonych zamówieniach publicznych w zakresie zamówień wyłączonych spod obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, zamawiający będą ustalać w szczególności na podstawie odpowiednich wykazów i rejestrów wydatków finansowanych ze środków publicznych, które są obowiązani dokumentować na podstawie odrębnych przepisów.

Tabela I „Zamawiający"

W przypadku zmian organizacyjnych po stronie zamawiającego, skutkujących jego likwidacją, obowiązek sprawozdawczy, o którym mowa w art. 98 ustawy Pzp obejmujący zamówienia udzielone przez zlikwidowanego zamawiającego, ciążyć będzie na likwidowanym zamawiającym, bądź na podmiocie przejmującym obowiązki sprawozdawcze po zlikwidowanym zamawiającym w związku z połączeniem, przekształceniem lub podzieleniem tego zamawiającego.

Zamawiający, w odniesieniu do którego przeprowadzono likwidację upadłościową, bądź zamawiający, który zbył swoje przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55^1 Kc przekazuje, z chwilą zakończenia likwidacji bądź zbycia przedsiębiorstwa, sprawozdanie z udzielonych przez niego zamówień w roku, w którym zdarzenie to następuje. Powyższemu nie sprzeciwia się treść art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu złożyć sprawozdanie do 1 marca roku następującego po roku, którego dotyczy obowiązek sprawozdawczy, albowiem zamawiający może przekazać Prezesowi Urzędu sprawozdanie także przed 1 marca roku następnego, w tym także w szczególnych sytuacjach w roku, którego obowiązek sprawozdawczy dotyczy. W przypadku zaś likwidacji zamawiającego, w związku z jego przeję-

ciem, przekształceniem, połączeniem zamówienia publiczne udzielone przez zlikwidowanego zamawiającego w roku, w którym nastąpiły przedmiotowe zdarzenia, powinny być uwzględnione w sprawozdaniu składanym za ten sam rok przez podmiot przejmujący, jako jego zamówienia własne (np. przejęcie 31 lipca 2013 r. przedsiębiorstwa zamawiającego X przez zamawiającego Y, skutkuje obowiązkiem uwzględnienia przez zamawiającego Y w składanym przez niego sprawozdaniu o zamówieniach udzielonych w 2013 r., wszystkich zamówień udzielonych przez zamawiającego X w 2013 r., tj. zamówień udzielonych w okresie od 1 stycznia do 31 lipca 2013 r.).

W części drugiej tabeli I zamawiający zobowiązany jest określić swój status, tj. „Rodzaj zamawiającego" w świetle treści art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym zaznaczyć należy, iż w niektórych sytuacjach zamawiający określać się będzie jako podmiot kwalifikowany z kilku podstaw prawnych. Tytułem przykładu wskazać można na zamawiającego będącego podmiotem prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), którzy jednocześnie ma charakter zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający ten zobowiązany jest określić się w sprawozdaniu zarówno jako podmiot prawa publicznego, jak i zamawiający udzielający zamówień sektorowych, ale jedynie wówczas, jeżeli w roku, za który sporządzane jest sprawozdanie zamawiający udzielał zamówień tak z art. 3 ust. 1 pkt 3, jak i art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W powyższej sytuacji zamawiający wypełnia tabele właściwe zarówno dla tzw. zamawiających klasycznych, gdzie uwzględnia wszystkie zamówienia, których udzielił jako zamawiający działający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oraz tabele właściwe dla zamawiających sektorowych, gdzie podaje wszystkie zamówienia, które udzielone zostały w związku z prowadzoną przez niego działalnością sektorową, tj. zamówienia udzielone w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Właściwe oznaczenie przez zamawiającego swojego rodzaju, ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego zrealizowania obowiązku sprawozdawczego, albowiem dokonany przez zamawiającego wybór determinuje rodzaj tabeli, jaką zamawiający ma obowiązek wypełnić.

Sposób wypełniania części drugiej tabeli I:

- Jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 i 938) – zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych może wybrać tylko jedną z form wymienionych w przedmiotowej części tabeli I. Niewłaściwe jest zatem oznaczenie przez zamawiającego swojego charakteru poprzez jednoczesne zakreślenie dwóch pól np. „Administracja rządowa centralna" oraz „Uczelnia publiczna". W sytuacjach wyjątkowych, gdy zamawiający w sposób jednoznaczny nie jest w stanie stwierdzić swojego przyporządkowania do jednej z grupy podmiotów wymienionych w tej części tabeli I, oznacza się jako „Inny" z jednoczesnym opisowym określeniem swojego charakteru. Zamawiający należący do przedmiotowej kategorii powinni wypełnić każdą z tabel od II do VI, jeżeli udzielili w roku sprawozdawczym zamówień objętych zakresem poszczególnych tabel, z wyłączeniem zamówień sektorowych z tabeli III i V. Np. zamawiający, który nie udzielił żadnego zamówienia o wartości równej lub większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie wypełnia za dany rok sprawozdawczy tylko tabeli III i V. Zamawiający, który w roku sprawozdawczym udzielał zamówień poniżej progu stosowania ustawy Pzp określonego art. 4 pkt 8 ustawy Pzp oraz zamówień klasycznych i obronnych o wartościach równych lub wyższych od progów unijnych, wypełnia tabelę II, gdzie wskazuje zamówienia o wartości poniżej progu określonego art. 4 pkt 8 ustawy Pzp oraz dwukrotnie wypełnia tabelę V, jeden raz w zakresie zamówień klasycznych, a drugi raz dla zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności;

- Inna, niż jednostka sektora finansów publicznych, państwowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej – zamawiający wypełnia tabele II – VI na zasadach analogicznych, jak ma to miejsce w odniesieniu do zamawiających będących jednostką sektora finansów publicznych;

- Podmiot prawa publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustaw Pzp –zamawiający będący podmiotem prawa publicznego może udzielać zamówień zarówno jako zamawiający kwalifikowany z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp lub art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym, podmiot prawa publicznego może się jednocześnie oznaczyć w polu „Zamawiający udzielający zamówień sektorowych", oraz w polu „Koncesjonariusze koncesji na roboty budowlane, o których mowa

w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp". Przy czym, równoległe zaznaczenie kilku pól uzasadnione będzie wyłącznie wówczas, gdy zamawiający kwalifikując się jako zamawiający na podstawie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 3 ust. 1 pkt 4 lub z art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, udzielał w roku, za który sporządzane jest sprawozdanie, zamówień działając jako zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz jako zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 4 lub 7 ustawy Pzp. W przypadku zaznaczenia w części drugiej tabeli I więcej niż jednego pola, zamawiający wypełnia jedynie te tabele, których zakres odpowiada wartości i rodzajowi udzielonych przez niego zamówień (zamówienia klasyczne, sektorowe i w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności) w danych roku sprawozdawczym, na analogicznych zasadach jak zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych. Określenie się przez zamawiającego jako podmiotu prawa publicznego uniemożliwia jednocześnie zaznaczenie opcji „Zamawiający udzielający zamówień ze środków publicznych lub finansowych przez określone podmioty, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp". Powyższe wynika z faktu, iż podmiot prawa publicznego udzielający zamówienia spełniającego kryteria wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uwzględnia to zamówienie w tabeli V, jako jedno z zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Problematyka dotycząca kwalifikacji danego podmiotu, jako zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp została obszernie omówiona w opiniach prawnych Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Instytucje prawa publicznego" oraz „Obowiązek stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez instytuty badawcze (dawniej jednostki badawczo-rozwojowe)";

- Zamawiający udzielający zamówień sektorowych – w obrębie przedmiotowej opcji zamawiający dokonuje wyboru tych punktów, które odpowiadają zakresowi prowadzonej przez niego działalności, co oznacza możliwość wybrania więcej niż jednego pola. Zamawiający sektorowy może się równocześnie określić jako podmiot prawa publicznego albo „Zamawiający udzielający zamówień ze środków publicznych lub finansowych przez określone podmioty, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp", oraz jako „Koncesjonariusz koncesji na roboty budowlane, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp". W przypadku udzielania zamówień w danym roku sprawozdawczym, zarówno jako zamawiający sektorowy oraz jako zamawiający kwalifikowany z innej podstawy prawnej, tj. art. 3 ust. 1 pkt 7 lub art. 3 ust. 1 pkt 3 albo 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest, jak zostało to wyjaśnione w części opinii dotyczącej podmiotów prawa publicznego, wypełnić poszczególne tabele z uwzględnieniem wartości i rodzaju udzielanych zamówień oraz podstawy prawnej zakwalifikowania jako zamawiający. Określenie się przez zamawiającego jako podmiot prawa publicznego wyłącza zasadność zaliczenia się także do zamawiających z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak to zostało wyżej wyjaśnione, podmiot prawa publicznego udzielający zamówienia spełniającego przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, uwzględnia to zamówienie odpowiednio w tabeli V;

- Zamawiający, będący podmiotem prawa publicznego, który udzielał zamówień spełniających kryteria wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – powyższy punkt dotyczy tych podmiotów, które posiadają status zamawiającego w związku z cechami szczególnymi udzielanego przez nich przedmiotu zamówienia, nie zaś z uwagi na określone walory podmiotowe. Tym samym, przedmiotową opcję, co do zasady, zaznaczają te podmioty, które nie są zamawiającymi kwalifikowanymi z innych niż art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przepisów art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak, powyższą opcję mogą jednocześnie zaznaczać zamawiający sektorowi, którzy oprócz zamówień związanych z prowadzoną przez nich dzielnością sektorową udzielili w roku objętym sprawozdaniem także zamówień posiadających cechy zamówienia z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przy czym zamówienia te nie zostały udzielone w związku z prowadzoną przez nich działalnością sektorową;

- Koncesjonariusz koncesji na roboty budowlane, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – dotyczy podmiotów, które posiadając status koncesjonariusza koncesji na roboty budowlane, w myśl przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, udziela zamówień publicznych w związku z realizacją przyznanej mu koncesji. Zamawiający ten może równolegle oznaczyć się jako podmiot prawa publicznego lub jako zamawiający sektorowy. Jednoczesne oznaczenie różnych kwalifikacji prawnych powoduje, iż zamawiający dokonuje odpowiedniego wypełnienia poszczególnych tabel w sposób wcześniej wskazany;

- Inny zamawiający – opcja ta ma charakter szczególny; będzie miała zastosowanie jedynie wówczas, gdy zamawiający nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić, do której z grup podmiotów wymie nionych w części drugiej tabeli I się zalicza.

Tabela II – „Zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp"

W tabeli II zamawiający podają dane dotyczące zamówień udzielonych z wyłączeniem stosowania procedur przewidzianych przepisami ustawy Pzp. W przypadku wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na wartość zamówienia – zamawiający podają jedynie łączną wartość udzielonych zamówień, a w przypadku wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na inne przesłanki niż wartość zamówienia – podają także liczbę udzielonych zamówień. Podając łączną wartość zamówień udzielonych bez stosowania przepisów ustawy Pzp w związku z treścią art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający uwzględnia każdą umowę zawartą w formie pisemnej lub ustnej, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, za realizację której wykonawca otrzyma wynagrodzenie większe niż 0 zł, lecz nie przekraczające równowartości kwoty z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

W części odnoszącej się do podania liczby i wartości zamówień udzielonych bez stosowania przepisów ustawy Pzp, w związku z zastosowaniem wyłączenia z treści w art. 4 pkt 1–3, 6, 7 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp, zamawiający uwzględnia wyłącznie te zamówienia (bez względu na formę prawną zawartej umowy), których wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Innymi słowy, jeżeli zamawiający udzielił zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp powołując się przy tym na jedną z przesłanek określonych art. 4 pkt 1–3,6,7 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp, zaś wartość tak udzielonego zamówienia nie przekraczała równowartości kwoty z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający nie uwzględnia przedmiotowego zamówienia w tabeli II w części dotyczącej wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na inne przesłanki niż wartość zamówienia. W powyższej sytuacji zamówienie to powinno zostać włączone do tabeli II w części odnoszącej się do wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na wartość zamówienia.

Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczy odnoszący się do zamówień udzielonych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp nie obejmuje, w zakresie tabeli II, informacji o udzielonych zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy i usługi, których wartość była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Rozszerzenie zakresu informacji przekazywanych przez zamawiających w rocznych sprawozdaniach o informacje o zamówieniach udzielonych z wyłączeniem procedur ustawy Pzp umożliwi ustalenie pełnej skali udzielanych i realizowanych zamówień oraz ocenę prawidłowości funkcjonowania całego systemu zamówień oraz skali stosowania przez zamawiających ustawowych wyłączeń.

Niezbędne informacje do sporządzenia sprawozdania rocznego o udzielonych zamówieniach publicznych w zakresie zamówień wyłączonych spod obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, zamawiający ustalają w szczególności na podstawie odpowiednich wykazów i rejestrów wydatków finansowanych ze środków publicznych, które są obowiązani dokumentować na podstawie odrębnych przepisów.

Tabela III – „Zamówienia sektorowe o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, i mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp"

Zamawiający sektorowi będą zobowiązani podać wartość zawartych umów, w zakresie przedmiotu ich działalności z uwzględnieniem podziału na roboty budowalne, dostawy i usługi.

Zamawiający, analogicznie jak dotychczas, będzie podawał dane dotyczące wartości udzielonych zamówień bez podatku od towarów i usług, według ich rodzaju, z podziałem na przedmiot działalności zamawiającego.

Tabela IV – „Zamówienia klasyczne i zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, i mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp"

Z uwagi na treść art. 131b w zw. z art. 98 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający nie uwzględniają w tabeli IV zamówień na dostawy i usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. **Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczości w części odnoszącej się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczy wyłącznie tych zamówień, których przedmiotem były roboty budowlane.**

Od zamawiających wymagane jest podanie informacji o liczbie postępowań zakończonych udzieleniem zamówienia albo zawarciem umowy ramowej oraz wartości zawartych umów bez podatku od towarów i usług w podziale na tryby udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej. Analogicznie jak w odniesieniu do tabeli II zamawiający podaje całkowitą wartość umów (bez podatku od towarów i usług) zawartych w roku, którego dotyczy sprawozdanie, również w przypadku, gdy umowa nie została jeszcze w całości wykonana i zamawiający nie wydatkował całych kwot, na jakie zostały zawarte umowy. W przypadku zaś umów zawartych na czas nieoznaczony, za wartość umowy należy przyjąć wartość ustaloną z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia. Przy umowach ramowych podać należy natomiast wartość umowy ramowej bez uwzględniania wartości zamówień udzielonych na jej podstawie. Oznacza to, iż co do zasady wartość podawana przez zamawiającego będzie tożsama z szacunkową wartością umowy ramowej.

Tabela V – „Zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp"

Tabela V będzie wypełniana przez zamawiających oddzielnie dla poszczególnych rodzajów zamówień: klasycznych, sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający będzie podawał informacje dotyczące:

- numeru ogłoszenia (lub ogłoszeń) o udzieleniu zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- rodzaju zamówienia, przedmiotu zamówienia (ze wskazaniem kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień);
- kategorii usług (poprzez wskazanie numeru kategorii usług od 1 do 27 zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 2a i art. 2b ustawy Pzp);
- wskazania trybu udzielenia zamówienia albo zawarcia umowy ramowej;
- uzasadnienia zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (analogicznie jak zostało to wskazane w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia);
- kraju pochodzenia wybranego wykonawcy lub wykonawców (ze wskazaniem dwuliterowego kodu państwa, zgodnie z normą PN-EN ISO 3166-1:2008P);
- wartości zawartych umów bez podatku od towarów i usług w złotych.

Tabela VI – „Sposób wykonania zamówień, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro dla robót budowlanych albo 10.000.000 euro dla dostaw lub usług"

Zamawiający w tabeli VI będzie zobowiązany do podania informacji w zakresie liczby i wartości udzielonych zamówień dodatkowych, liczby zmian umowy o zamówienie publiczne, zgodności realizacji zamówienia publicznego z postanowieniami umowy, a także informacji związanych z udziałem w realizacji zamówienia podwykonawców, ich liczby oraz wartości ewentualnej zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcom. **Przy czym, informacje w zakresie angażowania podwykonawców w realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający uwzględniają począwszy od sprawozdania za rok 2014.**

Na potrzeby wypełniania tabeli VI zamawiający zobowiązany jest podać, stosownie do wyjaśnienia zawartego w przypisie 10, sposób wykonania zamówienia w roku, którego dotyczy sprawozdanie, również w przypadku, gdy umowa nie została jeszcze w tym roku w całości wykonana. Z powyższego wynika, iż zamówienia publiczne, których termin wykonania przypada na inny rok niż rok udzielenia zamówienia, zamawiający zawsze wskazuje w sprawozdaniu za rok, w którym umowa przestała wiązać. W odniesieniu zaś do sprawozdań sporządzanych za lata, w których dana umowa jest jeszcze w trakcie realizacji, zamawiający uwzględnia tę umowę w sprawozdaniach tylko za te lata, w których nastąpiło jakiekolwiek ze zdarzeń wskazanych w tabeli VI, tj. za rok, w którym udzielono zamówienia dodatkowego lub zmieniono postanowienia umowne lub do wykonania zamówienia zaangażowano podwykonawców. I tak, umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą na lata np. 2013–2016, gdy w 2013 udzielono zamówienia dodatkowego, zaś w 2014 zmieniono postanowienia umowne, zamawiający umieszcza w sprawozdaniu za rok 2016 (bądź wcześniej, jeżeli którakolwiek z jej stron wypowie, rozwiąże lub odstąpi w tym czasie od umowy) oraz w sprawozdaniach za 2013 i 2014.

Zamawiający podając wartość zawartej umowy, stosuje ogólne zasady – na potrzeby wypełnienia sprawozdania o udzielonych zamówieniach – które zostały wyjaśnione wyżej w pierwszej części punktu III. Z tym, że przy umowach zawartych na okres kilku lat, zamawiający podaje w każdym ewentualnym sprawozdaniu sporządzonym za rok, w którym dany stosunek zobowiązaniowy trwa, pierwotnie przyjętą wartość umowy, tj. wartość umowy podaną w sprawozdaniu będącym pierwszym sprawozdaniem obejmującym przedmiotową umowę, bez względu na ewentualne późniejsze zmiany tej wartości w kolejnych latach trwania umowy (np. w sprawozdaniu za rok 2013 podana przez zamawiającego wartość umowy zawartej na okres 2013–2016 wynosiła 135 000 000 zł, zatem w sprawozdaniach sporządzonych za lata 2014, 2015 i 2016 zamawiający podaje, w odniesieniu do przedmiotowego stosunku zobowiązaniowego, wartość 135 000 000 zł także wówczas, gdy wartość ta w trakcie realizacji zamówienia uległa zmianie np. w skutek zmniejszenia w 2014 r. zakresu przedmiotu zamówienia, w wyniku czego rzeczywista wartość zamówienia wyniosła 125 000 000 zł).

W części tabeli VI dotyczącej zmian postanowień umowy, zamawiający podają liczbę zmian zawartej umowy, przez co należy rozumieć ilość aneksów zmieniających umowę, nie zaś liczbę poszczególnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego zmienionych w drodze zawarcia aneksu/aneksów.

W zakresie obowiązku sprawozdawczości w części dotyczącej podania informacji czy zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z postanowieniami umowy, przez brak realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy należy rozumieć wyłącznie: wypowiedzenie, rozwiązanie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca nie zrealizował lub nienależycie zrealizował zamówienie dla celów obowiązku sprawozdawczego następuje wówczas, gdy stwierdzeniu tej okoliczności towarzyszyło wypowiedzenie, rozwiązanie lub odstąpienie od umowy. Jeżeli umowa nie została wypowiedziana, rozwiązana lub nie doszło do odstąpienia od umowy, zamawiający wypełniając obowiązek sprawozdawczy nie wykazuje zamówienia zrealizowanego niezgodnie z postanowieniami umowy, także wówczas, gdy spór w przed-

miocie realizacji zamówienia publicznego został przekazany do rozstrzygnięcia wskazanemu przez strony w umowie podmiotowi, w tym również sądowi powszechnemu.

IV. Przekazywanie sprawozdań przez zamawiających w szczególnych przypadkach przewidzianych ustawą

- **Zamawiający i jego jednostki organizacyjne udzielające zamówień publicznych na podstawie art. 32 ust. 5 ustawy Pzp**

Zamawiający o złożonej strukturze wewnętrznej (na którą składają się wyodrębnione organizacyjnie jednostki, dysponujące samodzielnością finansową i udzielające samodzielnie zamówień na swoje potrzeby, ale nie będące zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp np. wydziały uczelni wyższej), składają roczne sprawozdanie, które obejmuje również informacje o zamówieniach udzielonych przez ich jednostki organizacyjne. Tym samym, fakt samodzielnego szacowania wartości i udzielania zamówień na podstawie art. 32 ust. 5 ustawy Pzp przez wyodrębnione jednostki organizacyjne zamawiającego, nie może być uznany za uzasadnienie dla składania przez te jednostki odrębnych rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach. Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku ustalania obowiązku sporządzenia i przekazania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach przez jednostki organizacyjne jednostek samorządu terytorialnego albo Skarbu Państwa posiadające status samodzielnych zamawiających w świetle przepisu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności szkoły, miejskie ośrodki pomocy społecznej czy inne jednostki budżetowe. Każda z tych jednostek jest zobowiązana bowiem, jako odrębny zamawiający, do składania własnego sprawozdania rocznego z udzielonych zamówień. Tego rodzaju zamawiający nie uwzględniają w sporządzanym rocznym sprawozdaniu zamówień, których udzielają nie we własnym imieniu, lecz jedynie jako pełnomocnicy innych zamawiających, stosownie do treści art. 15 ust. 2 ustawy Pzp.

- **Powierzenie przygotowania i przeprowadzenia oraz udzielenia zamówienia**

W przypadku, gdy zamawiający, na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp powierza przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, a także udzielenie zamówienia, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej jako pełnomocnikowi (por. art. 15 ust. 3 ustawy Pzp), nie traci on na skutek tej czynności statusu zamawiającego, który udziela zamówienia. W ww. okolicznościach, zamawiający, a nie pełnomocnik, sporządza i przekazuje Prezesowi Urzędu roczne sprawozdanie, w którym uwzględnia również informację o zamówieniach udzielonych w imieniu tego zamawiającego przez podmiot trzeci, bądź jego własną jednostkę organizacyjną.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w sytuacji, gdy przeprowadzenie postępowania na zamówienie udzielane w częściach, w imieniu i na rzecz kilku zamawiających, zostało powierzone jednemu z nich, a w następstwie tego postępowania, każdy z zamawiających zawiera odrębną umowę w przedmiocie swojej części zamówienia. Obowiązek ujęcia w rocznym sprawozdaniu udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa indywidualnie na każdym z zamawiających, w których imieniu postępowanie zostało przeprowadzone.

Z drugiej strony, pełnomocnik, który posiada status samodzielnego zamawiającego, nie uwzględnia w przygotowywanym przez siebie sprawozdaniu informacji o zamówieniach, których udzielił w imieniu i na rzecz innego zamawiającego, na podstawie udzielonego przez innego zamawiającego pełnomocnictwa.

- **Powierzenie udzielania zamówień centralnemu zamawiającemu**

Szczególną sytuację dotyczącą powierzenia przygotowania i przeprowadzania postępowania, a także udzielenia zamówienia, przewiduje przepis art. 15a ustawy Pzp wprowadzający instytucję centralnego zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem centralny zamawiający może przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe na potrzeby zamawiających z administracji rządowej, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego.

Stosownie do § 1 ust. 1 zarządzenia Nr 16 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej Centrum Usług Wspólnych, instytucja gospodarki budżetowej, utworzona zarządzeniem nr 16 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 października 2010 roku, została centralnym zamawiającym właściwym do realizacji zamówień centralnych obejmujących:

1) przygotowywanie i przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówień publicznych,

2) udzielanie zamówień publicznych,

3) zawieranie umów ramowych – na potrzeby jednostek administracji rządowej określonych w załączniku do zarządzenia.

Natomiast, zgodnie z § 1 ust. 2 przywołanego wyżej zarządzenia, Centrum Usług Wspólnych, wykonuje czynności w zakresie realizacji zamówień centralnych w imieniu i na rzecz zamawiających, bez konieczności podpisywania porozumień lub udzielania pełnomocnictw. Zgodnie z § 3 zarządzenia zamawiający są zobowiązani do nabywania dostaw i usług określonych w § 4 zarządzenia od Centrum, od wykonawców wybranych przez Centrum oraz do udzielania zamówień w zakresie tych dostaw i usług na podstawie umów ramowych zawartych przez Centrum. Takie uregulowanie ma swoje źródło w ustawie Pzp, stosownie bowiem do treści art. 4 pkt 11, ustawy nie stosuje się do nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego.

Ww. przepisy wskazują, iż w przypadkach, gdy przeprowadzającym postępowanie i udzielającym zamówień wykonawcom na rzecz jednostek administracji rządowej lub innych zamawiających, którzy na podstawie art. 15a ust. 3 ustawy Pzp, powierzyli centralnemu zamawiającemu przeprowadzanie postępowań i udzielanie zamówień, jest zamawiający centralny, w szczególności Centrum Usług Wspólnych, to wyłącznie na nim spoczywa ciężar przekazania sprawozdania o udzielonych zamówieniach, a także o zawartych umowach ramowych, na podstawie których zamawiający udzielają zamówień centralnemu zamawiającemu bądź wykonawcom wybranym przez centralnego zamawiającego.

Tym samym, zamawiający, na rzecz których powyższe zamówienia są udzielane, nie ujmują w swoich sprawozdaniach rocznych przekazywanych Prezesowi Urzędu zamówień udzielanych centralnemu zamawiającemu lub wykonawcom wybranym przez centralnego zamawiającego. Podobnie, nie są w tych sprawozdaniach ujmowane zamówienia udzielane przez poszczególnych zamawiających na podstawie umów ramowych zawieranych na ich rzecz przez centralnego zamawiającego, ponieważ informacja o wartości umów ramowych stanowiących podstawę udzielania zamówień przekazuje Prezesowi Urzędu zamawiający centralny.

- **Wspólne udzielanie zamówień przez kilku zamawiających**

Jeżeli zamawiający decydują się na wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, wyznaczają spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz (por. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp). Zamawiający, który z upoważnienia podmiotów wspólnie udzielających zamówienia przeprowadza postępowanie i udziela zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz działa w tym zakresie jedynie jako pełnomocnik (por. art. 16 ust. 5 ustawy Pzp). W przedstawionych okolicznościach obowiązek informowania o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu spoczywa wyłącznie na zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia wspólnego zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy postępowanie zostanie przeprowadzone przez wyznaczonego zamawiającego, ale umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia. Jeżeli jednak określony zamawiający jest upoważniony nie do zawarcia umowy, ale tylko do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie w swoim imieniu oraz w imieniu i na rzecz innych za-

mawiających w sytuacji, gdy przedmiotem postępowania są świadczenia podzielne (zamówienie udzielane w częściach), a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane są indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał zamawiający, obowiązek ujęcia w sprawozdaniu rocznym udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę.

- **Udzielanie zamówień przez zamawiających z grup kapitałowych**

Zasadniczo w przypadku grup kapitałowych skupiających samodzielnych w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy zamawiających, każdy z nich sporządza i przekazuje Prezesowi Urzędu roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach. W sytuacji więc, gdy spółki córki udzielają zamówień jako samodzielni zamawiający, fakt pozostawania przez nich w grupie kapitałowej i podlegania spółce matce pozostaje bez znaczenia przy składaniu sprawozdań rocznych, gdyż każdy z tych podmiotów jest zobowiązany jako zamawiający do składania własnego sprawozdania. W konsekwencji, nie jest zgodna z prawem praktyka składania sprawozdania o udzielonych zamówieniach w ramach grupy kapitałowej wyłącznie przez jednego zamawiającego – spółkę matkę, w którym uwzględnione byłyby również zamówienia udzielone przez posiadające status zamawiających spółki-córki. W takiej bowiem sytuacji zarówno zamawiający spółka-matka, jak i samodzielnie udzielające zamówień i posiadające status zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp spółki-córki (nawet, gdy są one finansowo zależne od spółki–matki) mają obowiązek informowania o udzielanych zamówieniach w odrębnych sprawozdaniach, których obowiązek przekazania Prezesowi Urzędu ustanawia przepis art. 98 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do grup kapitałowych, w strukturze których funkcjonuje zamawiający– spółka matka i posiadające również status zamawiających – spółki córki, zastosowanie znajdą również zasady określone w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy podmioty te wspólnie prowadzą postępowanie i udzielają zamówienia w oparciu o dyspozycję tego przepisu. Jeżeli zamawiającym wyznaczonym do przeprowadzenia postępowania i zawarcia umowy w imieniu i na rzecz innych zamawiających z grupy jest spółka matka, tylko ten podmiot składa w sprawozdaniu rocznym informację o udzielonym zamówieniu.

Jeżeli jednak spółka–matka jest upoważniona wyłącznie do wspólnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w swoim imieniu oraz w imieniu i na rzecz spółek-córek, a przedmiotem zamówienia są świadczenia podzielne (zamówienie udzielane z dopuszczeniem ofert częściowych) oraz w następstwie przeprowadzonego postępowania, umowy (na podstawie wybrania ofert częściowych) są zawierane indywidualnie przez poszczególnych zamawiających (zarówno spółkę-matkę, jaki i spółki-córki, na rzecz których postępowanie przeprowadziła spółka-matka), obowiązek ujęcia w sprawozdaniu rocznym udzielanych w ten sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę.

V. Forma przekazywania sprawozdania rocznego

Sprawozdanie powinno obejmować rok kalendarzowy, tzn. dane zawarte w sprawozdaniu powinny dotyczyć zamówień udzielonych od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia roku sprawozdawczego.

W celu spełnienia obowiązku przekazania sprawozdania należy:

1. wypełnić elektroniczny formularz na stronie portalu UZP (w celu przekazania sprawozdania trzeba mieć takie same uprawnienia, jak do przesyłania ogłoszeń do BZP, wszystkie dotychczas przyznane zamawiającym loginy/hasła do BZP zachowują swoją ważność);

2. wysłać formularz sprawozdania drogą elektroniczną (on-line) przez stronę portalu UZP.

Przepisy rozporządzenia nie przewidują obowiązku wysyłania do Urzędu Zamówień Publicznych wydruku sprawozdania pocztą, czy faksem, a jedynie przekazanie formularza sprawozdania drogą elektroniczną. Wprowadzenie drogi elektronicznej jako sposobu przekazywania sprawozdań wynika prze-

de wszystkim z potrzeby przyspieszenia i usprawnienia przetwarzania zawartych w nich danych. System elektroniczny pozwala ponadto na ujednolicenie danych oraz wyeliminowanie błędów, które pojawiały się przy tradycyjnym sposobie przekazywania sprawozdań. Przyczynia się on również do zwiększenia możliwości weryfikacji danych oraz poprawy jakości przeprowadzanych na podstawie sprawozdań analiz.

Potwierdzeniem, że sprawozdanie wpłynęło do UZP w wersji elektronicznej jest pojawienie się na stronie systemu UZP oraz w formularzu sprawozdania numeru referencyjnego i daty, wygenerowanych przez system UZP.

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część II

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na pytania, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907., z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Data zawarcia umowy a obowiązek sprawozdawczy za dany rok kalendarzowy* Pytanie: Czy w sprawozdaniu za 2013 r. (w tabelach II–V) należy uwzględnić zamówienia publiczne wszczęte i przeprowadzone w 2013 r., w przypadku gdy umowa została zawarta w 2014 r.? Czy decydujące znaczenie ma w tym zakresie data zawarcia umowy czy data wyboru oferty? Odpowiedź: W świetle definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, pod pojęciem „udzielenie zamówienia" należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem, dla powstania obowiązku sprawozdawczego za dany rok decydujące znaczenie ma data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. w przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w roku 2014 r., będzie ona podlegać uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach przekazywanym dopiero za 2014 r. Inne czynności dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia niż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak np. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mają znaczenia dla ustalenia obowiązku sprawozdawczego za dany rok.

Pytanie: Czy w tabeli II rocznego sprawozdania należy uwzględnić zamówienia, które wprawdzie były wykonywane w 2013 r., lecz umowa została zawarta w okresie wcześniejszym (np. w 2012 r.)? Odpowiedź: Obowiązkowi sprawozdawczemu w zakresie udzielonych zamówień (tabele II–V) podlegać będą tylko te umowy, które zostały zawarte w roku kalendarzowym, za który składane jest dane sprawozdanie. Tym samym, uwzględnieniu w wierszu I tabeli II rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach za 2013 r. nie będą podlegać umowy, które wprawdzie były wykonywane w trakcie tego roku kalendarzowego, jednakże ich zawarcie miało miejsce w okresie wcześniejszym (np. w 2012 r.).

II. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp na podstawie innych ustaw Pytanie: Czy w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach należy zamieszczać informacje w zakresie wydatków dokonywanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z tytułu realizacji zadań, o których mowa w art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1442, z późn. zm.)? Odpowiedź: Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczy odnoszący się do zamówień udzielonych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zamówień udzielonych na podstawie wyłączeń wymienionych w art. 98 ust. 4 ustawy Pzp.

* Uwaga! Opisane zasady w zakresie decydującego znaczenia daty zawarcia umowy dla zakresu obowiązku sprawozdawczego nie dotyczą tabeli VI rocznego sprawozdania. Szczegółowe zasady odnośnie sposobu wypełniania tej tabeli zostały zawarte w opinii prawnej „Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach".

Zamawiający nie mają zatem obowiązku uwzględniania w treści przedmiotowego sprawozdania informacji o wydatkach poniesionych z tytułu realizacji zadań, o których mowa w art. 68 ust. 2 ww. ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

III. Opłaty sądowe i administracyjne a zakres obowiązku sprawozdawczego Pytanie: Czy opłaty sądowe i administracyjne podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu? Odpowiedź: Definicji zamówienia publicznego określonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp nie odpowiadają np. opłaty sądowe i administracyjne. Kwoty te nie są bowiem wydatkowane na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej, zawartej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W związku z powyższym, tego rodzaju wydatki nie będą podlegały ujawnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

IV. Umowy zlecenia. Sposób ustalania wartości zamówienia w oparciu o przewidzianą w umowie stawkę godzinową Pytanie: Czy umowy zlecenia zawierane z opiekunami przez gminne ośrodki pomocy społecznej podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu z udzielonych zamówień? W jaki sposób należy ustalić wartość takich zamówień, w sytuacji gdy w umowie została określona jedynie stawka godzinowa za wykonaną usługę? Odpowiedź: W świetle przepisów ustawy Pzp, obowiązkowi sprawozdawczemu podlegają wyłącznie umowy mające charakter zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 w zw. z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp). Co do zasady taki charakter będą miały umowy zlecenia zawierane z opiekunami przez gminne ośrodki pomocy społecznej.

W sytuacji, gdy w umowie nie została wskazana wysokość wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie określone zostały ceny jednostkowe, za wartość zamówienia należy przyjąć iloczyn przewidywanej ilości lub zakresu usług (np. roboczogodziny) oraz cen jednostkowych określonych w umowie (np. stawek godzinowych). Ustalenie wartości zamówienia we wskazany powyżej sposób należy dokonać odrębnie dla każdej umowy. Jeżeli wartość poszczególnych umów nie przekroczy równowartości 30 tys. euro, informację o ich udzieleniu należy zawrzeć w pkt I tabeli II formularza rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. W pkt tym należy podać łączną wartość wszystkich umów, których wartość nie przekracza 30 tys. euro, udzielonych w roku kalendarzowym, za który składane jest dane sprawozdanie.

V. Pojęcie zamówienia publicznego a zakres obowiązku sprawozdawczego (rekompensaty wypłacane spółkom kapitałowym) Pytanie: Czy uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu podlegają rekompensaty wypłacane spółkom kapitałowym w związku z powierzeniem realizacji części zadań publicznych? Odpowiedź: Obowiązek przekazania informacji w ramach rocznego sprawozdania o zamówieniach publicznych nie dotyczy wszystkich wydatków ponoszonych przez zamawiającego, a jedynie udzielonych przez niego zamówień publicznych. Pojęcie zamówienia publicznego zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Rekompensaty wypłacane spółkom kapitałowym w związku z powierzeniem realizacji części zadań publicznych przekazywane są na podstawie odrębnych ustaw i w związku z tym nie mogą zostać uznane za zamówienia publiczne w rozumieniu ustawy Pzp. Tym samym, kwoty te nie będą podlegały uwzględnieniu w przekazywanym przez dany podmiot rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

VI. Powierzenie zadań spółce gminnej a zakres obowiązku sprawozdawczego Pytanie: Czy w sytuacji, gdy część zadań komunalnych została powierzona przez Gminę spółce gminnej (np. zimowe utrzymanie dróg), wydatki ponoszone na realizację tych zadań podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Obowiązek przekazania informacji o danym zamówieniu publicznym w ramach rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach spoczywa na tym podmiocie, który jako zamawiający udzielił danego zamówienia, tj. zawarł z wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku zatem, gdy konkretne zadanie komunalne zostało powierzone przez Gminę spółce gminnej na innej zasadzie niż w drodze umowy cywilnoprawnej, wydatki dokonane w ramach powierzenia zadań nie stanowią zamówienia publicznego i nie podlegają ujawnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część III.

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na kolejną turę pytań, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych już po zamieszczeniu w dniu 4 lutego br. części II pytań i odpowiedzi odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907., z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Umowa użyczenia lokalu. Umowa o dostarczanie mediów. Pytanie: W jaki sposób w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach należy wykazać zawartą przez zamawiającego umowę użyczenia jemu nieruchomości lokalowej oraz odrębne umowy o dostarczanie mediów do tej nieruchomości o wartości nie przekraczającej kwoty, o której mowa w art. 4 ust. 8 ustawy Pzp? Odpowiedź: Zawarcie umowy użyczenia lokalu, w przypadku gdy biorącym w użyczenie jest zamawiający, podlega wyłączeniu w zakresie stosowania ustawy Pzp w związku z art. 4 pkt 3 lit. i tejże ustawy. Jeżeli umowa użyczenia lokalu jest nieodpłatna, zamawiający nie wykazuje jej w treści rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Przy czym, należy zauważyć, iż ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad prawa cywilnego, odnoszących się do umów (arg. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z poglądami doktryny prawa cywilnego przyjmuje się, iż przez umowę odpłatną należy rozumieć takie zobowiązanie, na mocy którego każda ze stron otrzymuje korzyść majątkową. Z powyższego wynika, iż odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, która przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej. Tym samym, uznać należy, iż z samego faktu określenia w umowie wynagrodzenia wykonawcy w wysokości 0 zł nie wynika, iż umowa ta ma charakter nieodpłatny.

Mając na uwadze, iż dla celów sprawozdawczych zamawiający uwzględniają, w części odnoszącej się do podania liczby i wartości zamówienia, informacje w zakresie m. in. zamówień udzielonych bez stosowania przepisów ustawy Pzp, w związku z zastosowaniem wyłączenia z art. 4 pkt 3 lit. i ustawy Pzp, przyjąć należy, iż zamówienie o wartości nie przekraczającej kwoty, o której mowa w art. 4 ust. 8 ustawy należałoby wykazać w treści wiersza 1 tabeli II wzoru rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Nie dotyczy to jednak umowy użyczenia, gdyż zasadniczo nie mając odpłatnego charakteru, nie stanowi w świetle definicji legalnej z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówienia publicznego.

Wydatki ponoszone na pokrycie opłat za dostawy tzw. mediów (tj. za energię, gaz, wodę itp.) dostarczanych do lokalu na podstawie odrębnych, indywidualnych umów, jeżeli nie przekraczają one wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 tys. euro, są dokonywane z wyłączeniem procedur stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W tym przypadku, zamawiający podaje informacje w zakresie takich zamówień w wierszu 1 tabeli II formularza rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach.

II. Wydatkowanie środków z funduszu socjalnego. Pytanie: Czy wydatkowanie środków z funduszu socjalnego (np. udzielanie pożyczek remontowych, wycieczki i imprezy integracyjne dla pracowników, dodatkowe wypłaty świąteczne) podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Obowiązkowi sprawozdawczemu podlegają wyłącznie te wydatki, które są dokonywane przez zamawiającego na podstawie umów stanowiących zamówienie publiczne (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), tj. umów odpłatnych zawieranych między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Stwierdzenie obowiązku sprawozdawczego nie jest uzależnione od źródła finansowania wydatków (środki europejskie czy krajowe, bądź środki z funduszu socjalnego czy inwestycyjnego), lecz od tego, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

Wydatkowanie środków funduszu socjalnego w celu nabycia usługi zorganizowania wycieczki dla pracowników zamawiającego bądź organizacji imprezy integracyjnej co do zasady łączy się z udzie-

leniem zamówienia publicznego, a zatem zamówienie to podlega ujawnieniu w treści rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Charakteru zamówienia publicznego nie posiada natomiast przekazywanie środków przez zamawiającego w ramach wypłat świątecznych dla pracowników, pożyczek remontowych, przeznaczonych dla pracowników zamawiającego, gdyż zamawiający nie nabywa z tego tytułu żadnych świadczeń, w tym zwłaszcza o charakterze majątkowym.

III. Zamówienia finansowane z dotacji ze środków publicznych. Przyznawanie dotacji ze środków publicznych na podstawie ustaw. Pytanie: Czy zamówienie udzielone przez beneficjenta – spółkę gminną w ramach projektu dofinansowanego ze środków UE, w sytuacji gdy zostało ono częściowo sfinansowane przez Gminę na podstawie porozumienia, podlega wykazaniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach przez Gminę czy spółkę gminną? Odpowiedź: Obowiązanym do przekazania informacji w zakresie zamówień podlegających obowiązkowi sprawozdawczemu, pozostaje wyłącznie zamawiający, który takiego zamówienia udzielił. Jeżeli zamówienie udzielone było przez spółkę gminną, nawet w przypadku dofinansowania udzielonego przez Gminę, w tym zakresie spółka ta, jeżeli odpowiada definicji zamawiającego, ma obowiązek przekazać samodzielnie informację o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

Natomiast, wysokość środków dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przekazywane na podstawie ustaw (por. art. 4 pkt 7 ustawy Pzp), podlega zamieszczeniu w wierszu 17 tabeli II formularza rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach.

Pytanie: W jaki sposób należy uwzględnić w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach przyznanie dotacji w ramach programów operacyjnych, w przypadku gdy dotacje te są przekazywane na różne cele? Czy obowiązkowi sprawozdawczemu podlega przekazanie dotacji na bieżącą, statutową działalność danego podmiotu? Odpowiedź: Przyznawanie dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te są przyznawane na podstawie ustaw, podlega uwzględnieniu w tabeli II pkt 17 rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Należy zauważyć, iż w tym przypadku nie ma znaczenia cel, na jaki kwota stanowiąca dotację została przyznana (tj. np. na zakup sprzętu komputerowego czy na bieżącą, statutową działalność danego podmiotu), jak i jej ostateczne przeznaczenie. W świetle przepisu art. 4 pkt 7 ustawy Pzp istotne znaczenie ma to, aby przyznanie dotacji miało miejsce na podstawie przepisu ustawy. W tabeli II pkt 17 należy zatem wskazać łączną kwotę oraz liczbę przyznanych w danych roku kalendarzowym dotacji ze środków publicznych na podstawie przepisów ustawowych.

Powyższe nie dotyczy zamówień publicznych udzielanych przez beneficjenta posiadającego status zamawiającego w świetle przepisów ustawy Pzp, w przypadku gdy źródłem finansowania tych zamówień jest przyznana temu beneficjentowi dotacja. Do udzielenia takich zamówień będą mieć zastosowanie procedury określone w ustawie Pzp, o ile nie zostanie spełniona żadna z przesłanek wyłączenia stosowania tejże ustawy. Jednocześnie należy wskazać, iż przy kwalifikacji danej czynności jako zamówienia publicznego, a w konsekwencji przy określeniu zakresu obowiązku sprawozdawczego danego zamawiającego, należy kierować się definicją zamówienia publicznego zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. W związku z tym, uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach podlegać będą wszystkie zamówienia publiczne udzielone w danym roku kalendarzowym na podstawie przepisów ustawy Pzp, oraz te zamówienia publiczne, które zostały udzielone w danym roku kalendarzowym bez stosowania procedur określonych w ustawie Pzp na podstawie wyłączeń wymienionych w art. 98 ust. 4 tejże ustawy.

IV. Zamówienia na dostawy lub usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość nie przekraczała kwoty, o której mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Pytanie: Czy zamówienia na dostawy lub usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość nie przekraczała kwoty, o której mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczy odnoszący się do zamówień udzielonych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do zamówień udzielonych na podstawie wyłączeń stosowania przepisów ustawy Pzp wymienionych w art. 98 ust. 4 tejże ustawy. Chodzi zatem jedynie o przypadki udzielania zamówień z wyłączeniem stosowania procedur określonych ustawą Pzp na podstawie art. 4 pkt 1–3, 6, 7–8 i 10–13 oraz

art. 136–138 tejże ustawy. W ww. katalogu nie znalazło się wyłączenie stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w art. 131b tejże ustawy. W związku z powyższym, zamówienia na dostawy lub usługi udzielone w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość zamówienia nie przekraczała kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie podlegają uwzględnieniu w składanym przez zamawiającego rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

V. Odszkodowanie z tytułu przeniesienia na rzecz Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego własności nieruchomości na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (Dz. U. z 2010 r., Nr 143, poz. 963, z późn. zm.) Pytanie: Czy w tabeli II wiersz 12 (zamówienia, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu) rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach należy wykazać odszkodowanie z tytułu przeniesienia na rzecz Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego własności nieruchomości na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych? Odpowiedź: Zgodnie z definicją określoną w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zgodnie z treścią art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych z tytułu przeniesienia na rzecz Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego własności nieruchomości, o których mowa w art. 9 pkt 5 lit. a ww. ustawy, właścicielowi albo użytkownikowi wieczystemu tej nieruchomości przysługuje odszkodowanie, w wysokości uzgodnionej między inwestorem, a dotychczasowym właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub osobą, której przysługuje ograniczone prawo rzeczowe do nieruchomości, od odpowiednio Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego. Uzgodnienia dokonuje się w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Zasady przeprowadzania uzgodnień co do wysokości odszkodowania za nieruchomość nie odpowiadają określonym w ustawie Pzp zasadom nabycia świadczeń przez zamawiającego za cenę oferowaną przez wykonawcę. Wysokość odszkodowań ustalana w drodze uzgodnień jest w szczególności uzależniona od szeregu uregulowań ustawowych i nie podlega dowolnemu (rynkowemu) kształtowaniu.

W związku z powyższym należy wskazać, że sam fakt uzgodnienia między inwestorem a dotychczasowym właścicielem wysokości odszkodowania za nieruchomość nie oznacza zawarcia umowy, o której mowa w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Tym samym nie ma obowiązku wykazywania w rocznym sprawozdaniu informacji o zawartych uzgodnieniach dotyczących wysokości odszkodowania za nieruchomość.

VI. Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Pytanie: Czy umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą na okres dłuższy niż 12 miesięcy należy uwzględnić jedynie w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach za rok, w którym umowa została zawarta, czy także w rocznych sprawozdaniach przekazywanych za lata następne? Odpowiedź: W świetle definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, pod pojęciem „udzielenie zamówienia" należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem, dla powstania obowiązku sprawozdawczego za dany rok decydujące znaczenie ma data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Inne czynności dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia niż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak np. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie mają znaczenia dla ustalenia obowiązku sprawozdawczego za dany rok.

W związku z powyższym w przypadku zawarcia umowy na okres powyżej 12 miesięcy zamawiający jest zobowiązany do wykazania jej w sprawozdaniu za rok, w którym udzielono zamówienia, podając jej wartość za cały okres obowiązywania umowy.

* Uwaga! W przypadku tabeli VI obowiązują szczegółowe zasady jej wypełniania, opisane w opinii prawnej „Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach".

VII. Kody CPV a przekazanie informacji o zamówieniach o wartości poniżej kwoty 30tys. euro. Pytanie: Czy na potrzeby sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach zamówienia udzielone z wyłączeniem stosowania procedur określonych przepisami ustawy Pzp o wartości poniżej kwoty 30 tys. euro należy „grupować" według kodów CPV? Odpowiedź: W przypadku zamówień udzielonych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty, o której mowa w art. 4 ust. 8 ustawy Pzp, tj. 30 tys. euro, w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach podaje się jedynie łączną wartość udzielonych przez danego zamawiającego zamówień, bez podatku od towarów i usług. W związku z tym należy stwierdzić, iż w celu przekazania w rocznym sprawozdaniu informacji o zamówieniach o wartości poniżej kwoty 30 tys. euro, zamawiający nie posługują się kodami CPV.

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część IV

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na kolejną turę pytań, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych już po zamieszczeniu w dniu 7 lutego br. części III pytań i odpowiedzi odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Zawieranie umów przy zastosowaniu procedur określonych w ustawie Pzp przez podmiot nie będący zamawiającym a obowiązek sprawozdawczy. Pytanie: Czy podmiot nie będący zamawiającym na gruncie ustawy Pzp, który na zasadzie dobrowolności zawierał umowy cywilnoprawne stosując procedury określone w ustawie Pzp, obowiązany jest sporządzić i przekazać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Zgodnie z przepisem art. 98 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podmiotem zobowiązanym do sporządzenia oraz przekazania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach jest zamawiający. Pojęcie zamawiającego zostało przez ustawodawcę określone w przepisach art. 2 pkt 12 w zw. z art. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z wymienionych przepisów przez zamawiającego należy na gruncie ustawy Pzp rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązaną do stosowania tejże ustawy. Natomiast drugi z wymienionych przepisów zawiera katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp.

Powyższe regulacje korespondują z definicją zamówienia publicznego, pod którym to pojęciem w myśl przepisu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym i wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W związku z powyższym, obowiązek sporządzenia i przekazania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach nie będzie dotyczył podmiotów, które nie są zamawiającymi w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, także w sytuacji dobrowolnego stosowania przez nich procedur określonych w tejże ustawie w celu zawierania odpłatnych umów cywilnoprawnych.

II. Data zawarcia umowy na czas nieokreślony a obowiązek sprawozdawczy. Pytanie: Czy w rocznym sprawozdaniu za 2013 r. należy uwzględnić wydatki poniesione na tzw. media na podstawie umów na czas nieokreślony zawartych w latach wcześniejszych? Odpowiedź: W sprawozdaniu za 2013 r. zamawiający zobowiązani są uwzględnić wszystkie zamówienia udzielone od 1 stycznia do 31 grudnia 2013 r., w tym także zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp.

W świetle definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, pod pojęciem „udzielenie zamówienia" należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem, dla powstania obowiązku sprawozdawczego za dany rok decydujące znaczenie ma data zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach przekazywanym za 2013 r., w części dotyczącej udzielonych zamówień (tj. tabele II –V)* należy zawrzeć informacje o zamówieniach, w odniesieniu do których umowa została podpisana w 2013 r. Powyższa zasada dotyczy zarówno umów w sprawie zamówień publicznych zawartych na czas określony, jak i na czas nieokreślony.

* Uwaga! W przypadku tabeli VI obowiązują szczególne zasady jej wypełniania, opisane w opinii prawnej pt. „Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach".

III. Obowiązek sprawozdawczy jednostek organizacyjnych zamawiającego. Pytanie: Czy zamawiający będący jednostką samorządu terytorialnego obowiązany jest sporządzić jedno roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach, w którym przekazuje informacje także w zakresie zamówień udzielonych przez jej jednostki organizacyjne (np. szkoły, przedszkola), czy też jednostki te obowiązane są sporządzić odrębne roczne sprawozdania w zakresie udzielonych przez nie zamówień publicznych?

Czy dla dokonania oceny w powyższym zakresie ma znaczenie okoliczność, iż na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącej ubezpieczenia mienia zawartej przez jednostkę samorządu terytorialnego, zostały wystawione polisy ubezpieczeniowe potwierdzające zawarcie konkretnych umów ubezpieczenia, które to polisy zostały podpisane przez osoby reprezentujące jednostki organizacyjne zamawiającego? Odpowiedź: W przypadku podmiotów o złożonej strukturze wewnętrznej, na którą składają się wyodrębnione jednostki organizacyjne, możemy mieć do czynienia zarówno z sytuacją, gdy dana jednostka, pomimo posiadania samodzielności finansowej, nie będzie zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, jak i z sytuacją, w której jednostka ta będzie jednym z zamawiających wymienionych w art. 3 ustawy Pzp.

W pierwszym przypadku roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach będzie składane jedynie przez zamawiającego. Obowiązek sprawozdawczy, o którym mowa w art. 98 ustawy Pzp, nie będzie dotyczył jego jednostek organizacyjnych.

Natomiast w drugim przypadku, tj. w sytuacji, gdy jednostka organizacyjna danego zamawiającego sama posiada status zamawiającego w świetle przepisów ustawy Pzp, jednostka ta obowiązana jest do składania odrębnych rocznych sprawozdań o udzielonych przez nią zamówieniach. Z odmienną sytuacją będziemy mieć do czynienia wtedy, gdy taka jednostka będzie udzielać zamówienia nie we własnym imieniu, lecz jedynie jako pełnomocnik innego zamawiającego. Informację o takim zamówieniu będzie obowiązany przekazać w rocznym sprawozdaniu jedynie podmiot, w imieniu którego zamówienie zostało udzielone.

W sytuacji, w której w ramach wykonania umowy ubezpieczenia mienia, będącej umową w sprawie zamówienia publicznego, zostały wystawione polisy ubezpieczeniowe potwierdzające zawarcie konkretnych umów ubezpieczenia, które to polisy zostały podpisane przez osoby reprezentujące jednostki organizacyjne zamawiającego, informację o takim zamówieniu przekazuje jedynie zamawiający, który zawarł umowę ubezpieczenia stanowiącą podstawę do wystawienia konkretnych polis, o ile udzielił on zamówienia we własnym imieniu. Podpisanie polis ubezpieczeniowych stanowi bowiem w tym przypadku jedynie wykonanie zamówienia publicznego i nie ma znaczenia dla ustalenia zakresu obowiązku sprawozdawczego, o którym mowa w art. 98 ustawy Pzp. Natomiast w sytuacji, gdy ww. umowa ubezpieczenia stanowiąca zamówienie publiczne została podpisana w imieniu jednostek organizacyjnych podmiotu przeprowadzającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązanymi do zawarcia informacji o tych zamówieniach w rocznym sprawozdaniu będą te jednostki.

IV. Zamówienia, których źródłem finansowania są dotacje ze środków publicznych. Znaczenie źródła finansowania zamówienia publicznego dla obowiązku sprawozdawczego. Pytanie: Czy w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach należy uwzględnić zamówienia, których źródłem finansowania są dotacje ze środków publicznych? Odpowiedź: Określając zakres obowiązku sprawozdawczego, o którym mowa w przepisie art. 98 ustawy Pzp, należy mieć na uwadze

z jednej strony pojęcie zamawiającego, określone w przepisach art. 2 pkt 12 w zw. z art. 3 ustawy Pzp, z drugiej strony definicję zamówienia publicznego zawartą w przepisie art. 3 pkt 13 ustawy Pzp.

Przez zamawiającego należy na gruncie ustawy Pzp rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązaną do stosowania tejże ustawy. Katalog tych podmiotów został wskazany w przepisie art. 3 ustawy Pzp.

Z kolei zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp pod tym pojęciem należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym i wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Należy przy tym mieć na uwadze, iż w świetle przepisu art. 98 ust. 4 ustawy Pzp roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach obejmuje nie tylko informacje o zamówieniach publicznych udzielonych na podstawie procedur określonych w ustawie Pzp, ale również na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy Pzp określonych w art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 tejże ustawy.

W związku z powyższym, obowiązkiem sprawozdawczym, o którym mowa w art. 98 ustawy Pzp, objęte są wszystkie zamówienia udzielone przez zamawiającego z zastosowaniem procedur określonych w ustawie Pzp oraz zamówienia udzielone na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy Pzp określonych w art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 tejże ustawy. Obowiązek ten ciąży na zamawiającym także wtedy, gdy środki finansowe przeznaczone na sfinansowanie danego zamówienia pochodzą z przyznanej mu dotacji. Należy bowiem podkreślić, iż dla ustalenia zakresu ww. obowiązku sprawozdawczego nie ma znaczenia źródło finansowania konkretnego zamówienia publicznego.

V. Opłaty sądowe i administracyjne, mandaty, opłaty abonamentowe RTV. Pytanie: Czy w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach należy przekazać informacje o wydatkach poniesionych tytułem opłat sądowych i administracyjnych, mandatów czy też opłat abonamentowych RTV? Odpowiedź: Określając zakres obowiązku sprawozdawczego, o którym mowa w przepisie art. 98 ustawy Pzp, należy kierować się definicją zamówienia publicznego zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Pod tym pojęciem należy zatem rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym i wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Definicji zamówienia publicznego określonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp nie odpowiadają opłaty i wpisy sądowe, opłaty administracyjne, mandaty, czy opłaty abonamentowe RTV, itp. Należności te nie są bowiem uiszczane na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej, zawartej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W związku z powyższym, tego rodzaju wydatki nie będą podlegały ujawnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

VI. Sposób przekazania w rocznym sprawozdaniu informacji o zamówieniach udzielonych bez stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 4 pkt 1–3, 6, 7 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp, których wartość nie przekraczała równowartości kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. Pytanie: Czy w sytuacji, gdy zamawiający udzielił zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp powołując się na jedną z przesłanek określonych w art. 4 pkt 1–3, 6, 7 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp, zaś wartość tak udzielonego zamówienia nie przekraczała równowartości kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający winien uwzględnić to zamówienie w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach w tabeli II w wierszu 1 w części dotyczącej wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na wartość udzielonego zamówienia czy w jednym z wierszy 2–32 w części dotyczącej wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na inne przesłanki niż wartość udzielonego zamówienia? Odpowiedź: Podejmując decyzje w przedmiocie udzielenia danego zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności, należy rozważyć wystąpienie przesłanki wyłączenia stosowania ustawy Pzp innej niż wartość zamówienia. Przesłanki te mają pierwszeństwo zastosowania, z uwagi na fakt, iż obowiązują one bez względu na wartość zamó-

wienia, ustaloną przez zamawiającego. Dopiero w dalszej kolejności zamawiający może dokonać analizy pod kątem wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp do udzielenie danego zamówienia na podstawie przepisu art. 4 pkt 8 tejże ustawy.

Natomiast, dla celów sprawozdawczych przyjęte zostały zasady opisane w opinii prawnej, zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, pt. „Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych". A zatem, jeżeli zamawiający udzielił zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp powołując się na jedną z przesłanek określonych w art. 4 pkt 1–3, 6, 7 i 10 –13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp, zaś wartość tak udzielonego zamówienia nie przekraczała równowartości kwoty z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający nie uwzględnia przedmiotowego zamówienia w tabeli II w części dotyczącej wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na inne przesłanki niż wartość zamówienia. W powyższej sytuacji, zamówienie to powinno zostać uwzględnione w tabeli II w części odnoszącej się do wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na wartość zamówienia (wiersz 1).

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część V

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na kolejną turę pytań, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych oraz zostały zadane na infolinii prawnej Urzędu już po zamieszczeniu w dniu 14 lutego br. części IV pytań i odpowiedzi odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Zamówienia udzielane w częściach. Zamówienia udzielone na podstawie więcej niż jednej umowy, po przeprowadzeniu postępowania, w którym zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Pytanie: Jakie zasady sporządzania rocznego sprawozdania obowiązują w przypadku, gdy przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zamówienie było udzielane w częściach, w imieniu i na rzecz kilku zamawiających, zostało powierzone jednemu z zamawiających działających w imieniu i na rzecz innych zamawiających, a w następstwie tego postępowania każdy z tych zamawiających zawarł odrębną umowę w przedmiocie swojej części zamówienia? Czy odmienne zasady obowiązują w przypadku udzielania zamówień w częściach przez jednego zamawiającego, w wyniku przeprowadzenia kilku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego? W jaki sposób należy przekazać w rocznym sprawozdaniu informacje o zamówieniu udzielonym na podstawie więcej niż jednej umowy, po przeprowadzeniu postępowania, w którym zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych? Odpowiedź: W przypadku, gdy przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zamówienie było udzielane w częściach, w imieniu i na rzecz kilku zamawiających, zostało powierzone jednemu z zamawiających działających w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających, a w następstwie tego postępowania każdy z tych zamawiających zawarł odrębną umowę w przedmiocie swojej części zamówienia, obowiązek ujęcia w rocznym sprawozdaniu informacji o takim zamówieniu spoczywa indywidualnie na każdym zamawiającym, w imieniu którego takie postępowanie zostało przeprowadzone. Wybór odpowiedniej tabeli rocznego sprawozdania, w której zamawiający powinien zamieścić informacje o zawartej przez siebie umowie, zależeć będzie w tej sytuacji od wartości zamówienia określanej na potrzeby przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (szacunkowa wartość zamówienia), w wyniku którego zostały zawarte umowy na części zamówienia. W sytuacji zatem, gdy wartość zawartej przez zamawiającego umowy nie przekraczała kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, lecz wartość szacunkowa całego zamówienia (wszystkich jego części) ustalona dla celów przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwotę tą przekraczała, zamawiający obowiązany jest uwzględnić przedmiotowe zamówienie w tabeli V rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Natomiast, w informacji o wartości

umowy zamawiający podaje wartość wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, określoną w zawartej przez niego umowie, nawet jeśli wartość ta nie przekroczyła progu kwotowego określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Opisana powyżej zasada będzie dotyczyła także przypadku udzielania zamówienia publicznego w częściach, w wyniku przeprowadzenia kilku odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. O wyborze odpowiedniej tabeli, w której należy zamieścić informacje o zawartych w wyniku tych postępowań umowach, decydować będzie zatem określona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia określona dla celów przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniająca wartości wszystkich jego części. W związku z tym, jeżeli wartość zamówienia dla wszystkich części przekroczyła próg określony w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, umowy te należy wskazać w tabeli V, nawet jeżeli wartość umów zawartych w ramach poszczególnych części zamówienia, w odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tego progu nie przekroczyła. W takim przypadku wypełniając tabelę V, informację o każdej z zawartych umów w ramach jednego zamówienia należy podać w odrębnym wierszu.

Natomiast w sytuacji, w której zamawiający w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuścił składanie ofert częściowych i zawarł więcej niż jedną umowę, na potrzeby określenia wartości umów, podawanej dla takiego postępowania w rocznym sprawozdaniu, przyjąć należy zsumowaną wartość netto (bez podatku od towarów i usług) wszystkich zawartych umów częściowych. W odniesieniu do wyboru odpowiedniej tabeli, w której należy zamieścić informacje o tego typu zamówieniu, obowiązywać będzie ogólna zasada, zgodnie z którą decydujące znaczenie ma w tym zakresie wartość zamówienia określana przez zamawiającego na potrzeby przeprowadzenia postępowania. W przypadku tabeli V zbiorczą informację o postępowaniu i wartości wszystkich umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania, w którym zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, należy zamieścić w jednym wierszu tej tabeli.

II. Zamówienia dodatkowe i uzupełniające. Pytanie: W jaki sposób należy w rocznym sprawozdaniu uwzględnić informacje o zamówieniach dodatkowych i uzupełniających? Odpowiedź: Jeżeli w związku z realizacją zamówienia podstawowego udzielono zamówień dodatkowych lub uzupełniających, przy wypełnianiu formularza rocznego sprawozdania należy je traktować jako odrębne zamówienia i uwzględnić w sprawozdaniu – analogicznie, jak pozostałe zamówienia.

Powyższe oznacza, iż w przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego lub dodatkowego o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, jego wartość podlega zsumowaniu z pozostałymi zamówieniami udzielonymi bez stosowania ustawy Pzp i ujawnieniu w tabeli II pkt 1 formularza rocznego sprawozdania.

W sytuacji udzielenia zamówienia uzupełniającego lub dodatkowego o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest wykazać takie zamówienie odrębnie od zamówienia podstawowego w odpowiedniej, ze względu na konkretne okoliczności, tabeli rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach.

III. Koszty noclegu w hotelu pracownika odbywającego delegację służbową. Pytanie: Czy pokrycie przez pracodawcę kosztów noclegu w hotelu pracownika odbywającego delegację służbową podlega uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Czy dla obowiązku sprawozdawczego w tym zakresie ma znaczenie okoliczność, że zapłata za nocleg w hotelu została dokonana nie przez pracodawcę, lecz przez pracownika? Odpowiedź: Obowiązkowi sprawozdawczemu podlegają wyłącznie te wydatki, które są dokonywane przez zamawiającego na podstawie umów stanowiących zamówienie publiczne (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp), tj. umów odpłatnych zawieranych między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W przypadku korzystania przez pracownika z usługi hotelarskiej w trakcie delegacji służbowej często mamy do czynienia z sytuacją, w której umowa o świadczenie tej usługi zawierana jest pomiędzy pracodawcą a podmiotem świadczącym usługi hotelarskie. Należy przy tym wskazać, iż umowa taka może być za-

warta albo bezpośrednio przez pracodawcę albo przez pracownika działającego nie we własnym imieniu, lecz w imieniu pracodawcy, także na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w sposób dorozumiany. W przypadku, gdy pracodawca jest jednocześnie zamawiającym w świetle przepisów ustawy Pzp, zawarcie ww. umowy o świadczenie usług hotelarskich będzie stanowiło udzielenie zamówienia publicznego.

Należy zauważyć, iż zgodnie z przepisem § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz. U. z 2013 r., poz. 167, ze zm.) za nocleg podczas podróży krajowej w obiekcie świadczącym usługi hotelarskie pracownikowi przysługuje zwrot kosztów w wysokości stwierdzonej rachunkiem, jednak nie wyższej za jedną dobę hotelową niż dwudziestokrotność stawki diety. W sytuacji zatem, gdy wysokość należności za usługę hotelarską przekroczy dwudziestokrotność stawki diety, pracownik będzie partycypował w kosztach świadczonej na jego rzecz usługi hotelarskiej. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla kwalifikacji ww. umowy jako zamówienia, a tym samym dla objęcia jej obowiązkiem sprawozdawczym, o którym mowa w przepisie art. 98 ustawy Pzp. Informację o ww. zamówieniu zamawiający będzie obowiązany wykazać w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach. W przypadku, gdy wartość zamówienia nie będzie przekraczać kwoty 30.000 euro, będzie ono podlegało ujawnieniu w tabeli II rocznego sprawozdania w części dotyczącej wyłączenia procedur określonych przepisami ustawy z uwagi na wartość udzielonego zamówienia.

Trzeba przy tym wskazać, iż dla dokonanej kwalifikacji ww. umowy jako umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie ma znaczenia, czy środki finansowe stanowiące należność za świadczoną usługę hotelarską zostały uiszczone przez pracodawcę czy pracownika. Okoliczność dokonania zapłaty przez pracownika nie pozbawia bowiem danej umowy charakteru zamówienia publicznego.

Jednocześnie należy zauważyć, iż w praktyce może dojść do sytuacji, w której umowa o świadczenie na rzecz pracownika usług hotelarskich zostanie zawarta pomiędzy podmiotem świadczącym tego rodzaju usługi a pracownikiem działającym we własnym imieniu. Taka sytuacja może mieć miejsce np. na gruncie przepisu § 8 ust. 3 ww. rozporządzenia w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Zgodnie z tym uregulowaniem pracownikowi, któremu nie zapewniono bezpłatnego noclegu i który nie przedłożył rachunku, przysługuje ryczałt za każdy nocleg w wysokości 150% diety. W takim przypadku, pracownikowi wprawdzie przysługuje uprawnienie do otrzymania ryczałtu w ww. wysokości, jednakże jeśli zawarł on we własnym imieniu umowę o świadczenie usług hotelarskich, umowa taka nie będzie stanowić zamówienia publicznego, a tym samym informacja o niej nie będzie podlegać uwzględnieniu w sporządzanym przez pracodawcę (zamawiającego) rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach. Uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu nie będzie także podlegać kwota wypłaconego pracownikowi ryczałtu, gdyż nie stanowi ona wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy z tytułu wykonanego zamówienia publicznego.

IV. Zamówienia udzielane na podstawie art. 26 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej oraz na podstawie art. 138 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Pytanie: Czy uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu podlegają zamówienia udzielane na podstawie art. 26 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej oraz na podstawie art. 138 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych? Odpowiedź: Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczy odnoszący się do umów zawieranych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp dotyczy wyłącznie przypadków określonych w przepisach wymienionych w art. 98 ust. 4 ustawy Pzp. Treść powyższego przepisu nie obejmuje przypadków udzielania zamówień na podstawie przepisu art. 26 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 217, ze zm.), jak i zawierania umów na podstawie przepisu art. 138 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t. j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, ze zm.). W konsekwencji powyższego, zamawiający nie mają obowiązku uwzględniania w treści przedmiotowego sprawozdania informacji o zamówieniach na udzielanie świadczeń zdrowotnych, o których mowa w ww. ustawie o działalności leczniczej, ani o umowach o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, o których mowa w ww. ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

V. Sposób przekazania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Pytanie: Czy zamawiający może przekazać roczne sprawozdanie o udzielonych zamówieniach listem poleconym lub faxem? Czy pod formularzem rocznego sprawozdania powinien podpisać się kierownik zamawiającego? Odpowiedź: Przepisy rozporządzenia nie przewidują przesłania do Urzędu Zamówień Publicznych wydruku sprawozdania pocztą czy faksem, a jedynie przekazanie formularza sprawozdania drogą elektroniczną przez stronę portalu UZP. Aktualnie obowiązujący wzór rocznego sprawozdania nie przewiduje złożenia pod nim podpisu kierownika zamawiającego.

VI. Wartość zamówienia publicznego udzielonego osobie fizycznej na podstawie umowy zlecenia. Pytanie: Jaką wartość zamówienia publicznego należy przyjąć dla celów sprawozdawczych w przypadku, gdy zamawiający udzielił zamówienia osobie fizycznej na podstawie umowy zlecenia? Odpowiedź: W przypadku udzielenia zamówienia publicznego osobie fizycznej na podstawie umowy zlecenia obowiązuje ogólna zasada podawania w rocznym sprawozdaniu wartości wynagrodzenia wykonawcy ustalonego w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego bez podatku od towarów i usług (jeżeli w danym przypadku występuje).

Wskazany powyżej sposób podawania w rocznym sprawozdaniu informacji w zakresie wartości zamówienia udzielonego osobie fizycznej na podstawie umowy zlecenia koresponduje z zasadami obowiązującymi odnośnie ustalania szacunkowej wartości takiego zamówienia. Zgodnie z tymi zasadami, ustalając wartość zamówienia, które ma zostać udzielone osobie fizycznej na postawie umowy zlecenia, zamawiający uwzględnia obok wyceny samego świadczenia także kwoty składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne, które są finansowane przez ubezpieczonych, tj. potrącane są z należnego im wynagrodzenia. Szacując wartość takiego zamówienia zamawiający nie uwzględnia natomiast dodatkowych kosztów, jakie będzie ponosił w związku z zawarciem umowy zlecenia z osobą fizyczną (tzw. kosztów pochodnych od wynagrodzenia), tj. finansowanych przez niego kwot składek (lub ich części) na ubezpieczenia społeczne, na Fundusz Pracy oraz na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, gdyż nie rzutują one na wycenę wynagrodzenia wykonawcy.

VII. Zamówienia sektorowe na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii, o których mowa w art. 138a ustawy Pzp. Pytanie: Czy w rocznym sprawozdaniu należy uwzględnić zamówienia sektorowe na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii, o których mowa w przepisie art. 138a ustawy Pzp? Odpowiedź: Ciążący na zamawiających obowiązek sprawozdawczy odnoszący się do umów zawieranych z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp dotyczy wyłącznie przypadków określonych w przepisach wymienionych w art. 98 ust. 4 ustawy Pzp. Treść powyższego przepisu nie obejmuje przypadków udzielania zamówień z wyłączeniem stosowania ustawy Pzp na podstawie przepisu art. 138a ustawy Pzp. W związku z tym zamawiający nie mają obowiązku uwzględniania w treści rocznego sprawozdania informacji o zamówieniach sektorowych na dostawy energii elektrycznej lub ciepła oraz paliw do wytwarzania energii na podstawie przepisu art. 138a ustawy Pzp.

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część VI

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na kolejną turę pytań, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Likwidacja gminnej jednostki budżetowej a obowiązek sprawozdawczy. Pytanie: Na jakim podmiocie ciąży obowiązek złożenia rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach w przypadku likwidacji gminnej jednostki budżetowej? Odpowiedź: Zgodnie z przepisem art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885, ze zm.), z zastrzeżeniem odrębnych ustaw, gminne, powiatowe lub wojewódzkie jednostki budżetowe tworzą,

łączą i likwidują organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 12 ust. 4 pkt 2 ustawy o finansach publicznych, z zastrzeżeniem ust. 7, należności i zobowiązania likwidowanej gminnej, powiatowej lub wojewódzkiej jednostki budżetowej przejmuje urząd odpowiedniej jednostki samorządu terytorialnego. W przypadku gminnej jednostki budżetowej będzie to zatem urząd gminy.

Z powyższego wynika, iż w przypadku likwidacji gminnej jednostki budżetowej urząd ten przejmuje wszystkie zobowiązania likwidowanej jednostki, a zatem także te wynikające z udzielonych przez tą jednostkę zamówień publicznych. Z dniem likwidacji na urzędzie gminy będą ciążyć obowiązki zamawiającego wynikające z zawartych przez zlikwidowaną jednostkę budżetową umów w sprawie zamówienia.

W związku z tym, na urzędzie gminy będzie także spoczywał obowiązek sporządzenia i przekazania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych rocznego sprawozdania o zamówieniach udzielonych przez zlikwidowaną jednostkę budżetową. Informacje o tych zamówieniach urząd gminy powinien przekazać łącznie z informacjami w zakresie udzielonych przez niego zamówień, tj. zbiorczo w jednym rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

II. Data zawarcia umowy w formie ustnej. Pytanie: W jaki sposób na potrzeby sporządzenia rocznego sprawozdania określić datę zawarcia umowy w formie ustnej? Czy znaczenie ma w tym przypadku chwila wystawienia faktury VAT lub chwila dokonania zapłaty wynagrodzenia za wykonaną umowę? Odpowiedź: Obowiązek sprawozdawczy w zakresie zamówień udzielonych z wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie przepisu art. 4 ust. 8 ustawy Pzp obejmuje wszystkie zamówienia udzielone w danym roku kalendarzowym, bez względu na formę zawarcia danej umowy. Dla kwalifikacji danego zamówienia jako podlegającego uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu za dany rok kalendarzowy podstawowe znaczenie ma okoliczność, czy w tym roku doszło do jego udzielenia, tj. do zawarcia umowy.

Określając chwilę zawarcia umowy w formie ustnej należy mieć w szczególności na uwadze przepisy art. 70 § 1 i art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 70 § 1 Kodeksu cywilnego w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojście do składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu nie jest wymagane – w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. Zgodnie z przepisem art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Warto także wspomnieć, iż zgodnie z przepisem art. 71 Kodeksu cywilnego ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne informacje, skierowane do ogółu lub do poszczególnych osób, poczytuje się w razie wątpliwości nie za ofertę, lecz za zaproszenie do zawarcia umowy. Natomiast w myśl przepisu art. 543 Kodeksu cywilnego wystawienie rzeczy w miejscu sprzedaży na widok publiczny z oznaczeniem ceny uważa się za ofertę sprzedaży.

W związku z powyższym, w celu kwalifikacji danej umowy jako podlegającej uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu, w przypadku wątpliwości dotyczących daty jej zawarcia, należy kierować się chwilą otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu albo chwilą przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. Ani chwila wystawienia faktury VAT, ani chwila dokonania zapłaty za świadczenie, nie przesądza o czasie zawarcia danej umowy. Jednakże w praktyce chwila wystawienia faktury VAT czy paragonu, bądź rachunku, może pokrywać się z chwilą zawarcia danej umowy i tym samym mieć znaczenie dla określenia zakresu obowiązku sprawozdawczego za dany rok kalendarzowy. Bez znaczenia dla zakresu informacji przekazywanych w rocznym sprawozdaniu pozostaje chwila zapłaty wynagrodzenia za wykonanie danej umowy.

III. Umowy zlecenia zawarte z nauczycielami przez szkołę podstawową. Pytanie: Czy umowy zlecenia zawarte z nauczycielami przez szkołę podstawową w 2013 r. podlegają ujawnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Stosownie do art. 79 ust. 1 ustawy z dnia

7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.), przedszkola, szkoły i placówki publiczne zakładane i prowadzone przez ministrów i jednostki samorządu terytorialnego są jednostkami budżetowymi.

Jednocześnie, zgodnie z art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) jednostki budżetowe wchodzą w skład sektora finansów publicznych. Tym samym, publiczna szkoła podstawowa jest zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp i co do zasady stosuje ustawę do udzielania odpłatnych zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Przez zamówienia publiczne, rozumiemy zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Powyższe oznacza, że umowy zlecenia zawarte z nauczycielami przez szkołę podstawową w 2013 r. podlegają ujawnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

IV. Sposób uwzględnienia w rocznym sprawozdaniu zamówienia o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, udzielonego z zastosowaniem procedur określonych ustawą Pzp. Pytanie: W jaki sposób należy uwzględnić w rocznym sprawozdaniu zamówienie o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, udzielone z zastosowaniem procedur określonych ustawą Pzp? Odpowiedź: Zamówienie udzielone na podstawie procedury określonej w ustawie Pzp, przy jednoczesnym braku obowiązku stosowania przez zamawiającego przepisów tejże ustawy, z uwagi na fakt, iż szacowana wartość zamówienia nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, należy wykazać w tabeli II wierszu 1 wzoru rocznego sprawozdania. Tym samym nie ma znaczenia dla obowiązku sprawozdawczego okoliczność, iż zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wartość zamówienia nie przekraczała progu stosowania tejże ustawy.

Wyjaśnienia do pytań dotyczących zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach. Część VII

Poniżej przedstawiamy odpowiedzi na kolejną turę pytań, jakie wpłynęły do Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie zasad sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, przekazywanego przez zamawiających Prezesowi Urzędu na podstawie przepisu art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

I. Opłaty parkingowe, opłaty za przejazd płatną autostradą. Pytanie: Czy wydatki poniesione z tytułu opłaty parkingowej lub opłaty za przejazd płatną autostradą podlegają uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Określając zakres obowiązku sprawozdawczego, o którym mowa w przepisie art. 98 ustawy Pzp, należy kierować się definicją zamówienia publicznego zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Pod tym pojęciem należy zatem rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym i wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zarówno tzw. opłata parkingowa, jak i opłata za przejazd autostradą, uiszczane w związku z korzystaniem z miejsca parkingowego czy też przejazdem płatną autostradą, może mieć dwojaki charakter.

W zakresie tzw. opłat parkingowych należy w szczególności wyróżnić opłaty ponoszone z tytułu parkowania pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t. j. Dz. U. z 2013, poz. 260, ze zm). Zgodnie z tym przepisem korzystający z dróg publicznych obowiązani są do ponoszenia opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania. Opłaty te kwalifikuje się jako opłaty publiczne (rodzaj danin publicznych), co zostało po-

twierdzone przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r. (sygn. akt P 6/02) . Ww. opłaty, jako dochody publiczne, przymusowe, mogą być pobrane w drodze egzekucji administracyjnej. Obowiązek ich ponoszenia wynika wprost z przepisu prawa.

W związku z powyższym, w przypadku uiszczenia przez zamawiającego opłat za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania nie dochodzi do zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a w konsekwencji nie ma miejsca udzielenie zamówienia publicznego. Wydatki poniesione z ww. tytułu nie podlegają zatem obowiązkowi sprawozdawczemu, o którym mowa w przepisie art. 98 ustawy Pzp.

Inaczej należy ocenić sytuację, w której zamawiający zawiera umowę, której przedmiotem jest korzystanie z płatnego parkingu prowadzonego przez podmiot nie należący do sektora publicznego. W takim przypadku mamy bowiem do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego. Informacje odnośnie takiej umowy zamawiający obowiązany jest uwzględnić w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach.

Opłata za przejazd autostradą nie została wymieniona w katalogu opłat administracyjnych, wskazanych w art. 13 ust. 1 ustawy o drogach publicznych, jednakże z uwagi na fakt, iż stanowi świadczenie należne za przejazd autostradą, a zatem drogą publiczną, ma ona zbliżony charakter do opłaty za parkowanie pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania. O tym, czy opłata za przejazd autostradą ma charakter publicznoprawny czy cywilnoprawny, decyduje sposób ustalenia opłaty za przejazd autostradą, co łączy się bezpośrednio z podmiotem zarządzającym danym odcinkiem autostrady.

Katalog podmiotów uprawnionych do pobierania opłat za przejazd autostradą został wskazany w przepisie art. 37a ust. 1a ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t. j. Dz. U. z 2012 r., poz. 931, ze zm.). W przypadku, gdy podmiotem tym jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, opłata za przejazd autostradą będzie stanowić opłatę publiczną, gdyż Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jest organem administracji publicznej, a wysokość opłaty ustalona jest przepisami prawa powszechnie obowiązującego – rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju (wcześniej Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej). Wydatek poniesiony przez zamawiającego tytułem uiszczenia ww. opłaty nie będzie zatem podlegać uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach. W tym przypadku nie dochodzi bowiem do udzielenia zamówienia publicznego.

Podmiotem pobierającym opłaty za przejazd autostradą może być spółka, z którą Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad albo drogowa spółka specjalnego przeznaczenia zawarli umowę o budowę i eksploatację, na warunkach określonych w tej umowie. Zgodnie z przepisem art. 37b ust. 1 ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym opłaty za przejazd autostradą pobrane przez spółkę co do zasady stanowią jej przychód. W tym przypadku opłaty za przejazd autostradą stanowią świadczenie uiszczane na podstawie umowy odpłatnej zawieranej z użytkownikiem autostrady na zasadach określonych regulaminem korzystania z autostrady, zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego. W przypadku zatem uiszczania przez zamawiającego opłaty za przejazd autostradą na rzecz ww. spółki, dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, a zatem wartość wydatków poniesionych z tego tytułu będzie podlegała uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu.

II. Nabycie nieruchomości na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Pytanie: Czy nabycie nieruchomości na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 987, ze zm.) podlega uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach? Odpowiedź: Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zgodnie z treścią art. 11a ust. 1 w zw. z art. 11f ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 12 ust. 4–4f przedmiotowej ustawy, Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego, na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, wydanej przez wojewodę w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich albo starostę w odniesieniu do dróg powiatowych i gminnych, na wniosek właściwego zarządcy drogi, są uprawnione do nabywania nieruchomości na cele związane z budową i przebudową dróg. Z tytułu przeniesienia na rzecz Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego własności nieruchomości, o których mowa w art. 11f ust 1 pkt 6 ww. ustawy, właścicielowi albo użytkownikowi wieczystemu tej nieruchomości przysługuje odszkodowanie, w wysokości określonej w decyzji wydawanej przez organ, który wydał decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

Należy zauważyć, że w świetle powyżej przytoczonej definicji zamówienia publicznego, nie sposób rozumieć pod tym pojęciem nabycia przez Skarb Państwa albo jednostkę samorządu terytorialnego, względnie jej jednostkę budżetową, własności nieruchomości na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Tym samym kwoty wypłaconych z tytułu nabytych w tym trybie nieruchomości, nie podlegają obowiązkowi ujawnienia w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych.

Natomiast, w sytuacji kiedy nabycie nieruchomości będzie się odbywać w trybie zawieranych z ich właścicielami umów cywilnoprawnych, będą one podlegać obowiązkowi ujawnienia w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych, ze względu na okoliczność, iż w sprawozdaniu zamawiający zobowiązani są uwzględnić wszystkie zamówienia, w tym także zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy w zw. z art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp.

III. Zawarcie aneksu do umowy najmu przewidującego podwyższenie wartości czynszu oraz nowy okres obowiązywania najmu po zakończeniu obowiązywania dotychczasowej umowy. Pytanie: Czy uwzględnieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach za 2013 r. podlegają zawarte w 2013 r. aneksy do umów najmu, w sytuacji gdy na ich podstawie podwyższona została wartość czynszu należna wynajmującemu oraz ustalony został nowy okres obowiązywania najmu po zakończeniu obowiązywania dotychczasowej umowy? Odpowiedź: W sprawozdaniu za 2013 r. zamawiający zobowiązani są uwzględnić wszystkie zamówienia udzielone od 1 stycznia do 31 grudnia 2013 r., w tym także zamówienia udzielone z wyłączeniem procedur określonych przepisami ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 1–3, 6–8 i 10–13 oraz art. 136–138 ustawy Pzp.

W świetle definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, pod pojęciem „udzielenie zamówienia" należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem, dla powstania obowiązku sprawozdawczego za dany rok decydujące znaczenie ma data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym, w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach przekazywanym za 2013 r., w części dotyczącej udzielonych zamówień (tj. tabele II–V) należy zawrzeć informacje o zamówieniach, w odniesieniu do których umowa została podpisana w 2013 r. Powyższa zasada dotyczy zarówno umów w sprawie zamówień publicznych zawartych na czas określony, jak i na czas nieokreślony.

Jeżeli aneksy do umów najmu dotyczą nowego okresu obowiązywania najmu po zakończeniu obowiązywania dotychczasowej umowy, rozszerzają zakres powierzchni najmu lub w inny sposób istotnie modyfikują warunki dotychczasowych umów należy uznać, że z chwilą podpisania aneksów dochodzi do zawarcia nowych umów, które podlegają, ze względu na przedmiot, ujawnieniu w tabeli II pkt 12 wzoru rocznego sprawozdania.

IV. Zamówienia udzielane przez szkołę będącą gminną jednostką budżetową. Pytanie: Czy szkoła będąca gminną jednostką budżetową obowiązana jest do sporządzenia rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, czy też sprawozdanie takie sporządza wyłącznie gmina, w której strukturze organizacyjnej ta szkoła działa? Odpowiedź: W świetle definicji zamówienia publicznego, zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, pod pojęciem „udzielenie zamówienia" należy rozumieć zawarcie

umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym obowiązek przekazania informacji o danym zamówieniu publicznym w ramach rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach spoczywa na tym podmiocie, który jako zamawiający udzielił danego zamówienia, tj. zawarł w swoim imieniu z wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Stosownie do art. 79 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, ze zm.), przedszkola, szkoły i placówki publiczne zakładane i prowadzone przez ministrów i jednostki samorządu terytorialnego są jednostkami budżetowymi.

Jednocześnie, zgodnie z art. 9 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) jednostki budżetowe wchodzą w skład sektora finansów publicznych. Tym samym, publiczna szkoła podstawowa jest zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp i co do zasady stosuje ustawę do udzielania odpłatnych zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane.

Statusu szkoły nie zmienia okoliczność, że upoważnienie do zaciągania zobowiązań na gruncie stosunków cywilnoprawnych pochodzi od podmiotu prawa, w ramach którego osobowości prawnej ta jednostka organizacyjna działa. Jeżeli zatem postępowanie było przeprowadzone siłami urzędu miasta natomiast umowę zawarła szkoła – obowiązek sprawozdawczy spoczywa na szkole jako zamawiającym, nie zaś na urzędzie miasta, który w tym przypadku działał jako pełnomocnik szkoły.

X. OPINIE RÓŻNE

Środki ochrony prawnej

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła zasadnicze zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wynikające przede wszystkim z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Nowelizacja skróciła także okres zawieszenia, w jakim uprawnione podmioty mogą korzystać ze środków ochrony prawnej, przy jednoczesnym zachowaniu pełni ich praw, co w sposób bezpośredni przekłada się na przyspieszenie procedury udzielenia zamówienia.

I. ZNIESIENIE PROTESTU, PRZEKAZANIE INFORMACJI O CZYNNOŚCI BEZPRAWNIE PODJĘTEJ ALBO ZANIECHANEJ

Pierwszą istotną zmianą w zakresie środków ochrony prawnej jest zniesienie instytucji protestu. Nowelizacja ustawy w tym zakresie jest uzasadniona z jednej strony małą efektywnością protestu jako środka ochrony prawnej niezapewniającego skutecznego eliminowania naruszeń przepisów ustawy Pzp jako rozpoznawanego przez zamawiającego, a zatem przez uczestnika sporu, a z drugiej strony ze względu na fakt, iż wniesienie i rozpoznanie protestu powoduje wydłużenie okresu, w którym zamawiający nie może podpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem bezstronną ocenę zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy może zapewnić jedynie środek odwoławczy wnoszony przez wykonawcę bezpośrednio do niezależnego zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy organu. Organem takim jest w polskich warunkach, jako organ odwoławczy pierwszej instancji, Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO" lub „Izba"). Warto nadmienić, że stosownie do przepisów ww. dyrektywy odwoławczej protest wnoszony do zamawiającego jest jedynie fakultatywnym, dodatkowym środkiem ochrony prawnej uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie zatem ze znowelizowanymi przepisami wykonawca realizujący swoje prawo do kwestionowania czynności lub zaniechań zamawiającego nie wnosi do zamawiającego protestu lecz od razu kieruje odwołanie do Prezesa KIO.

Jedynie w sprawach, w których na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie przysługuje odwołanie, ustawodawca pozostawił wykonawcom prawo złożenia quasi protestu. Uprawnienie to ustanawia art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca lub uczestnik konkursu może poinformować zamawiającego o podjętej przez niego niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub o zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Taką informację wykonawca lub uczestnik konkursu może złożyć do zamawiającego w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania dla czynności lub zaniechania, którego informacja dotyczy. W przypadku, gdy zamawiający uzna zasadność przekazanej informacji ustawa obliguje go do powtórzenia czynności albo dokonania czynności zaniechanej oraz poinformowania o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

Na czynności dokonane przez zamawiającego w wyniku uznania zasadności informacji wykonawcy o czynności bezprawnie podjętej albo zaniechanej nie przysługuje odwołanie (art. 181 ust. 3 ustawy Pzp). Wyjątek stanowią czynności wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zatem w sytuacji, gdy powtórzenie czynności albo dokonanie czynności zaniechanej stanowi jedną z takich czynności, wykonawca lub uczestnik konkursu ma możliwość wniesienia odwołania. Sytuacja ta zajdzie w szczególności w przypadku, gdy zamawiający na skutek uznania zasadności informacji odrzuci ofertę albo wykluczy wykonawcę.

Należy nadmienić także, że konsekwencją zniesienia instytucji protestu jest, iż wszystkie skutki prawne jakie ustawa łączyła do tej pory z jego wniesieniem obecnie łączone będą z wniesieniem odwołania, np. zawieszenie terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp), zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp).

II. LEGITYMACJA DO WNOSZENIA ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ, PRZYSTĄPIENIE, OPOZYCJA

Jednym z najistotniejszych problemów dotyczących legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej jest rozumienie pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia".

Dotychczas, środki ochrony prawnej przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich „interes prawny" w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Interes prawny w orzecznictwie oraz doktrynie ujmowany jest jako kategoria materialnoprawna. Oznacza to, iż aby można było mówić o interesie prawnym musi być on oparty na prawie lub chroniony przez prawo. O istnieniu interesu prawnego decydują zatem przepisy prawa materialnego, z których wywodzić można prawo lub obowiązek. Co ważne, interesem prawnym wykazywać się może jedynie ten, którego sytuacja prawna wynika wprost z normy prawa materialnego w chwili jej stosowania. Nie może zatem być to interes hipotetyczny, przewidywany w przyszłości.

W orzecznictwie KIO i sądów okręgowych, ukształtowanym w oparciu o dotychczasowe brzmienie art. 179 ustawy Pzp, wskazuje się, że interes prawny polega na istnieniu niepewności stanu prawnego lub prawa odwołującego o charakterze obiektywnym. Naruszenie interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W obecnym stanie prawnym ustawodawca nie posłużył się pojęciem „interesu prawnego". Zmiana dokonana nowelizacją z 2 grudnia 2009 r. może zatem sugerować, że chodzi także – obok interesu prawnego opartego na prawie materialnym – o bliżej nieskonkretyzowany interes rozumiany jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Należy jednak zwrócić uwagę, iż nadal legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu uczestnikowi postępowania, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Niezależnie zatem od ww. zmiany odwołujący, nadal musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Pomimo zatem nie posłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „interesu prawnego" wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Tym samym, brak konieczności oparcia się na normie prawa materialnego nie oznacza dowolności w ocenie, czy wnoszący środek ochrony prawnej jest do tego legitymowany.

Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga także, aby w koniunkcji z interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Ustawa Pzp nie konkretyzuje, czy chodzi wy-

łącznie o stratę (szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową). Zasadniczo niewątpliwie szkoda będzie rozumiana jako strata, jako że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny.

Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W legitymację czynną ustawa wyposaża także organizacje wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa UZP, z zastrzeżeniem, iż mają one prawo wnoszenia środków ochrony prawnej wyłącznie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Posiadanie legitymacji czynnej przez odwołującego podlega badaniu przez KIO lub sąd w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania.

Uczestnikiem postępowania odwoławczego oprócz stron staje się także wykonawca, który przystępując do tego postępowania wykaże, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia zawierać musi wskazanie strony, po której wykonawca przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Wykonawca, który nie wykaże interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego. W tym względzie zamawiającemu oraz odwołującemu przysługuje prawo do zgłoszenia opozycji przeciwko przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego. Zamawiający lub odwołujący zgłaszający opozycję wykazują, iż przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, KIO uwzględnia opozycję; wówczas wykonawca zgłaszający przystąpienie nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 3). W przeciwnym wypadku Izba oddala opozycję, a zgłoszenie przystąpienia skutkuje uzyskaniem statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Opozycję można zgłosić najpóźniej do czasu otwarcia rozprawy. KIO nie rozpoznaje opozycji zgłoszonej po otwarciu rozprawy, w szczególności uchybienie terminowi do wniesienia opozycji nie wymaga odrzucenia jej przez KIO. Opozycja wniesiona po terminie nie wywołuje żadnych skutków prawnych wobec uczestnika postępowania, którego dotyczy.

W przedmiocie uwzględnienia lub oddalenia opozycji Izba wydaje postanowienie, na które nie służy skarga do sądu.

III. PODSTAWY ODWOŁANIA

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołanie przysługuje również od wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę (por. art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), zarówno w postępowaniach dotyczących udzielenia zamówienia o wartości poniżej, jak i powyżej tzw. „progów unijnych". Odwołanie nie przysługuje natomiast na działania jak i zaniechania zamawiającego podejmowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przedmiotem odwołania nie może być np. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego następuje po zakończeniu postępowania i jest skutkiem przeprowadzonego postępowania.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie przysługuje tylko od dokonania czynności lub zaniechania dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp. Omawiany środek ochrony prawnej nie przysługuje, jeżeli wykonawca czy uczestnik konkursu opiera odwołanie jedynie na naruszeniu przepisów innych niż ustawa Pzp lub akty wykonawcze wydane na jej podstawie. Możliwość powołania zaś innych ustaw dotyczy wyłącznie przesłanek odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Pzp i musi być zawsze połączone z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe wiąże się z kognicją KIO i sądu okręgowego rozpatrującego skargę na orzeczenie KIO, która ograniczona jest do spraw wskazanych w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie określonym przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp podmioty uprawnione mogą wnosić odwołania w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne. W takich postępowaniach prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest ograniczone żadnymi dodatkowymi przesłankami. Natomiast w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej doznaje ograniczenia do tych czynności zamawiającego, które godzą w najistotniejsze interesy wykonawcy. W tych postępowaniach, podobnie jak dotychczas, wykonawcy i inne uprawnione podmioty mogą wnosić odwołanie wyłącznie w czterech kategoriach spraw, tzn. tylko wobec czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty odwołującego.

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. doprecyzowała, iż wobec czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty uprawnionym do wniesienia odwołania jest ten wykonawca, którego czynność dotyczy, a nie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu.

Wobec nowego brzmienia art. 22 ustawy Pzp nie budzi już wątpliwości, iż odwołanie można wnieść w przypadku niezgodnego z ustawą ustalenia przez zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

IV. WYMOGI FORMALNE ODWOŁANIA

Odwołanie podlega rozpoznaniu m. in. gdy spełnia wymagania formalne. Stosownie do treść art. 180 ust. 3 ustawy Pzp powinno ono:

- wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy,
- zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów,
- określać żądanie,
- wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie.

Obecnie odwołanie wnosi się bezpośrednio do Prezesa KIO, a nie jak dotychczas – do Prezesa UZP. Uchylony został przepis, zgodnie z którym równoznaczne z wniesieniem odwołania jest jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Tym samym, dla zachowania terminu wniesienia odwołania konieczne jest jego doręczenie w wymaganym terminie Prezesowi KIO. Odwołanie wnieść można w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym

weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołanie w formie elektronicznej wnosi się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej KIO udostępnianej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący, pod rygorem odrzucenia odwołania, ma obowiązek przesłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia. Przesłanie musi nastąpić w taki sposób, by zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem ww. terminu, przy czym domniemywa się, że zamawiający mógł się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie kopii odwołania nastąpiło przed jego upływem i zostało dokonane faksem lub drogą elektroniczną (art. 180 ust. 5 ustawy Pzp).

V. TERMINY WNOSZENIA ODWOŁANIA

Ustawa wyróżnia cztery kategorie okoliczności lub podstaw, z którymi związane są odmienne terminy wnoszenia odwołania. I tak:

1. W przypadku, gdy zamawiający poinformował wykonawców (uczestników konkursu) o czynności podjętej lub zaniechanej, termin do wniesienia odwołania zależy od wartości zamówienia oraz od sposobu przesłania wykonawcom informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, i wynosi:

1) gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne:

   a. 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp – tzn. drogą elektroniczną lub faksem,

   b. 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż drogą elektroniczną lub faksem.

2) gdy wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych":

   a. 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego drogą elektroniczną lub faksem,

   b. 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego w inny sposób niż mailem lub faksem.

Ustanawiając ww. terminy (liczone od dnia przesłania informacji) ustawodawca odwołuje się do tzw. „teorii wysłania" , według której samo podjęcie decyzji o zakomunikowaniu adresatowi oświadczenia woli oraz wykonanie niezbędnych do realizacji tego skutku czynności jest wystarczające dla uznania, że oświadczenie woli zostało złożone. W tym znaczeniu nadanie przez zamawiającego pisma zawierającego informację o czynności w placówce pocztowej, przekazanie go kurierowi, czy też wysłanie przy pomocy faksu albo poczty elektronicznej jest złożeniem oświadczenia woli. Z tą też chwilą ustawa wiąże skutek prawny w postaci rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania.

Zgodnie z ww. terminami wnoszone będą odwołania, np. na:

- czynność wykluczenia wykonawcy, jeżeli zamawiający powiadomił o wykluczeniu,
- odrzucenie oferty, jeżeli zamawiający poinformował o odrzuceniu,
- niezaproszenie wykonawcy do składania ofert w przetargu ograniczonym, jeżeli zamawiający poinformował o niezakwalifikowaniu wykonawcy do II etapu postępowania.

2. W przypadku, gdy odwołanie wnoszone jest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowania prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego – także wobec postanowień siwz, ogłoszenie wnosi się w terminie:

a. 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE lub zamieszczenia siwz na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,

b. 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie zamówień Publicznych lub siwz na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych".

3. Po trzecie – wobec innych niż wyżej (w pkt 1 i 2) wymienione czynności odwołanie wnosi się w terminie:

a. 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,

b. 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych".

W tej kategorii podstaw do wniesienia odwołania mieszczą się te podjęte lub zaniechane przez zamawiającego czynności, o których zamawiający nie poinformował wykonawców (uczestników konkursu) lub które nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu lub siwz. Nawiązując do przykładów podanych dla pkt 1, można wskazać, że zgodnie z pkt 3 wnoszone będą odwołania na:

- czynność wykluczenia wykonawcy, jeżeli zamawiający nie powiadomił o wykluczeniu,
- czynność odrzucenia oferty, jeżeli zamawiający nie powiadomił o odrzuceniu,
- niezaproszenie wykonawcy do składania ofert w przetargu ograniczonym, jeżeli zamawiający nie informował wykonawcy o niezakwalifikowaniu go do II etapu postępowania,
- zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli zmieniając treść siwz zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert nie informując o tym wykonawców.

4. Oprócz wyżej wskazanych ustanowione zostały także odrębne terminy wnoszenia odwołania w sytuacji, gdy zamawiający udzielił zamówienia publicznego, nie poprzedzając tej czynności ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy albo informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia lub zaproszeniem do składania ofert w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej.

W przypadkach, kiedy zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, ale:

- nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2a ustawy Pzp) lub zamówienia z wolnej ręki (art. 66 ust. 2 ustawy Pzp), lub
- nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, lub
- nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową,

i jednocześnie:

1) dopełnił obowiązku publikacji (zamieszczenia) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki al-

bo zapytania o cenę – publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem, wykonawca może wnieść odwołanie nie później niż w terminie:

a. 30 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,

b. 15 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

2) nie dopełnił obowiązku publikacji (zamieszczenia) ogłoszenia o udzieleniu zamówienia a w przypadku udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki albo zapytania o cenę – publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem (co obejmuje także sytuacje opublikowania ogłoszenia, ale niezawierającego uzasadnienia), wykonawca może wnieść odwołanie nie później niż w terminie:

a. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,

b. 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od „progów unijnych".

Terminy do wniesienia odwołania są terminami zawitymi. Wniesienie odwołania po terminie powoduje jego odrzucenie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Jeszcze raz należy podkreślić, że w przypadku postępowań o wartości zamówienia poniżej progów unijnych odwołanie można wnieść wyłącznie w zakresie czterech kategorii czynności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co np. w przypadku odwołania wnoszonego wobec treści ogłoszenia (siwz) oznacza możliwość kwestionowania tylko opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VI. WNIOSEK O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY

W kwestii dotyczącej składania i rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przepisy ustawy nowelizującej nie wprowadzają istotnych zmian, za wyjątkiem wyraźnej regulacji dającej zamawiającemu uprawnienie do wnoszenia takiego wniosku pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Wniesienie wniosku drogą elektroniczną nie wymaga opatrzenia bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadziła natomiast istotny proceduralnie przepis stanowiący kompetencję dla KIO do umorzenia postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w przypadku gdy postępowanie o stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania, zgodnie z art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, ma miejsce w szczególności w przypadku ogłoszenia przez Izbę orzeczenia dotyczącego odwołania przed rozpoznaniem wniosku oraz w przypadku cofnięcia wniosku przez zamawiającego.

VII. CZYNNOŚCI ZWIĄZANE Z WNIESIENIEM ODWOŁANIA

Zamawiający – nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium – wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli jednak odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej – to w związku z nowym brzmieniem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiający kieruje wezwanie wyłącznie do tego wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą.

Otrzymaną od odwołującego kopię odwołania zamawiający ma obowiązek przesłać niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 2 dni od otrzymania, innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli odwołanie zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający

oprócz obowiązku przesłania kopii wykonawcom, ma też obowiązek zamieszczenia jej na stronie internetowej, na której zamieścił ogłoszenie o zamówieniu lub udostępnił siwz. Przesyłając lub zamieszczając na stronie internetowej kopię odwołania zamawiający wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia po upływie terminu wskazanego w art. 185 ust. 3 ustawy Pzp jest bezskuteczne. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopię zgłoszenia wykonawca przystępujący przekazuje zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Uczestnik nie może zatem dokonywać czynności lub składać oświadczeń zwalczających działania strony do której przystąpił. Wyjątek stanowi nowa instytucja „sprzeciwu", który może wnieść wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje w całości zarzuty odwołania.

Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie pisemnie lub ustnie do protokołu. W odpowiedzi może uwzględnić w całości zarzuty postawione w odwołaniu. Nie ma jednak przeszkód, by zamawiający także poza odpowiedzią na odwołanie uznał zarzuty. Może to uczynić aż do zamknięcia rozprawy.

Jeżeli zamawiający uzna zarzuty odwołania w całości, a jednocześnie po jego stronie nie przystąpi żaden wykonawca – KIO może na posiedzeniu niejawnym umorzyć postępowanie, a koszty postępowania odwoławczego znieść wzajemnie. Wzajemnie znoszenie się kosztów, zgodnie z regulacją proponowaną w projekcie rozporządzenia rozporządzeniem w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, oznacza, że odwołującemu zwraca się uiszczony wpis od odwołania, a strony, zarówno zamawiający, jak i odwołujący pozostają przy pozostałych poniesionych kosztach postępowania odwoławczego (nie przysługuje im zwrot tych kosztów od strony przeciwnej). W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Obowiązek tożsamych działań ustawa nakłada na zamawiającego w przypadku, gdy po jego stronie przystąpi wykonawca, lecz nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

W sytuacji, gdy zamawiający, po stronie którego przystąpił wykonawca, uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na rozprawie, KIO – w świetle rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań – wezwie takiego uczestnika postępowania do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględniania przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie trzech dni. Bezczynność wykonawcy spowoduje umorzenie postępowania odwoławczego przed otwarciem rozprawy, a koszty zniosą się wzajemnie, w taki sposób, jak to zostało opisane powyżej w odniesieniu do umorzenia postępowania w związku z uznaniem odwołania przez zamawiającego, gdy nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego po jego stronie.

KIO nie będzie wzywać uczestnika postępowania do złożenia oświadczenia, jeżeli zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po skierowaniu odwołania na rozprawę. Wówczas przystępujący po stronie zamawiającego będzie mógł oświadczyć się w przedmiocie sprzeciwu na rozprawie. Jeżeli wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu – KIO umorzy postępowanie odwoławcze, jeżeli jednak wykonawca oświadczy, że sprzeciw wnosi – odwołanie będzie podlegało rozpoznaniu.

W przypadku umorzenia postępowania w okolicznościach opisanych wyżej sposób rozliczenia kosztów postępowania zależeć będzie od tego kiedy nastąpi uwzględnienie zarzutów w całości. Zamawiający będzie ponosił koszty postępowania, jeżeli uzna zarzuty w całości dopiero po otwarciu rozprawy, jeżeli uzna je przed otwarciem rozprawy – koszty zniosą się wzajemnie.

Natomiast w sytuacji, gdy przystępujący po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw koszty postępowania obciążać będą stronę przegrywającą, a więc odwołującego w przypadku oddalenia odwołania albo wnoszącego sprzeciw w przypadku uwzględnienia odwołania.

KIO umorzy postępowanie także wówczas, gdy odwołujący cofnie odwołanie. Odwołujący może to uczynić aż do zamknięcia rozprawy, moment cofnięcia odwołania ma jednak zasadnicze znaczenie dla sposobu rozliczenia kosztów. Jeżeli bowiem odwołujący cofnie odwołanie przed otwarciem rozprawy uzyska zwrot 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, gdy jednak zdecyduje się na cofnięcie odwołania po otwarciu rozprawy, wpis nie zostanie mu zwrócony, a dodatkowo może zostać obciążony uzasadnionymi kosztami poniesionymi przez zamawiającego w tym np. kosztami dojazdu na rozprawę oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocników.

Ustawa nie zna instytucji sprzeciwu wobec cofnięcia odwołania, toteż zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego podziela losy cofniętego odwołania.

VIII. ROZPOZNANIE ODWOŁANIA

Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych i uiszczono wpis. Braki formalne oraz nieuiszczenie wpisu stanowią przeszkody do rozpoznania odwołania. Nowelizacja wprowadziła zasadniczą zmianę w zakresie terminu do uiszczenia wpisu. Dotychczas odwołujący zobligowany był do uiszczenia wpisu najpóźniej w dniu wniesienia odwołania, a obecnie – najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. Dowód uiszczenia wpisu dołącza się do odwołania, jednak w przypadku braku takiego dowodu przy odwołaniu Prezes KIO (lub skład orzekający) wzywa odwołującego do złożenia dowodu uiszczenia wpisu pod rygorem zwrotu odwołania. Odwołujący ma 3 dni od doręczenia wezwania na uzupełnienie tego braku, jedynie w przypadku, gdy wezwanie do złożenia dowodu uiszczenia wpisu doręczone zostanie odwołującemu wcześniej niż na 3 dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania, odwołujący może uzupełnić dowód do upływu terminu do wniesienia odwołania.

W przypadku niezachowania innych wymogów formalnych przez odwołującego Prezes Izby, tak samo jak w przypadku braku dowodu uiszczenia wpisu, wzywa go pod rygorem zwrotu odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Uzupełnienie nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zwrot odwołania z powodu braków formalnych lub nieuiszczenia wpisu następuje w drodze postanowienia wydawanego przez Prezesa Izby lub skład orzekający (jeżeli braki formalne zostaną stwierdzone przez skład orzekający). Odpis postanowienia przesyłany jest do zamawiającego. Zwrócone odwołanie nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z jego wniesieniem.

Co do zasady odwołanie rozpoznawane jest w składzie jednoosobowym, a nie tak jak przed nowelizacją – trzyosobowym. Rozpoznanie w składzie trzyosobowym może jednak być zarządzone przez Prezesa KIO, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość lub precedensowy charakter sprawy. Prezes Izby może także zarządzić łączne rozpoznanie wniesionych odwołań, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego. W zakresie przesłanek zarządzenia rozpoznania odwołań przez jeden skład orzekający nowelizacja wprowadza alternatywę łączną, podczas gdy dotychczas obowiązywała koniunkcja. Oznacza to, że dla zarządzenia łącznego rozpoznania odwołań wystarczającym będzie, że zostaną one wniesione w tym samym postępowaniu, a jeżeli będą dotyczyć takich samych czynności danego zamawiającego to nawet nie muszą być wniesione w tym samym postępowaniu.

Nie uległ zmianie określony ustawowo termin instrukcyjny, w którym Izba powinna rozpoznać odwołanie i wynosi 15 dni od dnia doręczenia odwołania Prezesowi Izby. Nie zostały też zmienione podstawy do odrzucenia odwołania, z wyjątkiem usunięcia przepisu nakazującego odrzucić odwołanie w przypadku, gdy nie zostało poprzedzone protestem, co jest oczywiste wobec zniesienia tej instytucji.

IX. ROZSTRZYGNIĘCIA IZBY W RAZIE UWZGLĘDNIENIA ODWOŁANIA

Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Poczynione w tym względzie ustalenie obliguje Izbę, w zależności od okoliczności danego postępowania, do:

1. nakazania wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta, albo

2. jeżeli umowa została zawarta, a jednocześnie doszło do kwalifikowanego naruszenia ustawy skutkującego unieważnialnością umowy w sprawie zamówienia publicznego:

   a. unieważnienia umowy, albo

   b. w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot spełnionych świadczeń – unieważnienia umowy wyłącznie w zakresie zobowiązań niewykonanych z jednoczesnym nałożeniem kary finansowej, albo

   c. jeżeli utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym – orzeczenia o skróceniu czasu obowiązywania umowy albo o nałożeniu kary finansowej.

3. stwierdzenia naruszenia przepisów – jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie.

X. KARA FINANSOWA

Ustawą nowelizującą wprowadzono nową instytucję prawną w postaci kary finansowej nakładanej przez Krajową Izbę Odwoławczą (sąd okręgowy).

Kara finansowa nakładana jest w dwóch wysokościach – do 10% i do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Kara finansowa w wysokości do 10% wynagrodzenia wykonawcy stanowi karę alternatywną wobec unieważnienia umowy. Dlatego też Izba (sąd) nakłada ją będzie wyłącznie w sytuacji, gdy:

- odwołanie zostało uwzględnione, oraz

- zamawiający zawarł umowę w okolicznościach stanowiących kwalifikowane naruszenie przepisów ustawy Pzp skutkujące unieważnialnością umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp).

Kara finansowa jako alternatywa wobec unieważnienia umowy nakładana jest wyłącznie wówczas, gdy:

- umowa zostaje unieważniona w zakresie zobowiązań niewykonanych, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Pzp),

- jeżeli utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym, a nie orzeczono o skróceniu okresu jej obowiązywania (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp).

Przy ustaleniu wymiaru kary Izba bierze pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest nakładana oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy.

Kara finansowa w wysokości 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie nakładana jest obligatoryjnie w przypadku, gdy zamawiający naruszy zakaz zawarcia umowy przed upływem okresu zawieszenia (standstill) określonym w art. 94 ust. 1 i 2 oraz art. 183 ust. 1 ustawy Pzp nie połączony z naruszeniem innego przepisu ustawy. W praktyce zatem KIO jest zobligowana do nałożenia kary finansowej w przypadku, gdy stwierdzi, iż zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania terminów określonych w art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo iż odwołanie wykonawcy nie będzie zasługiwało na uwzględnienie.

Przy ustaleniu wysokości kary KIO (sąd) weźmie pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

Instytucji kary finansowej nakładanej orzeczeniem przez KIO nie należy utożsamiać z karą pieniężną nakładaną przez Prezesa UZP w drodze decyzji administracyjnej. Poza samym trybem nałożenia kary obie te instytucje w sposób zasadniczy różnią się przesłankami. W przypadku, kiedy Prezes UZP stwierdzi, że w związku z tym samym naruszeniem KIO lub sąd okręgowy nałożyli karę na zamawiającego sam już kary nie nakłada (art. 202 ust. 1a ustawy Pzp).

Zamawiający, na którego została nałożona kara finansowa ma obowiązek jej uiszczenia w terminie 30 dni od uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu. Orzeczenie Izby staje się prawomocne z chwilą upływu terminu do wniesienia skargi, gdy jej nie wniesiono lub wydania przez sąd – w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby – wyroku oddalającego skargę. Wyrok sądu jest prawomocny z dniem jego wydania. Jeżeli kara nie zostanie uiszczona w ww. terminie podlega ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, przy czym nie pobiera się odsetek od kary uiszczonej nieterminowo.

XI. SKUTKI OGŁOSZENIA ORZECZENIA KIO

Dotychczas KIO ogłaszając orzeczenie odczytywała sentencję oraz uzasadnienie. Stosownie do zmian wprowadzonych nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009r. KIO po ogłoszeniu orzeczenia podaje jedynie ustne motywy rozstrzygnięcia, a nie całe uzasadnienie rozstrzygnięcia. Uzasadnienie jest natomiast sporządzane z urzędu w terminie trzech dni od ogłoszenia orzeczenia. W tym też terminie stronom, uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom wysyła się odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem.

Doniosłe znaczenie ma jednak samo ogłoszenie przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, z tą chwilą bowiem ustawa Pzp łączy zakończenie okresu standstill, a tym samym przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ogłoszenie orzeczenia wydanego na posiedzeniu z udziałem stron albo rozprawie następuje w dniu, w którym zakończono posiedzenie lub zamknięto rozprawę, chyba że KIO odroczy ogłoszenie orzeczenia. Ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie KIO. Dodatkowo informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej UZP.

Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy, a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, to w sytuacji gdy sąd okręgowy, odmiennie niż KIO, stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp skutkujących unieważnialnością umowy, uchylając wyrok KIO i uwzględniając odwołanie sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zawarcie umowy po upływie okresu standstill należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie (por. art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp). W takiej sytuacji orzeczenie sądu może natomiast stanowić podstawę do dochodzenia przez odwołującego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

I. Obowiązujący przepis art. 90 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp", odnoszący się do rażąco niskiej ceny ma swoje źródło w art. 55 dyrektywy z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114),* dalej „dyrektywa klasyczna".

Zgodnie z brzmieniem art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej szczegółowe elementy oferty, które zamawiający uważa za istotne, w kontekście wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, mogą dotyczyć głównie: ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług; technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent w celu realizacji robót budowlanych; oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta; zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane; możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwowej.

Katalog okoliczności badanych przez zamawiającego, wymieniony w art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, determinujących wysokość zaproponowanej przez wykonawcę ceny ma charakter otwarty, co tym samym pozwala na analizowanie ceny ofertowej także w odniesieniu do innych czynników, które w mogą wpływać na wysokość oferowanej ceny.

II. Podobne rozwiązanie funkcjonuje na gruncie prawa krajowego. W przypadku, gdy oferta wykonawcy wydaje się zawierać rażąco niską cenę, zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadza procedurę, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty. W tym celu zamawiający zwraca się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień dotyczących uzasadnienia poziomu ceny oferowanej przez tego wykonawcę. W toku oceny wyjaśnień zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę nie tylko wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (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 oferty, które wskaże wykonawca, jeżeli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji.

Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien zatem wyjaśnić, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona. W tym celu zalecane jest by zamawiający zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia wskazał na konieczność przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwia zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje sankcję odrzucenia oferty w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ decyzja podejmowana przez zamawiającego o odrzuceniu oferty powinna być poprzedzona żądaniem od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może nastąpić tylko po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający powinien zatem mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pełni wiedzy umożliwiającej mu podjęcie decyzji co do istnienia podstaw (bądź ich braku) do odrzucenia oferty stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

III. Problematyka dotycząca możliwości wielokrotnego wzywania przez zamawiającego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę uregulowana jest, tak na gruncie prawa europejskiego jak i w ustawie Pzp, w sposób jednoznaczny. Stosownie bowiem do treści art. 55 ust. 1 dyrektywy klasycznej, zamawiający w przypadku, gdy oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Dokonując wykładni powyższych przepisów należy wziąć również pod uwagę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody. Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot „konsultacje", uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny" nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, iż zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 ustawy Pzp, jak i art. 55 dyrektywy klasycznej jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając bowiem konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty.

Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną".

Reasumując, w celu podjęcia decyzji co do braku bądź istnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie powziął w związku z zaproponowaną przez wykonawcę ceną, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień.

Dopuszczalność wprowadzania zmian do programu funkcjonalno-użytkowego w trakcie realizacji robót budowlanych

I. Stosownie do treści art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.", program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy, z definicji ustawowej, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakie zamawiający chciałby uzyskać w wyniku realizacji robót. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, co do zasady powinny pozostać w gestii wykonawcy. Ponieważ program funkcjonalno-użytkowy nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania, dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę w sposób ostateczny i wiążący dookreśla wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego weryfikując niekiedy poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym, stąd może powstać potrzeba korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym.

II. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zastosowanie znajdą przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło, a w szczególności art. 632 § 1 k.c. regulujący wynagrodzenie wykonawcy dzieła. Zgodnie z tym przepisem w przypadku ustalenia przez wykonawcę wynagrodzenia ryczałtowego na zbyt niskim poziomie, nie może się on domagać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Na możliwość analogicznego stosowania przepisów dotyczących wynagrodzenia ryczałtowego do umowy o roboty budowlane wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r. (sygn. akt IV CKN 70/00, OSN 2001/1/09), a także w uchwale z dnia 29 września 2009 r. (sygn. akt III CZP 41/09, Biul. SN 2009/9/8).

Wykonawca kalkuluje cenę ofertową biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony programem funkcjonalno-użytkowym, w tym m.in. z uwzględnieniem wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów (§ 19 pkt 4b ww. rozporządzenia). Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Opracowana przez wykonawcę w następstwie uzyskania zamówienia dokumentacja projektowa nie stanowiła podstawy opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a zawarte w niej konkretne rozwiązania szczegółowe nie były objęte przedmiotem oferty wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiany w dokumentacji projektowej sporządzonej przez wykonawcę, nanoszone w trakcie realizacji umowy, nie stanowią zatem zmiany tej umowy, o ile nie naruszają założeń stanowiących podstawę do opisu przedmiotu zamówienia w programie funkcjonalno - użytkowym.

III. Zmiana umowy na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalna, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W odniesieniu do kontraktu typu „zaprojektuj i wybuduj" zmiana umowy, w tym zmiana istotna, może zatem dotyczyć zmian w stosunku do założeń programu funkcjonalno-użytkowego. Każdorazowo to, czy dochodzi do zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, uzależnione jest więc od postanowień umowy i określenia w jakich okolicznościach

i pod jakimi warunkami umowa przewiduje zmianę sposobu jej realizacji w stosunku do założeń programu funkcjonalno-użytkowego. Przepisy ustawy Pzp nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Powyższemu sprzeciwia się bowiem treść art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, iż zamawiający musi określić przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem warunków takiej zmiany.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kontekście zmiany nominalnej wartości kontraktu

Zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi rodzaj kaucji przekazywanej przez wykonawcę (jako dłużnika) zamawiającemu (jako wierzycielowi) celem ewentualnego zabezpieczenia roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. Wskazać przy tym należy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 150 ust. 4 ustawy Pzp. Z istoty instytucji zabezpieczenia wynika bowiem, iż na jego podstawie zamawiający podpisując umowę z wykonawcą ma pewność, iż w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest ustalane jako określony procent ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 150 ust. 1 ustawy Pzp).

Ustawodawca w sposób precyzyjny określa również dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia posługując się widełkami procentowymi (od 2–10%) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z brzmienia ww. przepisów wynika więc, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienie do żądania podwyższenia zabezpieczenia (np. brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia), jak również środków prawnych, które pozwalałyby wykonawcy domagać się zmniejszenia ww. kwoty, w przypadku zmniejszenia nominalnej wartości kontraktu. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że zarówno w przypadku podwyższenia wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również w sytuacji zmniejszenia tej wartości, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia w pierwszej ww. sytuacji – przez zamawiającego – żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy lub – w przypadku drugim – przez wykonawcę żądania zwrotu części zabezpieczenia, o którą obniżono wynagrodzenie. Powyższe nie stoi jednak na przeszkodzie odmiennemu uregulowaniu ww. kwestii w umowie, pod warunkiem, że dokonanie zmiany nie spowoduje ustalenia zabezpieczenia w granicach innych niż 2–10% ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy (pod warunkiem, że mechanizm zmian w tym zakresie był uprzednio znany wszystkim podmiotom ubiegającym się o dane zamówienie publiczne, co gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania).

Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

I. Stosownie do postanowienia art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ponadto w myśl postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż do oceny zasad reprezentacji spółek cywilnych należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego (art. 866 w zw. z art. 875).

W tym zakresie należy wskazać, iż brak jest dostatecznych podstaw jurydycznych do przyjęcia stanowiska, że zasady reprezentacji spółki cywilnej określone w przepisach Kodeksu cywilnego zostały wyłączone przez przepis art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Jakkolwiek w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej udział spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowany jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak na gruncie ustawy Pzp nie istnieje potrzeba odrębnego uregulowania zasad reprezentacji spółki cywilnej, te bowiem wynikają już z przepisów Kodeksu cywilnego. Potrzeba taka dotyczy natomiast przypadków, w których o udzielenie zamówienia publicznego ubiegają się samodzielne podmioty działające łącznie np. jako konsorcjum. W odniesieniu do tych przypadków brak jest bowiem uregulowań prawnych określających zasady wzajemnej reprezentacji wykonawców. W takich właśnie przypadkach znajduje zastosowanie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje ustanowienie pełnomocnika do wspólnego reprezentowania wykonawców. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pomiędzy art. 23 ust. 2 ustawy Pzp i art. 866 k.c. nie zachodzi relacja lex specialis derogat legi generali.

II. Stosownie do postanowienia art. 866 k.c. w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Uprawnienie do prowadzenia spraw spółki reguluje natomiast art. 865 k.c. W myśl postanowień tego przepisu każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki (§ 1). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. Jeżeli jednak przed zakończeniem takiej sprawy chociażby jeden z pozostałych wspólników sprzeciwi się jej prowadzeniu, potrzebna jest uchwała wspólników (§ 2). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników wykonać czynność nagłą, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty (§ 3).

Wskazując na powyższe uregulowania należy stwierdzić, iż ustawowa (kodeksowa) zasada reprezentacji spółki cywilnej ma charakter dyspozytywny i może być modyfikowana wolą samych wspólników spółki cywilnej. Według zaś ustawowej zasady reprezentacji każdy wspólnik spółki cywilnej jest uprawniony do reprezentacji spółki w sprawach zwykłego zarządu, o ile nie ma sprzeciwu innego wspólnika, a także w sprawach nagłych. W sprawach przekraczających zwykły zarząd niezbędne jest działanie wszystkich wspólników łącznie. Zasada ta podlega ograniczeniu, jeżeli umowa spółki lub uchwała wspólników wprowadza szczególne, odmienne postanowienia w tym zakresie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2012 r., V ACa 412/12).

Kluczowe znaczenie dla oceny właściwej reprezentacji spółki cywilnej ma zatem ustalenie, po pierwsze, czy umowa lub uchwała wspólników reguluje w sposób szczególny zasady reprezentacji spółki w stosunku do zasad kodeksowych, a po drugie, czy dana sprawa wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu. W świetle reguł kodeksowych ustalenie, że dana czynność wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu oznacza, że każdy ze wspólników jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki (np. złożenia oferty). To, jakie czynności wchodzą w zakres zwykłego zarządu, zależy jednak od okoliczności konkretnego przypadku, a mianowicie, czy są to czynności o charakterze bieżącym, zwykle podejmowane w dążeniu do uzyskania wspólnego celu gospodarczego, czy też mają charakter wyjątkowy, istotnie wpływający na prawa lub obowiązki wspólników (por. ww. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach).

III. Kwestia daty dokumentu pełnomocnictwa nie ma decydującego znaczenia dla oceny skuteczności działania wspólnika (por. na gruncie pełnomocnictwa procesowego uchwała SN z dnia 16 marca 2006 r., III SZ 1/06, Lex nr 257633). Kluczowe znaczenie ma bowiem ustalenie czy działający wspólnik był umocowany w dacie złożenia oferty do samodzielnego działania w imieniu spółki.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwzględnieniem postępowań, w których zamawiający stosuje prawo opcji

Zgodnie z art. 86 ust. 3 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.)*, zwana dalej „ustawą Pzp", bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wartość szacunkowa wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, jest wartością netto, podczas gdy kwota podawana przed otwarciem ofert stanowi kwotę brutto i powinna odpowiadać rzeczywistej kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na wydatkowanie, celem wykonania danego zamówienia, a więc uwzględniającej należne z tego tytułu opłaty i podatki, wzrost wynagrodzenia należnego z tytułu rozliczenia kosztorysowego itp. Podana przez zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wiąże zamawiającego w tym sensie, że stanowi punkt odniesienia dla stwierdzenia, czy istnieją podstawy do unieważnienia postępowania ze względu na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (arg. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Jak słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza *„(...) podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, posiada charakter gwarancyjny – ma chronić wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy."* (por. wyrok z dnia 22 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1693/11). Skutkiem podania przez zamawiającego do publicznej wiadomości wysokości kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, jest obowiązek unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Kwestia szacowania wartości zamówienia w przypadku zamówień uwzględniających prawo opcji jest regulowana art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że zamawiający, który przewiduje zastosowanie prawa opcji jest zobligowany do ustalenia wartości zamówienia na maksymalnym poziomie, uwzględniającym łącznie wartość zamówienia gwarantowanego, jak również wartość tego zakresu zamówienia, który jest objęty prawem opcji – przy jednoczesnym zachowaniu generalnej zasady ustalania szacunkowej wartości zamówienia, uregulowanej w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Na tym tle, w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem prawa opcji, rodzi się pytanie, czy kwota podawana przez zamawiającego przed otwarciem ofert musi odpowiadać wartości całego zamówienia, a więc włącznie z prawem opcji czy też zamawiający podaje do publicznej wiadomości tylko kwotę, jaką przeznacza na sfinansowanie gwarantowanej części zamówienia, bez odnoszenia się do wartości objętej prawem opcji.

W celu wyjaśnienia wzajemnej relacji przepisów art. 86 ust. 3 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w kontekście powyższego zagadnienia, uzasadnione jest przyjęcie wykładni, zgodnie z którą podawana do publicznej wiadomości przy otwarciu ofert kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna odnosić się wyłącznie do wartości tych środków, które są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Tylko podawana przez zamawiającego kwota zamówienia gwarantowanego będzie zatem punktem odniesienia do ewentualnego zastosowania przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Analogiczny mechanizm działa przy podawaniu przez zamawiających kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w postępowaniu podzielonym na części, tj. podawane są kwoty odnoszące się do finansowania konkretnej części zamówienia, której dotyczy postępowanie o udzielenie zamówienia, i tylko te kwoty, nie zaś globalna wartość wszystkich części, jest ustalana jako punkt odniesienia do ewentualnego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Celem zastosowania instytucji prawa opcji nie jest zobowiązanie zamawiającego do wydatkowania w przyszłości środków przeznaczonych na opcję, poprzez zamrożenie w jego budżecie kwot przezna-

czonych na ten cel, ale stworzenie możliwości udzielenia w przyszłości zamówienia publicznego w szerszym, przewidzianym w umowie zakresie, przy uwzględnieniu okoliczności, że będzie to nadal zgodne z jego potrzebami, jak i możliwością poniesienia wydatków na sfinansowanie zakresu zamówienia objętego opcją. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne [Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2287/11, KIO 2339/11) wskazała, że *„(...) prawo opcji zostało ukształtowane przez ekonomistów i jest ono prawem do dokonania pewnej transakcji w danym czasie po określonej cenie – jest ono zatem instrumentem umożliwiającym nabywcy, w tym przypadku zamawiającemu, prawo, lecz nie obowiązek, żądania od zobowiązanego, w tym przypadku wykonawcy, spełnienia określonego świadczenia, na które opiewa opcja za określonym z góry wynagrodzeniem."*]. Zatem w sytuacji, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia gwarantowanego, zamawiający jest zobligowany do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Charakter prawny listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz konsekwencje nieuzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp

I. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W celu uzyskania przez zamawiającego informacji pozwalających na dokonanie oceny, czy w okolicznościach faktycznych konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do określonego wykonawcy może zachodzić podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne zostali ustawowo zobowiązani do złożenia, wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentu w postaci listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, bądź dokumentu w postaci informacji o braku przynależności do takiej grupy (art. 26 ust. 2d ustawy Pzp). Ze względu na treść ww. dokumentów oraz okoliczności ich składania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można im przypisać charakter oświadczeń wiedzy wykonawcy lub odpowiednio oświadczeń wykonawcy. Z uwagi na fakt, iż obowiązek składania ww. oświadczeń wynika wprost z ustawy, nie jest zaś uwarunkowany decyzją zamawiającego, dokumentom tym nie można im przypisać statusu oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji oznacza, że nie są one objęte treścią *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.)*.

O autonomicznym charakterze oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp – na tle oświadczeń, do których żądania zamawiający jest uprawniony w oparciu o art. 26 ust. 1 lub art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – świadczy również redakcja przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, który stanowi, że „art. 26 ust. 3 i 4 stosuje się". Brzmienie przepisu z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wskazuje, iż oświadczeń składanych na okoliczność weryfikacji wykonawców w świetle normy z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie można zaliczyć do kategorii oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku zbędna byłaby regulacja art. 26 ust. 2d ustawy Pzp i nakazanie tym przepisem odpowiedniego stosowania przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, dotyczących wzywania wykonawców do uzupełniania oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25

ust. 1 ustawy Pzp, oraz wyjaśniania treści złożonych dokumentów. O odrębności regulacji odnoszącej się do dokumentów dotyczących powiązań kapitałowych świadczyć może również inny tryb dotyczący postępowania zamawiającego z tymi dokumentami określony w art. 24b ustawy Pzp, jak i odrębne uregulowanie podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określone w art. 24b ust. 3 ustawy Pzp.

II. Stosownie do treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Autonomiczny charakter oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp powoduje, że art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie ma zastosowania w odniesieniu do sytuacji braku ich uzupełnienia przez wykonawcę na żądanie zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp. Tym samym, brak jest podstaw do zatrzymywania przez zamawiającego w ww. okolicznościach wadium, albowiem przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp odnosi się jedynie do sytuacji braku złożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Konsekwencje braku złożenia (uzupełnienia) listy lub informacji na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, określa natomiast, jak zostało wskazane wyżej, odrębnie norma z art. 24b ust. 3 ustawy Pzp.

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 (rejestru) biegłych (rzeczoznawców), przy czym w odniesieniu do takich osób prze-

pisy 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.

Jednak, jeżeli zamawiający nabywa usługi ekspertów (biegłych) wprawdzie 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 30 000 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.