



Urząd
Zamówień
Publicznych

**Opinie prawne dotyczące
Ustawy Prawo zamówień publicznych
po nowelizacji**

**Opinie prawne dotyczące
Ustawy Prawo zamówień publicznych
po nowelizacji**

Warszawa 2016 r.

Skład, łamanie i druk:

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

Wydział Poligrafii

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 978-83-88686-44-3

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2016 r.

SPIS TREŚCI

Zakres podmiotowy i przedmiotowy stosowania ustawy Pzp	5
Czynności zamawiającego przed wszczęciem postępowania	7
Kwalifikacja podmiotowa wykonawców	9
Procedura uregulowana w art. 24aa ustawy Pzp, tzw. „procedura odwrócona”.	20
Usługi społeczne i inne szczególne usługi	22
Podział zamówienia na części	25
Badanie i ocena ofert.	26
Środki ochrony prawnej.	28
Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego	30
Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp	32
Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji	38
Zamówienia dodatkowe i zamówienia uzupełniające w przepisach przejściowych	45
Wyłączenie stosowania ustawy na zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych	50
Moment powstania obowiązku podatkowego dla usług budowlanych lub budowlano-montażowych	53

ZAKRES PODMIOTOWY I PRZEDMIOTOWY STOSOWANIA USTAWY PZP

Jak należy interpretować nowe brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp?

Nowelizacja ustawy Pzp dokonała kilku nieznacznych zmian redakcyjnych w brzmieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż adresatem normy zawartej w tym przepisie są podmioty inne niż podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, a nie jak było dotychczas podmioty wskazane w pkt 1–2. Zmiana ta miała na celu usunięcie wątpliwości zamawiających dotyczących podstawy prawnej ciężącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i eliminację sytuacji, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy (tak art. 3 ust. 1 pkt 5 jak i art. 3 ust. 1 pkt 3 czy pkt 4). Znowelizowany art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zawiera wyliczenie okoliczności wskazujących na obowiązek stosowania przez określony podmiot przepisów ustawy Pzp. Nowelizacja ustawy Pzp nie zawiera już (jak było to dotychczas) przed przywołanym wyliczeniem okoliczności określenia „łącznie”. Zmiana w tym zakresie miała na celu maksymalne zbliżenie kształtu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 do art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, którego transpozycję stanowi. Dla ustalenia obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest, tak jak to było dotychczas, jednoczesne (łącznie) spełnienie, w odniesieniu do udzielanego zamówienia, wszystkich trzech przesłanek, tj. ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, 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. Powyższe rozumienie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdza również wprowadzenie do tego przepisu wskazujące na konieczność zaistnienia „następujących okoliczności”, a więc wszystkich wskazanych w lit. a) do c) tego przepisu.

Nowelizacja ustawy Pzp nadała również nowe brzmienie ostatniej przesłance zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a to poprzez dodanie w treści lit. c) przepisu odesłania do załącznika II do dyrektywy 2014/24/UE. Wskazany załącznik zawiera wyszczególnienie robót budowlanych w zakresie inżynierii lądowej i wodnej z podziałami na grupy i klasy wraz z komentarzem (grupa 45.2 obejmująca m. in. budowę dróg wodnych, portów i obiektów nadrzecznych, przystani jachtowych (marin), śluz, zapór wodnych i kanałów, pogłębianie, prace podwodne, budowę mostów, wiaduktów, tuneli i przejść podziemnych, budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, pomocniczych obiektów miejskich).

Jak należy interpretować wyłączenie zastosowania przepisów ustawy Pzp określone w art. 4 pkt 5c lit a ustawy Pzp?

Art. 4 pkt 5c lit. a i b ustawy Pzp wskazuje na wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp, do udzielania zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji dokumentów publicznych i ich personalizacji, a także druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Przywołane wyłączenie przedmiotowe stosowania przepisów ustawy Pzp należy – jak każde inne wyłączenie obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu określonych zamówień – interpretować w sposób ścisły. Wyłączeniem tym objęte są wyłącznie dokumenty, których zamknięty katalog określony został w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 lipca

2016 r. w sprawie wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2016 r., poz. 1089) wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 4aa ustawy Pzp.

Wykaz dokumentów określony w w/w przepisach ma charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że w świetle przywołanego rozporządzenia w odniesieniu do innych dokumentów niewymienionych w § 2 lub 3 tego rozporządzenia wyłączenie przedmiotowe stosowania ustawy Pzp nie dotyczy.

CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO PRZED WSZCZĘCIEM POSTĘPOWANIA

Czy plany postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dotyczą zamówień o wartości poniżej 30 tys. euro?

Art. 13a ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, oraz ich związki, nie później niż 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ sporządzają plany postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym oraz zamieszczają je na stronie internetowej. Zgodnie z treścią art. 13a ust. 3 ustawy Pzp zamawiający, inni niż wymienieni w ust. 1, mogą zamieszczać na stronie internetowej plany postępowań o udzielenie zamówień. Przywołane przepisy ustawy Pzp mówią o planach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a nie o planach zamówień publicznych (jak pierwotnie projektowana regulacja). W świetle powyższego publikacja wskazanych planów dotyczy wyłącznie zamówień, w odniesieniu do których zamawiający mają obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Do tego rodzaju zamówień nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp dotyczące prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym przyjąć należy, że zamawiający, o których mowa w art. 13a ust. 1 ustawy Pzp, nie są zobowiązani do wykazywania w planach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamówień poniżej progu bagatelności, jak również zamówień, które są wyłączone z obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z art. 14 nowelizacji Pzp obowiązek zamieszczania planów postępowań o udzielenie zamówień publicznych na stronie internetowej ma zastosowanie po raz pierwszy do planów sporządzanych na 2017 r.

Gdzie powinny być określone zasady powołania zespołu, o którym mowa w art. 20a ustawy Pzp i czy zespół ten może być powoływany w zamówieniach o mniejszej wartości?

Art. 20a ustawy Pzp reguluje nową w przepisach Pzp instytucję tzw. „zespołu” (w projektowanych przepisach zwanego „zespołem projektowym”). Instytucja ta w założeniach ustawodawcy ma służyć kontroli prawidłowości i efektywności realizacji zamówienia po zawarciu umowy. Ustawodawca przewidział, że osoby, które odpowiadają za prowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego, w szczególności poprzez udział członków zespołu w komisji przetargowej w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi o wartości równej lub przekraczającej wartość 1 000 000 euro, będą uczestniczyły i czuwały nad realizacją udzielonego zamówienia. Uwzględniając powyższe, obowiązek powołania takiego zespołu istnieje w zamówieniach o ww. wartościach. Tym samym w zamówieniach poniżej tej wartości zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, powołania takiego zespołu. Jedyne zasady funkcjonowania takiego zespołu zostały określone w przywołanym art. 20aa ustawy Pzp w czterech jego ustępach. Uwzględniając okoliczność, że przywołany przepis wiąże zasadniczo prace takiego zespołu z pracą komisji przetargowej, szczegółowe uregulowanie zasad funkcjonowania takiego zespołu – jego powoływania, trybu pracy, odpowiedzialności poszczególnych osób i inne istotne kwestie związane z jego działalnością, powinno być uregulowane w opracowywanych przez kierowników zamawiającego – w oparciu o dyspozycję art. 21 ust. 3 ustawy Pzp – regulaminach pracy komisji przetargowej lub wewnętrznych regulaminach udzielania zamówienia publicznych albo innych wewnętrznych procedurach obowiązujących w danej jednostce zamawiającego w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości dotyczących funkcjonowania takiego zespołu, a także przejrzystości jego działania.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że ustawodawca w przepisach przejściowych do nowelizacji ustawy Pzp przewidział dłuższy okres *vacatio legis* dla wskazanego przepisu (art. 20a ustawy Pzp), określając, że wchodzi on w życie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia ustawy, co pozwoli zamawiającym na dostosowanie swoich wewnętrznych procedur udzielania zamówień do tej regulacji ustawowej.

KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW

Kiedy zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp? Czy następuje to po formalnym wyborze oferty najkorzystniejszej i poinformowaniu o tej czynności wykonawców?

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (zamówienia równe lub powyżej wartości progów UE) zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (zamówienia poniżej progów UE) zamawiający może wystosować w/w wezwanie.

Zamawiający dokonuje zatem weryfikacji pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyżej pozycji w rankingu ofert. Należy przy tym rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której zamawiający informuje pozostałych wykonawców, stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający wzywa do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania po dokonanej ocenie ofert, ale przed formalnym poinformowaniem wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp?

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane – w zamówieniach powyżej progów UE – na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE – w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.

Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego. Czym innym jest natomiast złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie konkretnego warunku udziału w postępowaniu (np. wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci) oraz brak podstaw do

wykluczenia z postępowania (np. niekaralność członka zarządu podmiotu trzeciego) co do oceny udostępnionego wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego. Dokumenty te będą żądane przez zamawiającego od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ewentualnie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Czym różni się wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 2 od procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a ustawy Pzp?

Przepisy art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek (w przypadku zamówień równych lub powyżej wartości progów UE) lub nadają mu uprawnienie (w przypadku zamówień poniżej progów UE) żądania od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazany obowiązek lub odpowiednio uprawnienie zamawiającego aktualizuje się, co do zasady, po dokonaniu oceny ofert, tym samym określeniu, która z ofert jest najwyżej oceniona (uzyskała najwyższą pozycję w rankingu ofert).

Z kolei art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis powyższy dotyczy zatem sytuacji, w której wykonawca pomimo obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów, wynikających z ustawy Pzp, lub wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 i 2 ustawy Pzp, nie złożył powyższych oświadczeń lub dokumentów albo złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Natomiast wezwanie przewidziane w art. 26 ust. 3a ustawy Pzp dotyczy braku złożenia lub złożenia wadliwego dokumentu pełnomocnictwa, a nie oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazują zatem na żądanie przez zamawiającego złożenia oświadczeń lub dokumentów, zaś art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp wskazuje na żądanie uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Czy zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku gdy jednolity europejski dokument zamówienia zawiera błędy w zakresie niewymaganym przez zamawiającego?

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 (także na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zamówieniach o wartości równej lub przekraczającej wartość progów UE), lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp powinno zawierać jedynie informacje w zakresie wskazanym przez zamawiającego i tylko w tym obszarze pozostaje w kręgu zainteresowań zamawiającego. Tym samym zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania od wyko-

nawcy uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia w zakresie przez siebie niewymaganym, jeśli informacje zawarte w oświadczeniu wykonawcy są błędne czy niekompletne.

Tym samym ewentualne dodatkowe elementy oświadczenia, niemające znaczenia dla określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy braku podstaw do wykluczenia, nie powinny mieć znaczenia dla zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Czy zamawiający może wezwać o dokumenty podmiotowe kolejnego wykonawcę, jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej po wezwaniu, nie odpowiedział na nie lub nie przedstawił wymaganych dokumentów?

Na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia o wartości równej lub powyżej progów UE, wzywa, a w przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE, może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłożył wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Trzeba pamiętać, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, ma charakter jednorazowy. Natomiast dopiero po zastosowaniu ww. procedury, jeżeli wykonawca ten nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, do przedłożenia stosownych dokumentów.

Jak należy interpretować przesłankę wymienioną w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, o jakie porozumienie chodzi – czy tylko porozumienie w tym postępowaniu, czy także w innym postępowaniu, w którym doszło do zawarcia takiego porozumienia ?

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przepis ten odnosi się do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zarówno takich, które zostały zawarte w postępowaniu, w którym jest składana oferta (wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), jak również tych, które zostały zawarte w innym postępowaniu (prowadzonym przez tego samego lub innego zamawiającego). W świetle art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp możliwość wykluczenia wykonawcy z ww. powodów istnieje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że wykazanie zaistnienia tej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania ciąży na zamawiającym.

W dotychczasowym stanie prawnym możliwość eliminacji z postępowania wykonawców, którzy zawierali niedozwolone porozumienie naruszające konkurencję, dawał jedynie art. 89 ust. 1 pkt 3

ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty w oparciu o wymieniony przepis jest możliwe w konkretnym momencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na etapie oceny ofert. W przypadku natomiast art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp zastosowanie znajdzie na każdym etapie postępowania, z uwagi na to, że badanie podstaw wykluczenia wykonawcy możliwe jest przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w przypadku zamówień wieloetapowych, w których wykonawcy najpierw składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę. Zamawiający może w tym przypadku wyeliminować wykonawcę z postępowania jeszcze przed złożeniem przez niego oferty, co dotychczas nie było możliwe na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, w odróżnieniu od art. 89 ust. 1 pkt 3, przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp odnosi się również do porozumień zawieranych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego aniżeli to, w którym prowadzona jest procedura udzielenia zamówienia.

Podstawą wykluczenia z postępowania w oparciu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp może być z pewnością decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o stwierdzeniu zmowy przetargowej, ale również w określonych sytuacjach wyrok sądu powszechnego lub Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzający istnienie takiego nieuprawnionego porozumienia.

Czy zamawiający w postępowaniu, w którym złożono tylko jedną ofertę, ma obowiązek wezwać do złożenia oświadczenia wykonawcę, który nie złożył oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej?

W świetle art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek przekazać zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23) w terminie 3 dni odpowiednio od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższy przepis stosuje się w połączeniu z normą wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, który to przepis nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Obydwa ww. przepisy mają na celu przeciwdziałać naruszaniu zasady uczciwej konkurencji poprzez składanie kilku ofert / ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez podmioty dzielące jeden ośrodek decyzyjny (w ramach grupy kapitałowej) w tym samym postępowaniu (w tej samej części zamówienia). Art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku złożenia przynajmniej dwóch takich ofert, co oznacza, że nie daje on podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku gdy złożono tylko jedną ofertę. Tym samym, w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono tylko jedną ofertę (w ramach tej samej części zamówienia złożono jedną ofertę częściową), nie mamy do czynienia z naruszaniem zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez udział co najmniej podmiotów funkcjonujących w ramach jednej grupy kapitałowej. Brak oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej nie może w takim przypadku nawet potencjalnie wpłynąć na konkurencję w postępowaniu, a co za tym idzie nie wywołuje dla wykonawcy ujemnych skutków prawnych, nie jest też w tym kontekście dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. W związku z powyższym wezwanie do uzupełnienia takiego oświadczenia w świetle celu, jakim jest przeciwdziałanie zakłóceniu konkurencji w postępowaniu przez grupę kapitałową, staje się również zbędne.

Czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział – w odniesieniu do polskich wykonawców – wyłącznie podmioty wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego?

Definicja legalna wykonawcy określona w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp nie uległa zmianie w wyniku nowelizacji Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, ilekroć w ustawie mowa jest o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powyższego, możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie została uzależniona od wpisu określonego podmiotu do Krajowego Rejestru Sądowego. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się zatem osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Odwołanie w załączniku XI do dyrektywy 2014/24/UE do dokumentu KRS ma jedynie charakter potwierdzający określone kompetencje wykonawcy (np. do jego reprezentacji), na które obok uprawnień wskazuje też art. 22b ust. 1 ustawy Pzp. Wykazy przywołane w ww. załączniku do dyrektywy mogą mieć znaczenie dla weryfikacji stricte uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności przez wykonawcę, ale w odniesieniu do podmiotów zagranicznych, w tych krajach UE, w których są prowadzone takie wykazy i dokumenty wskazane w przywołanym załączniku do dyrektywy klasycznej. Polski KRS nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia dla weryfikacji uprawnień wykonawców do prowadzenia określonego rodzaju działalności, ponieważ nie określa w swej treści zastrzeżonego rodzaju działalności gospodarczej.

Na jakim etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego zamawiający powinien zwracać do składania dokumentów?

W wyniku nowelizacji ustawy Pzp zamawiający, co do zasady, wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie wykonawcę, którego oferta została w toku przeprowadzonego postępowania oceniona jako najkorzystniejsza, tj. uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert (arg. z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Regulacja ta jako zasada ma zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od trybu, w którym przeprowadzane jest postępowanie.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Powyższy przepis stanowi wyjątek od ww. zasady i nabiera szczególnego znaczenia w przypadku postępowań wieloetapowych, takich jak np. przetarg ograniczony.

W postępowaniach wieloetapowych ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia odbywa się na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Następnie zamawiający ocenia oferty złożone przez wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Jeżeli wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, nie potwierdzi (na wezwanie zamawiającego) wymaganymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia, wówczas będzie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jednocześnie, jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest większa niż przewidziana w ogłoszeniu liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (np. 15 wniosków na 10 zapraszanych wykonawców), może dojść do sytuacji, w której do kolejnego etapu nie zostanie zaproszony wykonawca spełniający warunki udziału w postę-

powaniu i niepodlegający wykluczeniu, który uzyskał liczbę punktów plasującą go na 11 pozycji. Taki wykonawca zakwalifikowałby się na tzw. „krótką listę”, gdyby zamawiający zweryfikował wcześniej wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną i w konsekwencji wyeliminowałby go z postępowania. Powyższa sytuacja może skutkować koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, albowiem nie ma możliwości powrótca do wcześniejszego etapu tego postępowania.

W celu zapobiegnięcia ewentualnej konieczności unieważnienia postępowania w przypadku negatywnego wyniku weryfikacji wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyższej, wydaje się uzasadnione, aby zamawiający korzystali z dyspozycji art. 26 ust. 2f ustawy Pzp już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy liczba wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest większa niż liczba wykonawców, którzy zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zostaną zaproszeni do składania ofert.

Czy zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyższej do złożenia odpisu z KRS, czy sam go pozyskuje z ogólnodostępnej bazy KRS?

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw do wykluczenia, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352).

Art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, zwalnia zatem wykonawcę z obowiązku przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów lub oświadczeń, będących w dyspozycji zamawiającego lub takich, które zamawiający może pozyskać z bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

Zamawiający zgodnie z art. 25 ust 1 ustawy Pzp w treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert powinien określić wykaz dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Jednocześnie uwzględniając dyspozycję art. 26 ust. 6 ustawy Pzp powinien wskazać, iż dla potwierdzenia spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu skorzysta z dokumentów znajdujących się w ogólnie dostępnych bazach danych. Realizując dyspozycję art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i wzywając wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, do przedstawienia dokumentów zamawiający nie musi żądać od takiego wykonawcy dokumentów, w takim zakresie, w jakim je posiada lub może samodzielnie pozyskać.

Możliwość pozyskania bezpłatnych dokumentów w postaci elektronicznej, na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w polskim porządku prawnym, dotyczy informacji z Krajowego Rejestru Sądowego (art. 4 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. – o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 687) oraz informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (art. 38 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. – o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r, poz. 584 ze zm.)). Zgodnie z § 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) wykonawca powinien wskazać zamawiającemu na ogólnie dostępne, i elektronicznie prowadzone bazy z których zamawiający bezpłatnie może pozyskać określone dokumenty potwierdzające sytuację podmiotową wykonawcy. Powyższe w szczególności dotyczy wykonawców zagranicznych.

W stosunku do jakich osób/podmiotów należy składać zaświadczenie o niekaralności zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp?

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawnomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13 ustawy. Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, na podstawie § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), przedstawia zamawiającemu aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego.

Obowiązek przedłożenia informacji o niekaralności na podstawie ww. przepisu, aktualizuje się zatem wyłącznie w stosunku do osób fizycznych prowadzących sprawy tych osób prawnych zasiadających w organach zarządzających a także w organach nadzorczych tych osób prawnych. Obowiązek ten dotyczy również wspólników w spółkach osobowych, jak i komplementariusza. Dodatkowo obowiązkowi weryfikacji co do niekaralności poddano także prokurentów tych osób prawnych.

W przypadku wykonawcy działającego w formie spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, której komplementariuszem jest osoba prawna obowiązek weryfikacji niekaralności komplementariusza nie będzie przenosił się na osoby zasiadające w organach zarządzających i nadzorczych osoby prawnej będącej komplementariuszem.

W jakiej formie należy składać oświadczenie, dotyczące przynależności do grupy kapitałowej?

Formę oświadczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, (oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej) określa rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Zgodnie z § 14 ust. 1 oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz dotyczące podwykonawców, składane są w oryginale. Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, niezależnie od regulacji ustawowej (art. 24 ust. 11 ustawy Pzp) określone jest w § 5 pkt 10 ww. rozporządzenia. Tym samym, przywołany § 14 ust. 1 rozporządzenia regulujący formę oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnosi się również do oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej.

Jaki charakter ma termin na złożenie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej i jakie są skutki jego niedochowania?

W wyniku nowelizacji ustawy Pzp zmianie uległ sposób wykazywania przez wykonawców braku podstaw do wykluczenia ze względu na przynależność do tej samej grupy kapitałowej. W przepisach obowiązujących przed dniem wejścia w życie nowelizacji, wykonawca był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp do złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 (odpowiednik art. 24 ust. 1 pkt 23 po nowelizacji), albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Po nowelizacji, na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu albo od informacji z otwarcia ofert przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku

przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu oceny czy nie zachodzą określone powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami rzeczywiście konkurującymi o dane zamówienie oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, składane jest dopiero w chwili, gdy składający oświadczenie wie, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do złożenia oferty lub do prowadzenia dialogu (art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1 ustawy Pzp) lub już złożyli oferty (art. 86 ust. 5 ustawy Pzp) w tym samym postępowaniu. Powyższe rozwiązanie wpływa na sprawność badania oświadczeń przez zamawiającego m.in. dlatego, że zwalnia zamawiającego z konieczności badania i porównywania kompletnych list podmiotów należących do grup kapitałowych poszczególnych wykonawców.

Przepis art. 24 ust. 11 ustawy Pzp wskazuje termin o charakterze instrukcyjnym, po upływie którego zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia ww. oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający stosuje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia lub dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, lub gdy są one niekompletne albo budzą jego wątpliwości. Przepisy ustawy nie przewidują szczególnej sankcji za samo niezłożenie oświadczenia, w szczególności w postaci wykluczenia danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast należy wyraźnie podkreślić, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania braku podstawy do wykluczenia określonej w art. 24 pkt 23 ustawy Pzp. Z powodu niezłożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, gdy zamawiający nie ma możliwości ocenić czy nie zachodzi w stosunku do tego wykonawcy przesłanka wykluczenia, określona w art. 24 ust. pkt 23 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania niedochowanie 3 dniowego terminu na złożenie takiego oświadczenia. Termin ten ma charakter instrukcyjny i w przypadku jego niedochowania aktualizuje się podstawa dla zamawiającego skierowania do takiego wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Czy można złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, wraz z ofertą, w sytuacji gdy wykonawca nie należy do żadnej grupy kapitałowej?

Zamawiający powinien przyjąć oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej bądź przynależności do grupy kapitałowej złożone wraz z ofertą, w sytuacji gdy w postępowaniu złożono jedną ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej złożone wraz z ofertą, niezależnie od ilości ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również potwierdza brak podstawy do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy jednak w tym przypadku pamiętać, że jakakolwiek zmiana sytuacji wykonawcy w toku postępowania (włączenie do grupy kapitałowej) będzie powodowała obowiązek aktualizacji takiego oświadczenia po stronie wykonawcy.

Czy w świetle ustawy Pzp i Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, zamawiający prowadząc postępowanie o wartości przekraczającej progi UE powinien żądać wszystkich dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też może porzucić na oświadczeniu w formie jednolitego dokumentu?

Treść art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ma obowiązek żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do

wykluczenia. Obowiązek ten ciąży na zamawiającym w takim zakresie, w jakim określił warunki udziału w postępowaniu, warunki selekcji, a także przesłanki wykluczenia. Przy czym, w świetle art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, wprowadzona została zasada, że zamawiający żąda dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (o ile wskazał i opisał warunki udziału w postępowaniu), wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W przeciwieństwie do powyższego w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca dla zamówień o wartości poniżej progów UE przewidział możliwość żądania takich dokumentów od wykonawcy, a nie obowiązek.

Podkreślenia wymaga, że podstawą do zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp może być jedynie katalog dokumentów i oświadczeń żądanych od wykonawców, określony przez zamawiającego dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jaki skutek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powoduje sytuacja, gdy w stosunku do podwykonawcy realizują się podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?

Zgodnie z regulacjami dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych oraz w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, jak i znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp (art. 25a ust. 5 ustawy Pzp) zamawiający może określić, że będzie dokonywał oceny braku podstaw do wykluczenia wobec podwykonawcy. Przy czym, za podwykonawcę należy uznać podmiot, który będzie realizował określoną część przedmiotu zamówienia za wykonawcę. Powyższe dopuszczalne jest w świetle art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Przewidziana przez zamawiającego ocena braku podstaw do wykluczenia z postępowania podwykonawcy oznacza konieczność przeprowadzenia takiego badania w odniesieniu do podwykonawcy, który jednocześnie nie jest podmiotem trzecim, na którego potencjał wykonawca powołuje się w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Podmiot trzeci, który również będzie musiał być podwykonawcą w określonych sytuacjach (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp) podlega obowiązkowej ocenie pod kątem braku podstaw do wykluczenia z postępowania, niezależnie od tego, czy zamawiający taką ocenę przewidział, czy też nie. Ocena podmiotowa podwykonawcy, który nie jest podmiotem trzecim to szczególna zatem procedura, na którą wedle własnej woli zamawiający może się zdecydować. Ocena taka w postępowaniu jest przeprowadzana w oparciu o wstępne oświadczenie składane wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W zamówieniach o wartości powyżej progów UE oświadczenie to składane jest w formie JEDZ-a wypełnianego przez podwykonawcę, zaś w zamówieniach o wartości poniżej progów UE w formie oświadczenia własnego wykonawcy, w którym zamieszczana jest informacja o podwykonawcach.

Ustalenie przez zamawiającego, iż w stosunku do wskazanego podwykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia oznacza, iż podmiot ten nie może być dalej akceptowany jako potencjalny podwykonawca określonej części zamówienia. Przy czym przepisy ustawy Pzp nie przewidują procedury formalnego wykluczenia takiego podmiotu z postępowania, nie dają również podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z takim podwykonawcą. Skutkiem negatywnej oceny podwykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia może być zatem tylko to, że Zamawiający nie może dopuścić do udziału w realizacji zamówienia takiego podmiotu. W przypadku braku wskazania już w ofercie podwykonawcy, jeżeli zostanie on zgłoszony na etapie realizacji zamówienia, zamawiający powinien dokonać oceny takiego podwykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia.

czenia na tym etapie, oczywiście pod warunkiem, iż przewidział w dokumentacji postępowania możliwość badania podwykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia.

Czy zamawiający jest zobligowany w każdym przypadku do żądania dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego na podstawie art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp?

Stosownie do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp, ocena czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym, jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie publicznego nie bada podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, w stosunku do wykonawcy, nie może zweryfikować w tym zakresie podmiotu trzeciego i żądać przedstawienia przez ten podmiot odpowiednich dokumentów. Analogiczna reguła ma zastosowanie do wszystkich przesłanek dotyczących braku podstaw do wykluczenia – jeśli zamawiający nie żądał w postępowaniu przedłożenia określonych dokumentów podmiotowych od wykonawcy obowiązek ich przedłożenia nie dotyczy także podmiotu trzeciego.

Czy w postępowaniu prowadzonym poniżej progów UE, jeżeli zamawiający nie określa warunków udziału w postępowaniu, to czy w związku z powyższym musi żądać oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp?

W świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie wymagań zamawiającego przez oferowane świadczenia, zamawiający ma obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W przypadku, gdy zamawiający nie formułuje wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie wykonawcy o ich spełnieniu nie stanowi dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania, a tym samym nie ma podstaw do jego żądania. Powyższe nie dotyczy obowiązku złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, które każdorazowo niezależnie od woli zamawiającego podlega badaniu.

Czy w sytuacji, gdy zamawiający nie przewiduje fakultatywnych podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, to czy musi wskazać, ww. podstawy wykluczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia?

Znowelizowane z dniem 28 lipca 2016 r. przepisy wprowadziły do ustawy Pzp dwie kategorie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – przesłanki obligatoryjne wskazane w treści art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz fakultatywne określone dyspozycją art. 24 ust. 5 ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w odniesieniu do którego realizują się przesłanki wykluczenia określone w pkt 1–8 tego przepisu. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, zobowiązany jest wskazać przesłanki wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji (por. art. 24 ust. 6 ustawy Pzp). Przepis art. 24 ust. 5 ustawy Pzp ustanawia zatem katalog dodatkowych przesłanek wykluczenia, które stanowić będą podstawę podmio-

towej weryfikacji wykonawcy, o ile zostaną one wskazane przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Jeśli zamawiający nie decyduje się na dodatkowe badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, nie ma obowiązku wskazywania tych okoliczności w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy bowiem podkreślić, iż ujęcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia tworzy nie tylko uprawnienie do dodatkowej analizy sytuacji wykonawcy ubiegającego się o realizację zamówienia publicznego, ale także nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji informacji o wykonawcy w żądanych zakresie.

Jakie podmioty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poddane są podmiotowej ocenie – spełniania warunków udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) i braku podstaw do wykluczenia?

Przygotowując się do udzielenia zamówienia publicznego należy dokonać wyboru wykonawcy, który podmiotowo warunkuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. W tym celu zamawiający w oparciu o dyspozycję art. 22 ust. 1a i 1b ustawy Pzp dokonuje wyboru i określa warunki udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) i korzysta z ustawowego katalogu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania, w oparciu o które musi dokonać podmiotowej oceny wykonawcy w postępowaniu oraz ewentualnie dokonuje wyboru przesłanek do wykluczenia z postępowania z katalogu fakultatywnych przesłanek.

Oceny pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający dokonuje w odniesieniu do wykonawcy. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zasadniczo wystarczającym jest, aby jeden z grupy takich podmiotów (konsorcjum) wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania każdy z grupy takich wykonawców (konsorcjum) podlega ocenie, czy nie zachodzą przesłanki wskazujące na wykluczenie z postępowania. Wypełnienie się choćby jednej z ww. przesłanek w odniesieniu do wykonawcy (pojedynczego) czy też jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum) skutkuje koniecznością wykluczenia z postępowania.

W oparciu o brak podstaw do wykluczenia, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy, weryfikowany jest także podmiot trzeci, na potencjał którego wykonawca powołuje się przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Potwierdzenie się choćby jednej z przesłanek do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotu trzeciego skutkuje koniecznością wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę na nowo. Powyższe dokonuje się w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

W świetle nowelizacji Pzp, co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania weryfikowany może też być podwykonawca, o ile taką konieczność zamawiający przewidział. Potwierdzenie się choćby jednej podstawy do wykluczenia z postępowania wobec podwykonawcy powinno skutkować koniecznością niedopuszczenia do realizacji zamówienia przy udziale takiego podwykonawcy.

PROCEDURA UREGULOWANA W ART. 24aa USTAWY PZP, TZW. „PROCEDURA ODWRÓCONA”

Na czym w praktyce polega tzw. „procedura odwrócona” uregulowana w art. 24aa ustawy Pzp?

Zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Czy w przetargu nieograniczonym, gdy zamawiający zdecyduje się na procedurę, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp?

W przypadku procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. „procedura odwrócona”), stosownie do treści art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca dołącza do oferty oświadczenie aktualne na dzień składania ofert w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów UE, oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W zamówieniach o wartości poniżej progów UE wykonawca składa „zwykłe” oświadczenie. W przypadku prowadzenia postępowania w „procedurze odwróconej” obowiązują takie same zasady jak w każdym postępowaniu, jeśli chodzi o załączenie wskazanych oświadczeń do oferty, tj. oświadczenia są składane wraz z ofertą, choć w tej szczególnej procedurze podlegają ocenie dopiero na zakończenie oceny ofert i to wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej).

Czy w procedurze z art. 24aa Pzp gdy oświadczenie z art. 25a ust. 1 Pzp zawiera błędy i podlega uzupełnieniu (art. 26 ust. 3) to należy tę procedurę przeprowadzić w stosunku do każdego wykonawcy?

W postępowaniu prowadzonym zgodnie z zasadami określonymi w art. 24aa (tzw. „procedura odwrócona”) stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupeł-

nienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Należy zauważyć, iż w przypadku „procedury odwróconej” wskazany przepis będzie miał zastosowanie w odniesieniu do braku, niekompletności czy błędów dotyczących oświadczenia, o którym mowa art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, jedynie do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Tym samym, w sytuacji gdy wykonawca ten do oferty nie dołączy w/w oświadczenia, bądź też złoży oświadczenie, które jest niekompletne lub zawiera błędy, zamawiający wezwie tego wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia, ale dopiero na etapie, gdy ustalą, która z ofert jest najwyżej oceniona. Powyższe wynika z celu przyświecającego regulacji art. 24aa ustawy Pzp, który to cel sprowadza się do maksymalnego przyspieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Czy zamawiający przewidując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu tzw. „procedurę odwróconą” może od niej następnie odstąpić?

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma prawo przewidzieć zastosowanie tzw. „procedury odwróconej” w ramach prowadzonego przetargu nieograniczonego. Brak przewidzenia zastosowania tej procedury, zgodnie z w/w przepisem ustawy Pzp, z całą pewnością uniemożliwia zamawiającemu skorzystanie z udogodnień przewidzianych tym przepisem. W sytuacji odwrotnej jednak, kiedy zamawiający przewidział możliwość zastosowania tzw. „procedury odwróconej”, a następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdza, że jest to nieuzasadnione z jakichś względów czy niecelowe (np. w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta), może odstąpić od stosowania tej procedury. Na powyższe rozumienie przepisu wskazuje określenie: „możliwość” skorzystania z tzw. „procedury odwróconej”, a więc uprawnienia występującego po stronie zamawiającego.

USŁUGI SPOŁECZNE I INNE SZCZEGÓLNE USŁUGI

Czy zamawiający, ogłaszając postępowanie na usługi społeczne i inne szczególne usługi poniżej progu określonego w art. 138g, powinien opisać przedmiot zamówienia, kryteria oceny ofert, klauzule umowne zgodnie z przepisami ustawy Pzp?

Nowelizacją ustawy Pzp wprowadzono do działu III ustawy Pzp rozdział 6 zawierający przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Specjalną procedurę udzielania tych zamówień ustawodawca przewidział w ww. przepisach, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych.

W procedurze udzielania tych zamówień o wskazanej i powyżej tych wartości przewidziano stosowanie następujących przepisów ustawy Pzp: działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, a także przepisów art. 17 i art. 18, działu V rozdziału 3 oraz działu VI oraz odpowiednie stosowanie art. 22–22d, art. 24, art. 29–30b oraz art. 32–35 i 93 ustawy Pzp.

Stosownie natomiast do treści art. 138o ust. 1 ustawy Pzp zamawiający (w tym zamawiający sektorowy), udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej wskazanych progów (określonych na podstawie art. 138g ustawy Pzp), ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp. Zamawiający zatem, znając specyfikę danego postępowania, sam określa szczegółowe rozwiązania prawne procedury, w ramach której udzieli w przyszłości zamówienia publicznego na usługi społeczne. Wskazane przepisy zobowiązują zamawiającego udzielającego podprogowych zamówień społecznych do przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Zamawiający zobowiązany jest zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności: termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia i kryteria oceny ofert. Ponadto niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zobowiązany jest zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia. Są to jedyne zasady prowadzenia takiego „podprogowego” postępowania na usługi społeczne określone przez ustawodawcę.

Z uwagi na okoliczność, iż procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp tworzona jest przez samego zamawiającego, który zobowiązany jest jedynie do uwzględnienia norm zawartych w art. 138o ust. 2–4 nowelizowanej ustawy Pzp, a które to przepisy nie przewidują konieczności stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy umów w sprawie zamówienia publicznego, należy stwierdzić, iż zamawiający w tym zakresie nie jest związany rozwiązaniami ustawowymi. Niemniej jednak, należy pamiętać, że zamawiający, udzielając zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, powinien przestrzegać zasad przejrzystości, obiektywizmu

i niedyskryminacji, a zatem przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy klauzul umownych powinien respektować ww. zasady.

Czy wykonawca, składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, może złożyć odwołanie?

Procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, tj. zamówień, których wartość nie przekracza 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych, tworzona jest przez samego zamawiającego.

Zamawiający zobowiązany jest w tym zakresie jedynie do uwzględnienia norm zawartych w art. 138o ust. 2–4 znowelizowanej ustawy Pzp, które to przepisy nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp, tak jak to jest w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartościach przekraczających kwoty, o których mowa w art. 138g ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wykonawcy uczestniczącemu w takim postępowaniu nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy Pzp, z wyjątkiem reguł wskazanych w ust. 2–4 powyższego artykułu, a co za tym idzie zasadnym wydaje się twierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp.

Jakie zasady mają zastosowanie do udzielania zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne o wartości pomiędzy 418 000 euro a 1 000 000 euro?

W przypadku zamówień sektorowych obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu zamówień na usługi powstaje w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza wartość kwoty 418 000 euro. Szczególny próg dla specjalnej grupy usług – usług społecznych i innych szczególnych, o których mowa w rozdziale 6 działu III ustawy Pzp – ustalony został dla zamawiających sektorowych na poziomie 1 000 000 euro. Tym samym przy udzieleniu zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości poniżej 1 000 000 euro, ale powyżej kwoty 418 000 euro zastosowanie znajdują przepisy art. 138o ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 138o ust. 1 ustawy Pzp zamawiający (w tym zamawiający sektorowy), udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów określonych na podstawie art. 138g ustawy Pzp, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp, tj. przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący i stosowanie zasad szczególnej publikacji ogłoszeń o tych zamówieniach.

Czy ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone na stronie podmiotowej BIP, zgodnie z art. 138o ust. 3 ustawy Pzp, należy także zamieścić lub opublikować w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym UE?

Przepis art. 138o ustawy Pzp ustanawia minimalne wymogi proceduralne w przypadku zamówień na usługi społeczne, których wartość jest mniejsza niż równowartość w złotych:

- 1) 750 000 euro – przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- 2) 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych.

Zgodnie z ustępem 3 ww. artykułu zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności:

- 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) kryteria oceny ofert.

Ogłoszenie zamieszczane w Biuletynie Informacji Publicznej lub na stronie internetowej nie jest ogłoszeniem, o którym mowa w art. 11 ust. 1 pkt 1) ani pkt 2) ustawy Pzp. W stosunku do ogłoszenia o zamówieniu, udzielanego z zastosowaniem art. 138o ustawy Pzp, nie istnieje obowiązek jego publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

PODZIAŁ ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI

Jak uzasadnić rezygnację z podziału zamówienia na części? Czy to, że zamawiającemu wygodniej jest mieć jedną umowę niż trzy na poszczególne części, jest wystarczającym uzasadnieniem?

Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Czy zamawiający, który dokonuje podziału zamówienia na mniej części niż jest to możliwe, narusza przepisy ustawy Pzp?

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

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

BADANIE I OCENA OFERT

Jak należy interpretować termin niezwłocznie określony w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp?

Stosownie do treści art. 86 ust. 5 ustawy Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące:

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”. W tym zakresie zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził: „użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc” (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 22 marca 2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (arg. z art. 354 § 1 Kc) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc).

Tym samym, termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. otwarciu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający zamieszcza na stronie internetowej ww. informacje bez zbędnej zwłoki. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od czynności otwarcia ofert, tj. najczęściej jeszcze w tym samym dniu. W innych przypadkach, zamawiający powinien dysponować uzasadnieniem, iż późniejsze zamieszczenie na stronie internetowej tych informacji nastąpiło z powodów obiektywnych, a informacje te zostały zamieszczone na tyle szybko, na ile było to możliwe.

Czy zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz 5 ustawy Pzp może stosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%?

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog kryteriów oceny ofert.

W myśl art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Przepis art. 91 ust. 2a ograniczający możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub kryterium ceny

o wadze większej niż 60 % odnosi się wyłącznie do zamawiających z sektora finansów publicznych oraz zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Oznacza to, iż na zamawiających innych niż wyżej określeni nie został nałożony obowiązek wynikający z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe jednak wskazuje, że podmioty takie mogą stosować regułę wynikającą z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Czy do obliczenia średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wlicza się oferty złożone po upływie terminu na ich składanie?

Ustawa Pzp reguluje w art. 90 zagadnienie weryfikacji w postępowaniu ofert, których koszt lub cena budzą podejrzenia w kontekście ich zaniżenia. Konieczność badania oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy ofert, które zostały skutecznie złożone. W przypadku złożenia oferty po terminie zastosowanie znajduje art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów UE, zamawiający niezwłocznie zwraca ofertę. W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wartość progów UE, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu przez niego oferty po terminie oraz zwraca ją po upływie terminu do wniesienia odwołania. Powyższe oznacza, że oferta złożona po terminie nie jest skutecznie złożoną ofertą, a zatem nie podlega badaniu pod kątem występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu na zasadach określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie obliczania średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, o czym mowa w ww. przepisie zamawiający powinien wziąć pod uwagę wszystkie złożone w terminie w postępowaniu oferty, również te, które zostały już przez zamawiającego odrzucone na podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, czy też podlegają takiemu odrzuceniu. Natomiast oferta złożona po terminie podlega zwrotowi na podstawie art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, a jej cena nie jest brana pod uwagę przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Czy wykonawca wnoszący odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty, który został sklasyfikowany na 4 pozycji, musi kwestionować ocenę wykonawców sklasyfikowanych na pozycji 2 i 3?

Zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który nie uległ zmianie na gruncie znowelizowanej ustawy, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Dotychczas wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana np. na 4 pozycji, mógł kwestionować wybór najkorzystniejszej oferty, o ile zakwestionował również oferty wykonawców sklasyfikowanych wyżej niż wykonawca odwołujący się. Wprowadzenie do ustawy Pzp art. 25a wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia lub kryteriów selekcji, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie (powyżej progów UE – w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Natomiast zamawiający, co do zasady, wezwie do złożenia dokumentów na potwierdzenie ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (który uplasował się na najwyższej pozycji rankingowej).

W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4. Pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Nie można zatem wymagać od wykonawców stawiania zarzutów wobec czynności zamawiającego, zarzucając jej bezprawność (zaniechanie wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu), dotyczących oceny ofert konkurentów niejako „w ciemno”, bez weryfikacji przez zamawiającego (poprzez żądanie przedłożenia szczegółowych dokumentów, które będą ostatecznie udowadniać / potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu). Zaś prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej powinno być gwarantowane każdemu wykonawcy, gdyż jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, wynikającym z regulacji dyrektyw odwoławczych. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

Czy bieg terminu na złożenie odwołania dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej rozpoczyna się od skierowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp?

W świetle 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. Wezwanie do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp następuje przed formalnym wyborem oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona przez zamawiającego najwyżej (uzyskała najwyższą ocenę w rankingu ofert). Ocena ofert i ustalenie rankingu ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej są więc różnymi czynnościami w postępowaniu. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej powinna nastąpić do-

piero po weryfikacji wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, dokonanej w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

Prawo do złożenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej aktualizuje się i tym samym rozpoczyna się bieg terminu na złożenie odwołania dopiero od momentu poinformowania o dokonaniu tej czynności przez zamawiającego w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a nie od czynności wezwania wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej.

Jeśli chodzi o wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, to formalnie jest to czynność zamawiającego w rozumieniu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. O tej czynności nie są informowani pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie poza wykonawcą, którego oferta została oceniona najwyżej. Tym samym tylko ten wykonawca jest formalnie uprawniony do wniesienia odwołania na czynność wezwania go do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Wątpliwość może budzić jednak posiadanie przez tego wykonawcę interesu we wniesieniu takiego odwołania, chyba że odwołanie to dotyczyłoby przykładowo wyznaczenia przez zamawiającego terminów na złożenie oświadczeń lub dokumentów krótszych niż ustawowo wyznaczone.

W jakiej formie w obecnym stanie prawnym należy złożyć odwołanie lub przystąpienie do odwołania?

W świetle art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązujące brzmienie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp nadane zostało art. 87 pkt 4 ustawy z dnia 5 września 2016 r. – o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1579), która weszła w życie w dniu 7 października 2016 r.

W obecnym stanie prawnym odwołanie wnoszone do Krajowej Izby Odwoławczej może być uwierzytelnione wyłącznie własnoręcznym podpisem lub kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

ZMIANY UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Czy ogłoszenie o zmianie umowy, które trzeba opublikować po dokonaniu zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest tym samym ogłoszeniem, co ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki?

Zgodnie z treścią art. 144 ust. 1c ustawy Pzp w brzmieniu nadanym przez ustawę nowelizującą w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 tego przepisu, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy. Wskazane ogłoszenie stanowi nowy, osobny rodzaj ogłoszenia, zamieszczany w stosownym publikatorze po dokonaniu zmiany umowy, nie zaś po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak to ma miejsce w odniesieniu do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Wzór powyższego ogłoszenia określa minister właściwy do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia w oparciu o delegację zawartą w treści art. 11 ust. 6 ustawy Pzp.

Czy konieczne jest wcześniejsze przewidzenie w specyfikacji możliwości dokonania zmian o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zwłaszcza w zakresie ograniczeń procentowych?

W myśl art. 144 ust. 1 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie w pkt od 1 do 6. Należy zauważyć, że każda z przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 pkt 1–6 stanowi samodzielną podstawę do zastosowania przedmiotowej regulacji. Według art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dokonanie zmian w umowie jest możliwe w sytuacji, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (poniżej progów UE) i zarazem jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo – w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Brzmienie ww. przepisu nie wskazuje na dodatkowe obowiązki związane z zamieszczeniem w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu klauzul dotyczących możliwości wprowadzenia ww. zmian w umowie. W związku z powyższym, w przypadku określonym w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie ma obowiązku przewidywania w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości dokonania zmian w umowie. Powyższy obowiązek dotyczy możliwości wprowadzenia zmian postanowień zawartej umowy przewidzianych odrębnie w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czy możliwe będzie udzielanie zamówień uzupełniających w przypadku umów zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji?

W wyniku nowelizacji usunięto formalnie z ustawy Pzp możliwość udzielania zamówień uzupełniających w oparciu o dotychczasowe przesłanki ustawowe określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. Znowelizowane przepisy przewidują jednak możliwość zlecenia dotychczasowych zamówień uzupełniających w przypadku umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, jednak samo udzielenie takiego zamówienia uzupełniającego następować będzie w drodze zmiany umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, a nie udzielania odrębnego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Kwestie intertemporalne w odniesieniu do umów w sprawie zamówień publicznych uregulowane zostały w art. 19 ustawy nowelizacyjnej. W świetle art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ww. ustawy dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie nowelizacji w przypadku udzielenia, w okresie

3 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. Analogicznie dla dostaw, zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy nowelizującej zmiana umowy będzie dopuszczalna w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, 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.

Jak należy formułować klauzule umowne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp?

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Powyższy przepis umożliwia zamawiającemu dokonanie modyfikacji, o ile tylko w sposób jasny wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia okoliczności, od których spełnienia uzależnia możliwość zmiany umowy i zakres zmiany.

Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach, przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).

Dodatkowym ograniczeniem, jakie ustawodawca nałożył na zamawiającego w odniesieniu do zakresu zmian, jest wskazany w art. 144 ust. 1b ustawy Pzp warunek, by zmiany postanowień umownych nie prowadziły do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej, tj. zastąpienia zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitej zmiany rodzaju zamówienia (art. 144 ust. 1b ustawy Pzp).

OPINIA DOTYCZĄCA ART. 29 UST. 3A USTAWY PZP

Obowiązek zamawiającego określania w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy (art. 29 ust. 3a ustawy Pzp)

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” wprowadzonym uchwaloną w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawą o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 *ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.)*, dalej jako: „Kodeks pracy”. Należy zauważyć, że powyższy przepis stanowi istotną zmianę w stosunku do dotychczasowych regulacji w tym zakresie, które wskazywały jedynie na uprawnienie do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeśli było to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności (dotychczasowy art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp). Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu na brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2016 r., sygn. I PK 139/15). Ponadto, w uzasadnieniu Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) ustawodawca zaznaczył, iż obok uregulowania statusu pracownika w zamówieniach publicznych ważne jest uwzględnienie aspektów społecznych poprzez na przykład stworzenie zachęt do stosowania klauzul społecznych przez zamawiających oraz wprowadzenie obowiązku postawienia warunku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, w sytuacji gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Należy również zauważyć, że ustawodawcy europejskiemu także nie jest obce dążenie do usankcjonowania przestrzegania przepisów m.in. z zakresu prawa pracy, czemu dał wyraz w treści art. 18 ust. 2 *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.)*, zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”, zgodnie z którym państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego, prawa pracy i prawa ochrony środowiska, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X dyrektywy klasycznej. A zatem, brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp odpowiada także na zapotrzebowanie dostosowywania krajowego systemu zamówień publicznych do standardów europejskich.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności. Podstawą prawną do określenia, czy czynności wykonywane przez pracowników wykonawcy/podwykonawcy polegają na wykonywaniu pracy, stanowi art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Przepis art. 22 § 1 Kodeksu pracy określa konstytutywne cechy stosunku pracy: a) wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, b) wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy, c) w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, d) i w czasie przez niego wyznaczonym, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Jeśli realizacja czynności w ramach udzielanego zamówienia polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy to zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia wymóg zatrudnienia, a wykonawca lub podwykonawca mają obowiązek zatrudniać osoby wykonujące czynności objęte tym wymogiem. Należy stanowczo podkreślić, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę. W pierwszej kolejności należy wskazać, że obowiązek ten nie dotyczy dostaw, także w sytuacji gdy wchodzi one w zakres danego zamówienia, w tym w szczególności zamówienia na roboty budowlane. W drugiej kolejności podnieść należy, że w zamówieniach na usługi i roboty budowlane, do których wprost odwołuje się art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, taki obowiązek będzie dotyczył tylko tych zamówień publicznych, w których wykonywanie czynności w ramach jego realizacji będzie polegało na wykonywaniu pracy zgodnie z brzmieniem art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. W zakresie oceny, czy dana czynność ma charakter stosunku pracy pomocne może być bogate orzecznictwo sądów pracy. Pomocniczo należy wskazać na istotne ustalenia sądów pracy określające charakter umowy o pracę:

- *o tym, czy strony istotnie nawiązały umowę o pracę nie decyduje formalne zawarcie (podpisanie) umowy nazwanej umową o pracę oraz przedłożenie innych związanych z tym dokumentów, lecz faktyczne i rzeczywiste realizowanie na jej podstawie elementów charakterystycznych dla stosunku pracy (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. III AUa 235/16 i wcześniejsze),*
- *stosunek pracy istnieje nawet wtedy, gdy strony w dobrej wierze zawierają umowę cywilnoprawną, lecz jej treść lub sposób realizacji odpowiada cechom stosunku pracy (wyrok Sądu Najwyższego z 3 czerwca 2008 r., sygn. I PK 311/07),*
- *umowa o pracę jest umową starannego działania; świadcząc umowę o pracę pracownik jest podporządkowany pracodawcy, co do czasu, miejsca i sposobu jej wykonywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lipca 2016 r. sygn. III AUa 490/16 i wcześniejsze),*
- *kwalifikując konkretną umowę [umowa o dzieło] należy badać w pierwszej kolejności czy świadczenie będące przedmiotem zobowiązania ma cechy dzieła – polega na osiągnięciu w przyszłości z góry określonego, samoistnego, obiektywnie osiągalnego i subiektywnie pewnego rezultatu ludzkiej pracy czy twórczości, mającego postać materialną lub też niematerialną, ale ucieleśnioną. (...) z takim założeniem co do zasady nie koresponduje wykonywanie czynności powtarzalnych [charakteryzujące umowę o pracę] (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 listopada 2015 r. sygn. III AUa 770/15).*

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, które czynności w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, co do zasady, mogą polegać na świadczeniu pracy, a które nie. Podnieść należy, że jest to katalog przykładowy i otwarty, a jego konkretyzacja następuje w odniesieniu do stanu faktycznego zamówienia.

Co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy.

Z kolei, w ocenie Urzędu czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują.

Do rozważenia pozostają kwestie związane ze świadczeniem niektórych usług informatycznych (np.: świadczonych przez programistów, integratorów systemów etc.), w szczególności, gdy są to osoby o wysokim poziomie kompetencji, posiadające rzadkie specjalizacje i niezbędne certyfikaty potwierdzające fachowość (i których zaangażowanie do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagane już na etapie składania ofert, czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu). Wydaje się, że czynności wykonywane przez te osoby nie polegają na świadczeniu pracy. Z kolei inne czynności informatyczne (np. polegające na usłudze help-desku) mogą już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

Odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy, zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne. Niedopuszczalne będzie zarówno scedowanie tego obowiązku na wykonawcę, np. w formie zapisu, że jeśli wykonawca ujawni po swojej stronie czynności o takim charakterze zobowiązany będzie zawrzeć z pracownikami je wykonującymi umowy o pracę, jak też nadmiernie ogólne ich wskazanie, np. w formie zapisu, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności o takim charakterze podczas realizacji, etc. Oba opisane powyżej przypadki nie tylko mogą skutkować złożeniem przez wykonawców nieporównywalnych cenowo ofert (wykonawcy mogą różnie oceniać charakter tego samego stosunku, którego ocena należy do zamawiającego), ale też są niezgodne z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który w odniesieniu do precyzji opisu przedmiotu zamówienia zachowuje swoją moc. Podkreślić należy, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający, co do zasady, nie wskazuje czynności wykonywanych na podstawie umowy o pracę z podziałem na wykonawców i podwykonawców. Zamawiający zasadniczo nie określa też, jaka liczba osób po stronie wykonawcy będzie brała udział w realizacji zamówienia, nie decyduje o systemie zmianowym etc. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp, zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany

w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

1. sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp;
2. uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;
3. rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Katalog z art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Należy jednak zaznaczyć, że zwrot „w szczególności” należy interpretować analogicznie jak zwrot „co najmniej”. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było bowiem określenie minimalnej zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w zamówieniu publicznym. Z uwagi na wagę informacji zawartych w przesłankach a) – c) nie można ocenić, że są to informacje fakultatywne, a zamawiający może pominąć wszystkie powyższe informacje i wybrać inne, niewskazane w przepisie lub nie wybrać żadnych i poprzestać na wymogu z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Pozytywna ocena zamawiającego, skutkująca stwierdzeniem, że określone czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy, rodzi zatem po jego stronie obowiązek wskazania rodzaju tych czynności w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt c). Jednocześnie, co wymaga podkreślenia, zamawiający w celu sprawowania kontroli nad realizacją wymagań, zawartego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, powinien również zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiednie zapisy w tym przedmiocie. W przeciwnym wypadku (tj. braku kontroli na etapie wykonania umowy), wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie, deklarując fikcyjne zobowiązania dotyczące zatrudniania na podstawie umów o pracę.

Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zobowiązany jest wskazać sposób dokumentowania zatrudnienia tych osób (które będą wykonywać czynności mające charakter stosunku pracy). Co do zasady, niemożliwe na gruncie tego przepisu będzie dokumentowanie zatrudnienia poprzez przedkładanie umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego. Sposób przetwarzania danych osobowych i uprawnienia podmiotów do ich przetwarzania reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.). W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności, wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stały się zamawiający”. Generalny Inspektor negatywnie

odniósł się także do możliwości pozyskania danych osobowych zawartych w umowach o pracę na skutek zgody podmiotu, którego dane dotyczą (tj. zgody pracownika, który upoważniłby wykonawcę do udostępnienia umowy o pracę wraz z zawartymi w niej danymi osobowymi – zamawiającemu). „W opisywanym przypadku jako podstawy przetwarzania (udostępniania) danych nie można uznać zgody osoby, której dane dotyczą, byłaby to bowiem zgoda wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu. (...) Pracodawca miałby występować wyłącznie jako pośrednik w pozyskiwaniu zgód od swoich pracowników, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych. Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną musi być wyrażona w sposób dobrowolny. Jednak w relacji zachodzącej między pracodawcą a pracownikiem trudno jest mówić o takiej dobrowolności, gdyż brak jest tu równowagi podmiotowej (stosunek nadrzędności i podrzędności podmiotów), co często może sprzyjać wymuszaniu zgody”. Powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego (sygn. akt I OSK 249/09) – co Generalny Inspektor również podniósł w swoim stanowisku przekazanym Prezesowi UZP. Generalny Inspektor zwrócił także uwagę na fakt, że „zgodnie z definicją zawartą art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych – zgoda [na udostępnienie danych osobowych zamawiającemu] może być odwołana [przez pracownika] w każdym czasie. Dlatego w sytuacji, gdy dostęp do określonych informacji miałby służyć realizacji zadań wynikających z przepisów prawa, oparcie się wyłącznie na zgodzie osoby, której dane dotyczą, mogłoby okazać się nieskuteczne”. Możliwy natomiast będzie wymóg przedłożenia umów o pracę zanonimizowanych (pozbawionych danych osobowych pracowników), co może okazać się przydatne w celu weryfikacji zobowiązania wykonawcy/podwykonawcy odnośnie ilości zatrudnionych osób wykonujących czynności na rzecz zamawiającego oraz charakteru tych czynności. Powyższe stanowisko potwierdził także Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. Obok możliwości żądania zanonimizowanych umów o pracę, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający może również żądać przedłożenia oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących te czynności. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Zamawiający ma w zakresie opisu sposobu dokumentowania osób swobodę ograniczoną jednak przepisami prawa, w tym ustawy o ochronie danych osobowych. W tym miejscu należy przypomnieć, że żądane dokumenty (oświadczenia) nie mają charakteru dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Są to dokumenty służące kontroli realizacji przez wykonawcę/podwykonawcę zamówienia publicznego zgodnie z treścią oferty oraz w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Powinny być zatem wymagane przez zamawiającego, co do zasady, dopiero na etapie realizacyjnym, choć wymogi w tym zakresie zamawiający powinien określić – zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp – w treści siwz.

Art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. b ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Przepis wskazuje, że sposób kontroli i ewentualne sankcje z tytułu niespełnienia wymagań (np. w formie kar umownych) winny zostać wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić jednak należy, że w celu zapewnienia ich skuteczności właściwym miejscem na ich opisanie będzie projekt umowy, a następnie umowa podpisana z wykonawcą (musi zaistnieć odzwierciedlenie zapisów siwz, opisu przedmiotu zamówienia w umowie). Przepis z pkt. b) odwołuje się do wykonawcy. Oznacza to, że z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, zamawiający może przewidzieć sankcje jedynie dla wykonawcy np. w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości określonej w istot-

nych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za działania lub zaniechania podwykonawcy w tym przedmiocie odpowiada wykonawca, względem którego zamawiający może wystąpić z żądaniem zapłaty kary umownej. Skuteczna kontrola wykonania umowy w powyższym zakresie może być realizowana przez zamawiającego w sposób analogiczny, jak w przypadku kontroli innych elementów realizacji umowy w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane lub usługi, tj. głównie poprzez żądanie stosownych informacji lub dokumentów o jakich mowa powyżej. Dopuszczalne jest także przeprowadzanie kontroli przez przedstawicieli zamawiającego lub upoważnione osoby trzecie na miejscu wykonania świadczenia. Ponadto zamawiający w sytuacji gdy poweźmie wątpliwość co do sposobu zatrudnienia personelu – może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. W celu zapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji przewidzianym w umowie mechanizmom kontrolnym powinny towarzyszyć sankcje za nieprzestrzeganie zobowiązań ustanowionych na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, np. w postaci kar umownych lub – w przypadku powtarzających się naruszeń tych obowiązków – prawa odstąpienia od umowy. Ewentualna kara umowna musi wyraźnie wskazywać jakiej okoliczności dotyczy. Wskazanie możliwych kar umownych w innym miejscu specyfikacji niż projekcie umowy (i następnie umowie) lub nienależyty ich opis wydatnie zmniejszy ich prawną skuteczność. W celu zapewnienia, aby czynności opisane przez zamawiającego, polegające na wykonywaniu pracy rzeczywiście wykonywali pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę – zasadnym jest wskazanie w projekcie umowy zapisu, w którym wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę w zakresie czynności opisanych przez zamawiającego. Konsekwentnie, uchylenie się od obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę winno skutkować sankcjami nałożonymi przez zamawiającego. Powyższa regulacja ma na celu przede wszystkim zapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez nadzorowanie prawidłowości wykonania zamówienia w sposób określony w ofercie wykonawcy w odniesieniu do wymagań dotyczących umów o pracę. Pomimo, iż przepis co do zasady nadaje zamawiającemu uprawnienie kontroli wykonawców, to na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, za pośrednictwem wykonawcy będzie możliwe także przeprowadzenie stosownej kontroli dotyczącej pracowników podwykonawców wykonujących czynności na rzecz zamawiającego.

Reasumując:

- 1. Zamawiający w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi lub roboty budowlane ma obowiązek dokonania oceny, czy określone czynności w zakresie realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.**
- 2. Po ustaleniu przez zamawiającego, które czynności w ramach realizacji zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, jest on zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.**
- 3. Art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp reguluje minimalne wymogi siwz w zakresie, co najmniej określenia przez zamawiającego sposobu udokumentowania zatrudnienia przez wykonawców i uprawnienia kontrolne.**
- 4. Zgodnie ze stanowiskiem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych nie jest dopuszczalne żądanie od wykonawców niezanonimizowanych kopii umów o pracę z pracownikami wykonawcy, jako sposobu udokumentowania ich zatrudnienia.**

BADANIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY PO NOWELIZACJI

Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. Regulacja prawna zawarta w ww. przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów 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 wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Należy zauważyć, że z uwagi na wprowadzenie do ustawy Pzp kryterium oceny ofert w postaci kosztu, badanie oferty wykonawcy pod kątem wystąpienia rażąco niskiego kosztu może nastąpić zarówno w przypadku, gdy zamawiający ustalił koszt jako jedno z kryteriów oceny ofert obok ceny, ale także gdy koszt jest jedynym kryterium oceny ofert. W tym też celu zamawiający ma obowiązek określić i opisać to kryterium w sposób umożliwiający jednolitą ocenę ofert, a co za tym idzie również badanie, czy koszt podany w ofercie nie jest rażąco niski.

Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

I. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten – w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaofertowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

II. Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny poprzez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis w pkt 1) nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2) istnieje taka możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Ustęp 1a art. 90 ustawy Pzp odnosi się bowiem do szczególnej okoliczności, jaka może świadczyć o rażąco niskiej cenie, tj. gdy:

1. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

2. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

W kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny z przywołanej regulacji wynika wskazówka interpretacyjna dla zamawiającego, który powinien zwrócić uwagę na różnice na poziomie minimum 30% występujące w cenie całkowitej oferty w stosunku do:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług;
2. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz;
3. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

Ad 1. Jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp. Jest to więc wartość, którą zamawiający przyjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. W przypadku jednak, gdy na całkowitą wartość przedmiotu zamówienia składa się również wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6, pkt 7 czy art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp (powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych, dodatkowe dostawy) wartość tych zamówień należy odliczyć od całkowitej wartości przedmiotu zamówienia po to, aby uzyskać wartość zamówienia podstawowego. Oddzielenie wartości tych zamówień od wartości zamówienia podstawowego jest konieczne, ponieważ udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 lub pkt 7 czy art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp oraz ich zakres zależą od późniejszej woli zamawiającego, nie dotyczą danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dokonywana jest ocena ofert również pod kątem rażącego zaniżenia jej wartości. Podobnie, jeżeli oferta dotyczy części podzielonego zamówienia, należy porównać cenę oferty złożonej na daną część zamówienia z wartością tej części zamówienia, nie zaś wartością zsumowaną stosownie do art. 32 ust. 4. Aktualność zachowuje w tym względzie choćby wydany na gruncie wcześniej obowiązującego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r. (sygn. akt. KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15) potwierdzający wyżej wskazany sposób interpretacji przywołanego przepisu. Następnie, dla celów porównywalności z ceną ofertową, ustaloną wartość przedmiotu zamówienia (podstawowego, ewentualnie części zamówienia) należy, zgodnie z przywołaną regulacją ustawy, powiększyć o należny podatek od towarów i usług. Ustalając brzmienie art. 90 ust. 1a pkt 1, jak i pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca rozstrzygnął, pojawiające się na tle dotychczasowego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustalonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232), wątpliwości interpretacyjne, dotyczące tego czy dla potrzeb porównania ceny oferty i wartości przedmiotu zamówienia należy doliczać do wartości przedmiotu zamówienia należny podatek od towarów i usług. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, mając na względzie racjonalność ustawodawcy oraz konieczność uzyskania wymiernych wyników (poprzez porównanie wartości porównywalnych), stało na stanowisku, że do wartości przedmiotu zamówienia należy doliczyć, dla potrzeb porównania z ceną oferty, należny podatek od towarów i usług (por. wyr. KIO z dnia 20 maja 2015 r. sygn. akt KIO 935/15, wyr. KIO z dnia 27 marca 2015 r. sygn. akt KIO 500/15). W wyniku aktualnie wprowadzonych zmian w ustawie Pzp art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 wyraźnie już stanowi, że punktem odniesienia do ceny oferty jest wartość przedmiotu zamówienia powiększona o na-

leżny podatek od towarów i usług. W tym przypadku aktualnym pozostaje stanowisko wyrażane w orzecznictwie, iż dla porównania wartości zamówienia z ceną ofertową istotna jest faktyczna wartość brutto danego zamówienia.

Ad 2. Odnosząc się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający w tym zakresie powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert. Dla potrzeb tego porównania należy wziąć pod uwagę wszystkie złożone w terminie w postępowaniu oferty, również te, które zostały już przez zamawiającego odrzucone na podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, czy też podlegają takiemu odrzuceniu. Takie stanowisko zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1647/15), w którym to Izba wskazała, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, by ustawodawca wprowadził możliwość pomijania cen niektórych ofert. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że zamawiający, który, porównując ceny ofert, uwzględnił przy obliczeniach również ofertę odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie naruszył normy wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Rozważania Izby pozostają aktualne na gruncie obowiązującej obecnie regulacji. Natomiast należy wskazać, że uwzględniane przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen złożonych ofert są jedynie oferty skutecznie złożone, co oznacza, że pomija się wszelkie oferty złożone po upływie terminu na składanie ofert.

Ad 3. Co do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli – tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, którą zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należy podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego, który zdecydował się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na rynku towarów i usług, czy też powyższe jest wynikiem nagłej zmiany w tym zakresie, nie wynikającej z upływu czasu.

Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, charakteru automatycznego i bezwzględnego do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywiście takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona

przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny.

III. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, 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. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame.” W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

IV. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też 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 rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiązał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.

V. 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. Jednocześnie czynniki te mogą (jak np. koszty pracy) stanowić istotną część składową ceny, budzącą wątpliwości zamawiającego ze względu na swoją szczególnie niską wartość. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny lub kosztu oferty, znowelizowany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje w szczególności na:

- oszczędność 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 wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265) [art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp];
- pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów [art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp];
- okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie [art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp];
- okoliczności wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska [art. 90 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp],
- okoliczność powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy [art. 90 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp].

Przykładowy charakter wyliczenia oznacza, że zamawiający uprawniony jest również do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, 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. W przypadku gdy zamawiający ustalił kryterium kosztu szczególnie znaczenia mogą nabrać elementy związane z cyklem życia produktu inne niż sama cena nabycia.

Niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności

ści być koszty pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzą w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.

Szczególnym czynnikiem, który należy wyróżnić obok kosztów pracy, ze względu na możliwą wzajemną relację jest pomoc publiczna. Zamawiający mogą dla przykładu uzyskiwać dofinansowanie wynagrodzenia osób niepełnosprawnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. nr 127 poz. 721, z późn. zm.). W tym kontekście ważne jest podkreślenie, że wykonawca może uzasadnić niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie.

Reasumując:

- 1. Ustawa Prawo zamówień publicznych w jej obecnym brzmieniu umożliwia zamawiającemu badanie nie tylko rażąco niskiej ceny oferty, ale także rażąco niskiego kosztu.**
- 3. Badanie ceny lub kosztu prowadzi zamawiający, jeśli poweźmie wątpliwości, czy zaoferowana cena lub koszt lub ich części składowe umożliwiają należyte wykonanie zamówienia, w tym wykonanie zgodne z obowiązującymi przepisami.**
- 3. Sztynna reguła 30% (cena badanej oferty niższa o tę wartość od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) nakazująca obligatoryjnie badanie oferty zostaje złagodzona. Nowe rozwiązania w tym zakresie wprowadzone art. 90 ust. 1a ustawy Pzp pozwalają zamawiającym każdorazowo na indywidualną ocenę każdego przypadku powzięcia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.**
- 4. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog podstaw do wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dowodów, o które wzywa zamawiający, gdy uzna, że cena lub koszt oferty mogą być rażąco niskie.**
- 5. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog czynników, które zamawiający bierze pod uwagę przy badaniu podstaw rażąco niskiej ceny, w szczególności o okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska oraz wynikające z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.**

ZAMÓWIENIA DODATKOWE I ZAMÓWIENIA UZUPEŁNIAJĄCE W PRZEPISACH PRZEJŚCIOWYCH

Zamówienia dodatkowe i zamówienia uzupełniające w kontekście umów w sprawie zamówień publicznych zawartych przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) oraz zawartych po wejściu w życie tejże ustawy w wyniku postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy sprzed nowelizacji.

Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), dalej zwaną jako: „ustawa nowelizująca” lub „ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r.”, wprowadzono zmiany w obrębie przepisów z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 j.t.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” oraz art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, czyli przepisów dotyczących tzw. zamówień dodatkowych i uzupełniających z wolnej ręki. Konsekwentnie modyfikacji uległ także art. 134 ust. 6 ustawy Pzp, dotyczący udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki przez zamawiających udzielających zamówień sektorowych.

Art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp statuujący do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej tzw. zamówienia dodatkowe w trybie z wolnej ręki został uchylony. Znowelizowany został przy tym art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez usunięcie odesłania do uchylonego art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podobna do uchylonego ustawą nowelizującą przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp treść normatywna znalazła się w nowym przepisie – art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zatem w części dotyczącej zmian umowy. Od dnia wejścia w życie nowelizacji, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest zatem możliwe udzielanie zamówień dodatkowych w formie odrębnego zamówienia z wolnej ręki (dawny art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Ustawa nowelizująca zmieniła także przepisy z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, tj. dotyczące zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające zostały trwale usunięte z przepisów dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, a w ich miejsce wprowadzono zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach”. Oznacza to, że od dnia wejścia w życie znowelizowanych przepisów, tj. od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki (dawne art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp) i to niezależnie od okoliczności, że umowa w sprawie zamówienia podstawowego (zwana dalej także „umową podstawową”) została zawarta przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanej ustawy, a zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym i na etapie sporządzania specyfikacji przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających. Uwzględniając również okoliczność, że zamówienia polegające odpowiednio na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „dodatkowych dostawach” udzielane w trybie z wolnej ręki (znowelizowany art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp) mają inny charakter i inne przesłanki dopuszczające ich zastosowanie niż zamówienia uzupełniające dotychczas udzielane po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki (patrz także nowy art. 67 ust. 1a ustawy Pzp odwołujący się do znowelizowanego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) nie jest także możliwe udzielenie tych zamówień w miejsce przewidzianego na etapie ogłoszenia o zamówieniu dla zamówienia podstawowego – zamówienia uzupełniającego. W przypadku zamawiających udzielających zamówień sektorowych, usunięcie przepisów dotyczących zamówień uzupełniających zostało skorelowane ze zmianami w zakresie *lex specialis*, jaką przepisy z art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 stanowiły względem art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Odrębna regulacja dla „zamawiających sektorowych” w zakresie dostaw została uchylona i po nowelizacji zamawiający ci będą zobowiązani do stosowania art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp na zasadach ogólnych (uchylenie art. 134 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp połączone ze znowelizowaniem art. 134 ust. 6 pkt 1

ustawy Pzp). W odniesieniu do robót budowlanych i usług, ustawodawca utrzymał przepis *lex specialis* z art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp względem art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegający na „powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych”, jednak nie poczynił zastrzeżenia, że powtórzenie usług i robót musi nastąpić w okresie 3 lat.

Ustawodawca dostrzegł jednakże w tej sytuacji problem funkcjonujących w obrocie umów w sprawie zamówienia podstawowego zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej lub umów zawartych po dniu wejścia w życie tych przepisów, ale będących następstwem postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie przepisów znowelizowanych (postępowań prowadzonych na starych zasadach). W obu tych przypadkach zamawiający mogli bowiem zgodnie z treścią ówczesnie obowiązujących przepisów: a) przewidzieć możliwość udzielania zamówień uzupełniających z wolnej ręki do takiej umowy (zarówno w trakcie trwania świadczenia lub po jego wypełnieniu, ale nie dłużej niż 3 lata od dnia zawarcia umowy podstawowej, o czym stanowiła treść art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 w brzmieniu przed wejściem w życie ustawy nowelizującej) lub b) na etapie realizacji umowy podstawowej pozyskać wiedzę o konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, ale nie zdążyć z jego wszczęciem przed wejściem w życie ustawy nowelizującej. Do takich sytuacji ustawodawca przewidział w art. 19 ust. 3 pkt 2 i 3 ustawy nowelizującej specjalny przepis intertemporalny.

Zgodnie z tym przepisem, dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli umowa została zawarta przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym i został spełniony co najmniej jeden z następujących warunków:

1. w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 1. z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 2. wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego,
2. w przypadku udzielenia, w okresie 3 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 przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego,
3. w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności

techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Podobne rozwiązanie zostało przewidziane w art. 19 ust. 3 pkt 3 ustawy nowelizującej dla zamawiających udzielających zamówień sektorowych.

Ustawodawca przewidział w tych przepisach specjalne możliwości zmian (aneksów) umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie tej ustawy. Podstawy zawarcia tych aneksów są tożsame z uchylonymi przesłankami zamówień dodatkowych i uzupełniających z wolnej ręki. Tożsamość przesłanek obejmuje także pojęcia „zamówienia dodatkowego” i „zamówienia uzupełniającego” co oznacza, że zakres przedmiotowy przepisu w odniesieniu do każdego z tych pojęć nie uległ zmianie. Zmieniono tylko i wyłącznie sposób jego udzielenia – zamówienie dodatkowe i zamówienie uzupełniające udzielane dotychczas w trybie odrębnego zamówienia z wolnej ręki – mogą być udzielane poprzez zmianę umowy. Jeżeli zatem zamawiający np. przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego i wypełnił przesłanki pozwalające na udzielenie takiego zamówienia – to po nowelizacji nie może udzielić zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki, może natomiast w oparciu o cytowany powyżej przepis intertemporalny udzielić takiego zamówienia uzupełniającego na podstawie aneksu do umowy podstawowej.

Konstrukcja prawna „aneksu do umowy” może rodzić wątpliwości, czy dopuszczalne są zmiany umowy w celu wprowadzenia zamówienia uzupełniającego, jeśli umowa podstawowa została już wykonana. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych nie jest wyłączona możliwość aneksowania już wykonanej umowy.

Jak wskazano powyżej, przepisy z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz 19 ust. 3 pkt 3 lit. b) i c) ustawy nowelizacyjnej zawiera szczególną konstrukcję prawną, w której aneksem (zmianą umowy) wprowadza się do niej zamówienie uzupełniające. Powyższy termin „zamówienie uzupełniające” należy rozumieć w podobny sposób, w jaki był definiowany przed nowelizacją. Zmianie uległ jednak sposób „udzielenia zamówienia uzupełniającego”: odrębna procedura w trybie zamówienia z wolnej ręki została zastąpiona aneksem do umowy podstawowej. Zamówienie uzupełniające udzielane poprzez aneks do umowy oznacza, że nie może on przyjąć dowolnej postaci i regulować dowolnych (wybranych) zapisów umowy podstawowej, a jedynie takie, które wynikają z treści cytowanego przepisu, a zatem wprowadzają zamówienie uzupełniające. Aneks winien mieć zatem charakter kompleksowy. Powinien wskazywać na umowę podlegającą zmianie. W dalszej kolejności, aneks winien określać nazwę zamówienia uzupełniającego, a także opisywać przedmiot takiego zamówienia, w przypadku robót budowlanych koniecznym załącznikiem do aneksu może okazać się np. dokumentacja projektowa. Zmiana umowy każdorazowo będzie przy tym „rozszerzała” świadczenie pierwotne: dla dostaw – przyjmie postać rozszerzenia dostawy, dla usług i robót budowlanych – przyjmie postać powtórzenia tego samego rodzaju zamówień. Zmiana umowy nie będzie miała mocy wstecznej, w takim rozumieniu, że ani nie zmniejszy zakresu świadczenia podstawowego, ani go nie zmieni wprowadzając w jego miejsce świadczenie zastępcze. Aneks wprowadzający zamówienie uzupełniające nie będzie mógł zawierać informacji o zmianie wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie podstawowej. Niezależnie czy aneks będzie zawierany po wykonaniu umowy podstawowej, czy w trakcie jej wykonywania – wynagrodzenie powinno być wskazane autonomicznie dla samego zamówienia uzupełniającego, wprowadzonego aneksem. Aneks nie może wywierać wpływu na ostateczny termin realizacji umowy

podstawowej. Niezależnie od momentu zawarcia aneksu (w trakcie obowiązywania umowy podstawowej, czy po jej wykonaniu), termin realizacji wskazany w aneksie uwzględniać będzie czas niezbędny do wykonania zamówienia uzupełniającego. Zmiana umowy nie może modyfikować obowiązków i uprawnień stron umowy podstawowej, choć jeśli okaże się to niezbędne aneks może powtórzyć wszystkie, bądź niektóre obowiązki i uprawnienia stron określone dla umowy podstawowej lub wprowadzić nowe – jeśli okaże się to niezbędne do należytego zrealizowania zamówienia uzupełniającego. W treści aneksu może zająć konieczność odniesienia się do postanowień umownych dotyczących kar umownych, gwarancji jakości lub rękojmi za wady fizyczne lub prawne lub określenia na nowo kar, gwarancji oraz rękojmi dotyczących tylko zamówienia uzupełniającego. Także w tym zakresie aneks nie powinien zawierać rozwiązań odmiennych od zaproponowanych w umowie o zamówienie podstawowe. Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że aneks zawierany na podstawie przepisu szczególnego z art. 19 ust. 3 ustawy nowelizującej będzie swoją konstrukcją zbliżony do umowy w sprawie zamówienia uzupełniającego. Aneks do umowy w rozumieniu art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 19 ust. 3 pkt 3 lit. b) i c) ustawy nowelizującej nie służy regulowaniu zagadnień innych niż polegających na wprowadzeniu zamówienia uzupełniającego. Za wątpliwe należy zatem uznać wszystkie zmiany umowy, które swoim zakresem pozostają indyferentne dla zamówienia uzupełniającego, w szczególności gdy regulują niezwiązaną z nim sferę. Aneks dotyczący wykonanej (ale także wykonywanej) umowy podstawowej na podstawie przesłanki z art. 19 ust. 3 ustawy nowelizującej nie może następczo zmieniać charakteru stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ustalonym w momencie zawierania umowy podstawowej.

Za szerokim rozumieniem dopuszczalności zawierania aneksów do wykonanych umów przemawia także wykładnia celowościowa przywołanego przepisu intertemporalnego. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było uelastycznienie działań zamawiających, którzy przewidzieli udzielenie zamówień uzupełniających w trybie zamówień z wolnej ręki, a na gruncie znowelizowanej ustawy nie mogą ich udzielić w tym trybie. Istotą regulacji, o której mowa w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 19 ust. 3 pkt 3 lit. b) i c) ustawy nowelizującej jest umożliwienie zamawiającym, po spełnieniu nieobowiązujących już przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp (odpowiednio także z art. 134 ust. 6 pkt 1, 3–4 ustawy Pzp), dokonywania w pełnym zakresie zmian umów zawartych na skutek postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej z dnia 22 czerwca 2016 r. Uelastycznienie procedur stanowi genezę omawianego przepisu intertemporalnego zaproponowanego na etapie prac sejmowych.

Ponadto należy wskazać, że przepisy intertemporalne nie wykraczają poza dopuszczalny zakres zmian umowy, wynikający z przepisów dyrektyw 2014/24/WE i 2014/25/WE.

Ustawodawca nie przewidział dla zamawiających wyrażających wolę zastosowania przepisów intertemporalnych z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 19 ust. 3 pkt 3 lit. b) i c) ustawy nowelizującej szczególnych form informacyjnych o dokonaniu czynności zmian umowy. Zamawiający nie zawiadamiają zatem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp o dokonaniu takiej zmiany umowy, gdyż zmiana umowy nie jest tożsama z postępowaniem prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego dotyczy powyższy przepis. Do przepisów intertemporalnych nie ma zastosowania także art. 144 ust. 1c ustawy Pzp po nowelizacji, który statuuje obowiązek zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazywania do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenia o zmianie umowy, gdyż ten przepis obliuguje zamawiających do przekazania takiej informacji jedynie w sytuacji gdy zmiana umowy następuje na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Reasumując:

- 1. W obecnym stanie prawnym niedopuszczalne jest udzielanie zamówień dodatkowych i uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki.**
- 2. Zamawiający, którzy zawarli umowy w sprawie zamówienia publicznego na skutek postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej mogą dokonywać zmian zawartej umowy, biorąc za podstawę przesłanki dotyczące zamówień dodatkowych i uzupełniających sprzed nowelizacji. Powyższe reguluje przepis intertemporalny z art. 19 ustawy nowelizującej.**
- 3. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, dopuszczalna jest zmiana umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, nawet jeśli zostały wykonane, w oparciu o art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c) oraz art. 19 ust. 3 pkt 3 lit. b) i c) ustawy nowelizacyjnej po spełnieniu przesłanek określonych w tych przepisach.**
- 4. Nie istnieje obowiązek informacyjny w przypadku dokonania powyższej zmiany umowy. Brak jest obowiązku informowania Prezesa UZP o dokonaniu takiej zmiany lub zamieszczenia we właściwym publikatorze ogłoszenia o zmianie umowy.**

WYŁĄCZENIE STOSOWANIA USTAWY NA ZAKUP CZASU ANTENOWEGO LUB AUDYCJI OD DOSTAWCÓW AUDIOWIZUALNYCH LUB RADIOWYCH USŁUG MEDIALNYCH

I. Zgodnie z treścią art. 4 pkt 3 lit. h ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 t.j.), dalej zwanej „ustawa Pzp”, ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień publicznych obejmujących zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., w sprawie zamówień publicznych, która weszła w życie 18 kwietnia 2014 r. (zwanej dalej: Dyrektywą klasyczną). Stosownie do treści art. 10 pkt b Dyrektywy klasycznej, jej przepisy nie znajdują zastosowania do zamówień publicznych udzielanych dostawcom audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, których przedmiotem jest nabycie czasu antenowego lub dostarczenie audycji. Przepis art. 10 pkt b Dyrektywy klasycznej, oprócz ww. wyłączenia określa również definicje „audiowizualnych usług medialnych” oraz „dostawcy usług medialnych”, odsyłając w tym zakresie do treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (zwanej dalej: Dyrektywą medialną).

W świetle art. 1 ust. 1 pkt a (i) Dyrektywy medialnej, „audiowizualna usługa medialna” oznacza usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych i której podstawowym celem jest dostarczenie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a Dyrektywy 2002/21/WE – audycji w celach informacyjnych rozrywkowych lub edukacyjnych. Taka audiowizualna usługa medialna jest przekazem telewizyjnym w rozumieniu lit. e niniejszego ustępu albo audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu lit. g niniejszego ustępu. Zgodnie natomiast z treścią art. 1 ust. 1 lit. d Dyrektywy medialnej, „dostawca usług medialnych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści, audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia tej treści.

W świetle przepisów ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. – o radiofonii i telewizji (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 639 ze zm.), przenoszącej na grunt prawa polskiego postanowienia Dyrektywy 2010/13/UE, „usługa medialna” definiowana jest jako usługa w postaci programu lub audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca i której podstawowym celem jest dostarczenie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych, a także przekaz handlowy (art. 4 pkt 1 ustawy). Natomiast „dostawca usługi medialnej” to osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydująca o sposobie zestawienia tej treści, będąca nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy).

Mając na uwadze treść powyższych przepisów należy stwierdzić, iż zamówienia, których przedmiotem jest zakup czasu antenowego lub audycji nie są objęte zakresem stosowania przepisów ustawy Pzp tylko w przypadku, gdy zamówienie udzielane jest nadawcy. Przy czym, zawarcie umowy na zakup czasu antenowego lub audycji programowej z wyłączeniem obowiązku stosowania w tym celu przepisów ustawy Pzp, z innym podmiotem, możliwe będzie w przypadku, gdy podmiot ten działa w imieniu i na rzecz nadawcy, jako jego pełnomocnik.

II. Udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit h ustawy Pzp, z wyłączeniem obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, wykonawcy działającemu w formie konsorcjum, możliwe będzie tylko w przypadku, gdy w skład konsorcjum wejdą nadawcy lub podmioty działające jako ich pełnomocnicy. Przepisy ustawy Pzp wskazują bowiem wyraźnie, iż zamówienia na zakup czasu antenowego lub audycji, poza reżimem ustawowym, mogą być realizowane wyłącznie przez podmioty będące dostawcami usług medialnych. Powierzenie w sposób bezpośredni realizacji zamówienia wykonawcom działającym wspólnie, w przypadku gdy przynajmniej jeden z nich nie jest dostawcą audiowizualnych lub radiowych usług medialnych stanowi zlecenie wykonania zamówienia podmiotowi ustawowo nieuprawnionemu. W konsekwencji udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, regulowanego przepisami ustawy Pzp.

III. Odnosząc się do kwestii dopuszczalności nabycia w ramach wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. h ustawy Pzp, usługi przygotowania audycji oraz jej emisji, należy stwierdzić, iż zasadnicze znaczenie dla przedmiotowej oceny ma ustalenie zakresu pojęć „audycja” oraz „czas antenowy”. W świetle przepisów art. 1 lit. b Dyrektywy medialnej oraz art. 4 pkt 2 ustawy o radiofonii i telewizji pod pojęciem audycji należy rozumieć ciąg ruchomych obrazów z dźwiękiem lub bez niego (audycja audiowizualna) albo ciąg dźwięków (audycja radiowa), stanowiący, ze względu na treść, formę, przeznaczenie lub autorstwo, odrębną całość w stworzonym przez dostawcę usługi medialnej programie lub katalogu audycji publicznie udostępnianych w ramach audiowizualnej usługi medialnej na żądanie. Przykładami audycji, w świetle przepisów dyrektywy, są filmy pełnometrażowe, transmisje wydarzeń sportowych, seriale komediowe, filmy dokumentalne, audycja dla dzieci oraz filmy i seriale telewizyjne. Przepisy prawa europejskiego, a także wdrażająca je ustawa o radiofonii i telewizji nie definiują natomiast pojęcia „czas antenowy”. Należy jednak zauważyć, iż ww. przepisy posługują się wielokrotnie sformułowaniami „czas trwania audycji” oraz „czas wykorzystywany na reklamy i telesprzedaż”. Tym samym, zasadnym jest przyjęcie, iż czas antenowy stanowić będzie czas emisji programu radiowego lub telewizyjnego pochodzącego od konkretnego nadawcy. Spod obowiązku stosowania procedur ustawy Pzp wyłączony jest zatem zakup praw do wykorzystania określonej części czasu programu telewizyjnego lub radiowego. Biorąc zatem pod uwagę brzmienie przepisu art. 4 pkt 3 lit. h ustawy Pzp i przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, przy uwzględnieniu regulacji wspólnotowych w przedmiotowym zakresie, należy stwierdzić, iż pod pojęciem zamówień mających za przedmiot zakup czasu antenowego, należy rozumieć zamówienia na świadczenie usług, których przedmiotem jest emisja materiałów programowych, w szczególności audycji i reklam, w ramach programu radiowego lub telewizyjnego. W konsekwencji, zamawiający decydując się na nabycie usług produkcji określonej audycji wraz z jej emisją przez nadawcę telewizyjnego lub radiowego, powinien udzielić zamówienia o charakterze kompleksowym na produkcję audycji oraz zakup czasu antenowego, w ramach którego zostanie ona wyemitowana.

IV. W kontekście powyższych wyjaśnień należy wskazać, iż podjęta w ramach niniejszej opinii próba zdefiniowania pojęcia „czas antenowy”, rozumianego jako czas emisji programu przez nadawcę radiowego lub telewizyjnego, w świetle definicji programu wskazanej w treści art. 4 pkt 6 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którą programem jest uporządkowany zestaw audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów, rozpowszechniany w całości, w sposób umożliwiający jednoczesny odbiór przez odbiorców w ustalonym przez nadawcę układzie, pozwala uznać, iż „czas reklamowy”, rozumiany jako czas emisji reklam lub innych przekazów handlowych, wpisuje się w zakres pojęcia czasu antenowego. W konsekwencji zamówienia publiczne obejmujące swym przedmiotem emisję przekazów handlowych, w tym reklam objęte są wyłączeniem obowiązku stosowania ustawy Pzp.

V. Wyłączenie obowiązku stosowania przepisów ustawy w oparciu o dyspozycję art. 4 pkt 3 lit. h ustawy Pzp, nie znajduje natomiast uzasadnienia w odniesieniu do zamówień w przedmiocie nabycia materiału reklamowego. Zgodnie z treścią art. 1 lit. h Dyrektywy medialnej, handlowy przekaz audiowizualny oznacza obrazy z dźwiękiem lub bez niego, które mają służyć bezpośredniemu lub pośredniemu promowaniu towarów usług lub wizerunku osoby fizycznej lub prawnej prowadzącej działalność gospodarczą. Obrazy te towarzyszą audycji lub zostają w niej umieszczone w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie lub w celach autopromocji. W świetle ww. definicji przekaz handlowy nie stanowi zatem audycji w rozumieniu Dyrektywy, a jest wyłącznie materiałem towarzyszącym audycji radiowej lub telewizyjnej. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie również na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, która w sposób wyraźny rozróżnia pojęcia audycji i przekazu handlowego, w szczególności w ramach definicji programu, wskazanej w art. 4 pkt 6 ustawy. W świetle ww. przepisów formy handlowego przekazu audiowizualnego obejmują m. in. reklamę telewizyjną, sponsorowanie, telesprzedaż i lokowanie produktu. Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający udzielający zamówienia publicznego na produkcję materiału reklamowego, lokowanie produktu lub sponsorowanie audycji radiowej lub telewizyjnej będzie zobowiązany do przestrzegania w tym celu przepisów ustawy Pzp.

VI. Pojęcie koprodukcji audycji nie zostało zdefiniowane ani w przepisach Dyrektywy medialnej ani ustawy o radiofonii i telewizji. Wydaje się, iż termin ten należy rozumieć jako produkcję audycji wspólnie przez więcej niż jednego wykonawcę. Tym samym, biorąc pod uwagę uprzednio poczynione wyjaśnienia dotyczące przesłanek dopuszczalności zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego art. 4 pkt 3 lit h ustawy Pzp, uznać należy, iż udzielenie zamówienia w przedmiocie koprodukcji audycji z wyłączeniem przepisów ustawy Pzp, możliwe będzie wyłącznie w okolicznościach, gdy zamówienie udzielone zostanie dostawcom usług medialnych.

MOMENT POWSTANIA OBOWIĄZKU PODATKOWEGO DLA USŁUG BUDOWLANYCH LUB BUDOWLANO-MONTAŻOWYCH

I. W interpretacji ogólnej z dnia 1 kwietnia 2016 r. Minister Finansów wskazał, co następuje:

Zgodnie z art. 19a ust. 1 ustawy o VAT, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 5 i 7–11, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust. 1. W odniesieniu do przyjmowanych częściowo usług, usługę uznaje się również za wykonaną, w przypadku wykonania części usługi, dla której to części określono zapłatę (art. 19a ust. 2 ustawy o VAT). Stosownie do art. 19a ust. 3 ustawy o VAT usługę, dla której w związku z jej świadczeniem, ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego okresu, do którego odnoszą się te płatności lub rozliczenia, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi. Usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres dłuższy niż rok, dla której w związku z jej świadczeniem w danym roku nie wpływają terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego roku podatkowego, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi.

Jak stanowi art. 19a ust. 5 pkt 3 lit. a ustawy o VAT obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury w przypadkach, o których mowa w art. 106b ust. 1, z tytułu świadczenia usług budowlanych lub budowlano-montażowych. Stosownie natomiast do art. 19a ust. 7 ustawy o VAT, w przypadkach, o których mowa w ust. 5 pkt 3 i 4, gdy podatnik nie wystawił faktury lub wystawił ją z opóźnieniem, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą upływu terminów wystawienia faktury określonych w art. 106i ust. 3 i 4, a w przypadku gdy nie określono takiego terminu – z chwilą upływu terminu płatności.

Natomiast, jeżeli przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi otrzymano całość lub część zapłaty, w szczególności: przedpłatę, zaliczkę, zadatek, ratę, wkład budowlany lub mieszkaniowy przed ustanowieniem spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego lub lokalu o innym przeznaczeniu, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą jej otrzymania w odniesieniu do otrzymanej kwoty, z zastrzeżeniem ust. 5 pkt 4 (art. 19a ust. 8 ustawy o VAT).

Stosownie do art. 106b ust. 1 ustawy o VAT podatnik jest obowiązany wystawić fakturę dokumentującą:

- 1) sprzedaż, a także dostawę towarów i świadczenie usług, o których mowa w art. 106a pkt 2, dokonywane przez niego na rzecz innego podatnika podatku, podatku od wartości dodanej lub podatku o podobnym charakterze lub na rzecz osoby prawnej niebędącej podatnikiem;
- 2) sprzedaż wysyłkową z terytorium kraju i sprzedaż wysyłkową na terytorium kraju na rzecz podmiotu innego niż wskazany w pkt 1;
- 3) wewnątrzwspólnotową dostawę towarów na rzecz podmiotu innego niż wskazany w pkt 1;
- 4) otrzymanie przez niego całości lub części zapłaty przed dokonaniem czynności, o których mowa w pkt 1 i 2, z wyjątkiem przypadku, gdy zapłata dotyczy wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów lub czynności, dla których obowiązek podatkowy powstaje zgodnie z art. 19a ust. 5 pkt 4.

Fakturę wystawia się nie później niż 30 dnia od dnia wykonania usług – w przypadku, o którym mowa w art. 19a ust. 5 pkt 3 lit. a (art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy o VAT).

Stosownie do art. 106i ust. 7 ustawy o VAT, faktury nie mogą być wystawione wcześniej niż 30 dnia przed:

- 1) dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi;
- 2) otrzymaniem, przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi, całości lub części zapłaty.

Stosownie do art. 106i ust. 8 ustawy o VAT, przepis ust. 7 pkt 1 nie dotyczy wystawiania faktur w zakresie dostawy i świadczenia usług, o których mowa w art. 19a ust. 3, 4 i ust. 5 pkt 4, jeżeli faktura zawiera informację, jakiego okresu rozliczeniowego dotyczy.

W przypadku usług budowlanych lub budowlano-montażowych decydujące znaczenie dla prawidłowego określenia momentu powstania obowiązku podatkowego ma data wykonania usługi lub data/termin wystawienia faktury, które są jednak determinowane przez datę wykonania usługi. Umowy o wykonanie usług budowlanych lub budowlano-montażowych mogą być skonstruowane w różny sposób, przewidując np. jednorazowe przekazanie całości wykonanych usług albo przekazywanie części wykonywanych usług (przekazywanie usług etapami) albo też mogą być ustalane następujące po sobie terminy płatności w związku ze świadczeniem tych usług, tj. usługa nie jest częściowo przyjmowana, lecz jest częściowo płacona (usługa o charakterze ciągłym). Celem zatem określenia w prawidłowy sposób momentu wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej każdorazowo należy badać postanowienia umowne w kontekście przytoczonych wyżej przepisów ustawy o VAT, przy czym należy mieć na uwadze, że określenie momentu wykonania tych usług dla celów podatku od towarów i usług powinno następować na podstawie obiektywnych przesłanek, a postanowienia umowne mogą mieć tutaj jedynie charakter pomocniczy.

O momencie wykonania usług budowlanych lub budowlano-montażowych decyduje faktyczne wykonanie tych usług (vide: wyroki sądów administracyjnych, m.in.: sygn. akt I SA/Kr 708/15, I SA/OI 118/15, I SA/Bd 190/15, I SA/Wr 2386/14, III SA/Wa 1664/14). Pojęcie wykonania usługi, o którym mowa w ustawie o VAT, należy rozpatrywać w kontekście regulacji dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L z 11.12.2006, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2006/112/WE” oraz w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej – „TSUE”) dotyczącego tych regulacji. Jak wynika z orzecznictwa TSUE, chwila, w której podatek staje się wymagalny (w momencie dostarczenia towarów lub wykonania usług), a tym samym możliwy do odliczenia przez podatnika (nabywcę), co do zasady nie może zostać określona przez spełnienie formalności, takich jak wpis do ksiąg rachunkowych usługodawców kosztów, jakie ponieśli oni przy świadczeniu ich usług (wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie C-18/13, pkt 46, EU:C:2014:69). W związku z tym – dla celów podatku od towarów i usług – nie należy wiązać momentu wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej ze spełnieniem formalności cywilnoprawnej, jaką jest podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego lub też np. w przypadku realizacji tych usług na warunkach kontraktowych FIDIC – z datą wystawienia określonych świadectw.

Mając powyższe na uwadze za datę wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej należy przyjąć datę faktycznego wykonania usługi, tj. dzień, w którym – w związku z wykonaniem określonej umową usługi lub jej części (jeżeli usługa jest przyjmowana częściowo) doszło do faktycznego zakończenia prac lub ich części – wykonawca zgłasza je do odbioru (w opinii wykonawcy usługi lub ich część są gotowe do ich przyjęcia przez nabywcę usługi).

II. Z wyjaśnień zawartych w interpretacji Ministra Finansów jednoznacznie wynika, że powstanie po stronie wykonawcy usługi budowlanej lub budowlano-montażowej (robót budowlanych) obowiązku podatkowego (podatku VAT) jest niezależne od dalszych czynności formalnych dokonywanych w relacji usługobiorca-usługodawca takich jak przyjęcie i podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego wykonanych robót budowlanych. W związku z powyższym, należy wskazać, że unormowania zawarte w omawianych przepisach ustawy o VAT winny znajdować odzwierciedlenie w postanowieniach poszczególnych umów w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są usługi budowlane lub budowlano-montażowe.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 j.t.) do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że zastosowanie znajduje wynikająca z art. 353¹ Kodeksu cywilnego granica swobodnego kształtowania stosunku cywilnoprawnego. Stosownie do ww. przepisu strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W tym miejscu podkreślić należy, że termin, w którym wykonawca usługi budowlanej lub budowlano-montażowej obowiązany jest wystawić fakturę VAT, został wyraźnie wskazany w art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy o VAT. Wobec powyższego niezgodnymi z powszechnie obowiązującymi unormowaniami rangi ustawowej z zakresu powstania obowiązku podatkowego (podatku VAT) są zatem wszelkie postanowienia umowy między zamawiającym a wykonawcą przewidujące obowiązek wystawienia przez wykonawcę faktury VAT dopiero po podpisaniu protokołów odbioru końcowych/częściowych czy innego rodzaju potwierdzeń przyjęcia wykonania zamawianych robót. Wykonawca ma bowiem obowiązek wystawienia faktury VAT zgodnie z przepisami ustawy o VAT, natomiast zamawiający obowiązany jest tę fakturę przyjąć bez względu na ewentualne zastrzeżenia co do nienależytego wykonania części/całości zamawianych robót.



ISBN: 978-83-88686-44-3

Warszawa 2016