

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kwiecień 2012 r.

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

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

Spis treści

AKTUALNOŚCI.....	2
➤ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku	2
➤ Wniosek legislacyjny KE (COM(2012) 124 final)	3
➤ Komunikat Komisji Europejskiej – Strategia dotycząca elektronicznych zamówień publicznych.....	12
➤ Zmiana postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2011 r. (KIO 2119/11) w przedmiocie odrzucenia odwołania z uwagi na brak wykazania umocowania do działania w imieniu odwołującego.....	12
➤ Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.....	14
➤ Cykl warsztatów dotyczących najważniejszych zagadnień związanych z procedurą udzielania zamówień publicznych.....	14
➤ Szkolenia i spotkanie informacyjne dla przedstawicieli instytucji kontroli w ramach projektu "Nowe podejście do zamówień publicznych"	15
PRAWO EUROPEJSKIE.....	16
LEGISLACJA	16
NOWE ORZECZNICTWO ETS.....	19
OPINIE PRAWNE	23
„Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia”	23
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	30
Nieprawidłowości związane z wadium stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP.....	30
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	51
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych	51
ANALIZY SYSTEMOWE.....	65
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 31.03.2012.....	65

AKTUALNOŚCI

➤ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku

W dniu 17 kwietnia 2012 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał do uzgodnień międzyresortowych „Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku” z 14 dniowym terminem zgłaszania uwag.

Dane przekazane przez zamawiających w rocznych sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach wskazują, iż w roku 2011 udzielono 186.232 zamówienia (w roku 2010 – 195.555) o wartości ok. 144,1 mld zł. Oznacza to, że w roku 2011 wartość rynku zamówień jest niższa w porównaniu do roku 2010, w którym była oszacowana na 167 mld zł, o prawie 14%.

Rok 2011 jest kolejnym, w którym nastąpił istotny wzrost odsetka postępowań, w których zastosowano tryb przetargu nieograniczonego – 82,07% (77,94% w roku 2010). Postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki realizowano w 13,90% przypadków (w roku 2010 – 17,20%), natomiast w trybie zapytania o cenę udzielono 2,91% zamówień (3,55% w roku 2010).

W poprzednim roku istotnie wzrósł odsetek postępowań udzielonych w trybie najbardziej konkurencyjnym – przetargu nieograniczonego oraz nastąpił spadek postępowań udzielanych w trybach ograniczających konkurencyjność – zapytaniu o cenę i zamówieniu z wolnej ręki. Tym samym, w ostatnich latach rozszerza się obszar zamówień publicznych zapewniający przedsiębiorcom niedyskryminacyjny dostęp do zamówień publicznych, system stał się bardziej przejrzysty, a także zmniejszyło się ryzyko nieefektywnego wydatkowania środków.

Pod względem wartości wydatkowanych środków w zamówieniach publicznych, podobnie jak w latach ubiegłych, dominowały roboty budowlane i stanowiły 39% ogólnej kwoty udzielonych zamówień. W przypadku dostaw kwota wydatków stanowiła 28%, zaś usług – 33% wartości udzielonych zamówień.

W roku ubiegłym skrócił się przeciętny czas trwania postępowania o wartości zamówienia poniżej progów unijnych do 31 dni (w roku 2010 – 33 dni). W przypadku zamówień o

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

wartościach powyżej progów unijnych przeciętny czas trwania postępowania wyniósł 81 dni (w roku 2010 – 100 dni). Średni czas trwania postępowania na roboty budowlane o wartości powyżej progów unijnych wyniósł 114 dni (w 2010 – 134 dni).

Średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania kształtowała się podobnie jak w roku 2010 i wynosiła odpowiednio w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych - 2,74 (w roku 2010 – 2,76), powyżej progów unijnych - 2,46 (w roku 2010 – 2,48).

W 88% udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, zamawiający dokonywali wyboru oferty najtańszej.

Dominującym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych była cena - w 91% wszczętych postępowań (w roku 2010 także 91%).

W 2011 r. częściej korzystano z aukcji elektronicznej. Za pośrednictwem udostępnionej bezpłatnie przez Urząd Zamówień Publicznych platformy przeprowadzono 651 aukcji, (w roku 2010 – 252) osiągając w sumie ponad 332 mln zł oszczędności w stosunku do złożonych w postępowaniach ofert pisemnych (w roku 2010 – ponad 89 mln zł).

Sprawozdanie, oprócz opisu rynku zamówień publicznych, zawiera także wnioski i rekomendacje co do konieczności podjęcia określonych działań w systemie zamówień publicznych dotyczących dalszego otwarcia tego rynku na konkurencję oraz ułatwienia dostępu przedsiębiorcom do zamówień publicznych.

➤ Wniosek legislacyjny KE (COM(2012) 124 final)

W dniu 21 marca 2012 r. opublikowany został wniosek legislacyjny dotyczący *Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług do rynku wewnętrznego Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje w sprawie dostępu towarów i usług z Unii Europejskiej do rynków zamówień publicznych państw trzecich (COM(2012) 124 final).*

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Dokument wdraża strategię *Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu* (COM(2010) 2020) oraz *Inicjatywę Przewodnią Europa 2020 Zintegrowana Polityka Przemysłowa w Erze Globalizacji* (COM(2010) 614), jak również wdraża *Akt o Jednolitym Rynku* (COM(2011) 206). Dokument stanowi również strategiczną inicjatywę *Programu Pracy Komisji 2011* (COM(2010) 623 final).

Podstawowym celem przedmiotowej inicjatywy jest poprawa warunków, zgodnie z którymi przedsiębiorstwa z UE mogą ubiegać się o udzielenie zamówień publicznych poza UE. W swym założeniu, dokument ma wyposażyć KE w skuteczny instrument wywierania wpływu w negocjacjach z innymi państwami, w celu szerszego otwarcia ich rynków zamówień publicznych dla przedsiębiorców unijnych, w tym także polskich.

Ponadto, celem dokumentu jest ustanowienie przejrzystych zasad dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych dla dostaw, usług i wykonawców z państw trzecich, zarówno tych z którymi UE zawarła umowy międzynarodowe w zakresie zamówień publicznych, jak i tych z którymi takie umowy nie zostały zawarte, a tym samym zapewnienie symetrii w tym zakresie we wzajemnych relacjach z państwami trzecimi. Inicjatywa unijna służyć ma zatem wyjaśnieniu sytuacji prawnej wykonawców z państw trzecich w zakresie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych.

[Tekst projektu rozporządzenia \(COM\(2012\)124 final\)](#)

Stanowisko Rządu RP

W dniu 19 kwietnia 2012 roku, Komitet ds. Europejskich przyjął przygotowany przez Urząd projekt stanowiska Rządu RP w sprawie dokumentu COM(2012) 124. W stanowisku wskazano, że Rząd RP popiera inicjatywę zmierzającą do uregulowania kwestii dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych wykonawców pochodzących z państw trzecich. Obecnie, wykonawcy unijni często spotykają się z trudnościami i ograniczeniami na rynkach państw trzecich podczas gdy wykonawcy pochodzący z tych państw korzystają z szerokiego dostępu do rynku unijnego. Potrzebny jest więc instrument, który zapewni równowagę w tym zakresie stanowiąc motywację dla państw trzecich do szerszego otwierania swoich rynków dla wykonawców z UE oraz ograniczając dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych tam, gdzie dostęp ten nie został przyznany w ramach wynegocjowanych przez UE umów handlowych.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Polska docenia zatem działania legislacyjne Komisji podjęte w interesie wykonawców unijnych, pragnie jednak wyrazić rozczarowanie sposobem uregulowania tej kwestii.

Projektowane rozwiązania należy ocenić jako nieskuteczne i niedostatecznie służące osiągnięciu pierwotnie wyznaczonych celów. W ocenie Polski prowadzą one do szerszego otwarcia unijnego rynku zamówień publicznych dla wykonawców z państw trzecich niż ma to miejsce obecnie.

Dotychczas niektóre państwa członkowskie stosowały na gruncie krajowym przepisy ograniczające dostęp do ich rynków zamówień publicznych w zakresie, w jakim pozwalają na to zawarte porozumienia handlowe. W świetle zapisów projektowanego rozporządzenia nie będzie możliwe utrzymywanie tego rodzaju regulacji w poszczególnych państwach członkowskich. Generalną zasadą ma być otwarcie unijnego rynku zamówień publicznych, również w odniesieniu do państw, z którymi UE nie ma podpisanych stosownych umów lub umowy te mają ograniczony zakres. Zgodnie z projektowanym rozporządzeniem, w przypadku braku umowy lub w przypadku zamówień nieobjętych umową ograniczenie dostępu do tego rynku będzie możliwe tylko za zgodą KE wyrażaną indywidualnie dla każdego postępowania, w którym instytucja zamawiająca zamierza odrzucić ofertę zawierającą więcej niż 50% towarów lub usług pochodzących spoza UE. Dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych będzie mógł być ograniczony również w drodze decyzji KE podjętej w stosunku do wykonawców pochodzących z państwa trzeciego utrzymującego środki restrykcyjne wobec wykonawców z UE. Zanim jednak taka decyzja zostanie podjęta poprzedzać ją będzie postępowanie wyjaśniające i konsultacje z zainteresowanym państwem. Procedura taka może być długotrwała i w efekcie nieskuteczna. Konieczność uzyskiwania zgody KE będzie także skutecznie zniechęcać instytucje zamawiające do korzystania z tego instrumentu.

W opinii Rządu RP, zaproponowana regulacja nie spełni także celu, którym miało być zmotywowanie państw trzecich do szerszego otwierania swoich rynków dla wykonawców z UE oraz do składania ambitniejszych propozycji w tym zakresie w trakcie prowadzonych negocjacji. Szerokie otwarcie rynku przy słabych instrumentach umożliwiających wprowadzenie ewentualnych środków ograniczających będzie zniechęcało te państwa do podejmowania ambitniejszych zobowiązań.

W odniesieniu do konkretnych propozycji Rząd RP zajmuje następujące stanowisko:

Traktowanie towarów i usług objętych zobowiązaniami

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

W ocenie Rządu RP rozwiązania w tym zakresie powinny odzwierciedlać rzeczywisty zakres zobowiązań podjętych w ramach umów zawartych przez UE. Tymczasem zapis zawarty w art. 4 projektowanego rozporządzenia nie jest jasny i w praktyce może budzić wątpliwości co do zakresu traktowania usług i towarów objętych zobowiązaniami międzynarodowymi na równi z towarami i usługami pochodzącymi z UE. W związku z tym należy doprecyzować stosowne zapisy w art. 4 tak, aby w sposób jasny wynikało z niego, że traktowanie na równi z towarami i usługami unijnymi przyznawane jest w zakresie nie szerszym niż wynika to z zawartych porozumień. Zastosowanie tej regulacji w praktyce będzie wymagało również precyzyjnego określenia w jakim zakresie i w odniesieniu do jakich państw UE związana jest zobowiązaniami międzynarodowymi. Z tego względu załącznik do rozporządzenia, w którym określono wykaz zawartych przez UE umów międzynarodowych w zakresie zamówień publicznych, powinien zawierać także informacje na temat zakresu zobowiązań podjętych w ramach tych umów.

Prawo instytucji zamawiających do wykluczania ofert obejmujących towary i usługi nieobjęte porozumieniami

Zastrzeżenia budzą rozwiązania dotyczące sposobu kwalifikacji ofert do wykluczenia ze względu na pochodzenie oferowanych towarów i usług oraz procedury zatwierdzania przez Komisję decyzji zamawiających w przedmiocie wykluczania ofert.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że projektowana w tym zakresie regulacja nie uwzględnia specyfiki procedur udzielania zamówień publicznych ani też nie pozwala rozwiązać problemów związanych z udziałem w procedurach zamówień publicznych wykonawców pochodzących z państw trzecich, z którymi UE nie ma podpisanych umów handlowych.

Projektowana regulacja zakłada możliwość odrzucenia, za uprzednią zgodą KE, oferty zawierającej więcej niż 50% towarów lub usług nieobjętych porozumieniami. Tego rodzaju rozwiązanie zostało już przewidziane w obecnie obowiązującej dyrektywie sektorowej (2004/17/WE). Dotychczasowe doświadczenia w tym zakresie wskazują, że nie jest ono stosowane w praktyce i budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych. Proponuje się zatem, aby mechanizm ten oparty był nie na możliwości odrzucenia oferty ale na możliwości wykluczenia wykonawcy z państwa trzeciego, jeżeli z państwem tym UE nie ma zawartej umowy handlowej lub zawarta umowa nie umożliwia dostępu dla wykonawców z danego państwa do określonych zamówień.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Istotne zastrzeżenia budzi również sama procedura wyrażania zgody przez KE na odrzucenie oferty zawierającej towary lub usługi nieobjęte porozumieniami. W ocenie Rządu RP nie jest uzasadnione ustanawianie kontroli KE w odniesieniu do konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącej wykluczania wykonawców lub odrzucania ofert w zamówieniach, które nie są objęte zobowiązaniami międzynarodowymi. Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość ograniczenia dostępu do danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie, w jakim pozwalają na to zawarte przez UE umowy międzynarodowe. Dodatkowo należy podkreślić, że procedura zaproponowana w tym zakresie przewidująca uprawnienie KE do podjęcia decyzji w ciągu dwóch miesięcy od złożenia przez instytucję zamawiającą wniosku o wyrażenie zgody, z możliwością przedłużenia tego okresu o kolejne dwa miesiące, będzie prowadzić do nadmiernego wydłużenia procedury udzielania zamówienia publicznego i zwiększenia obciążeń administracyjnych po stronie zamawiających. Jako taka będzie znacząco utrudniała efektywne i sprawne wydatkowanie środków publicznych. Stoi również w sprzeczności z podstawowym celem prac prowadzonych równoległe w zakresie modernizacji przepisów dotyczących zamówień publicznych, którym jest uproszczenie, usprawnienie i uelastycznienie obowiązujących procedur.

Ponadto, konieczność uzyskania zgody KE na odrzucenie oferty oraz związane z tym wymogi proceduralne, długotrwałość takiej procedury i ewentualne konsekwencje niezastosowania się do decyzji KE w tym zakresie w postaci nieważności umowy będą skutecznie zniechęcać instytucje zamawiające do korzystania z tego instrumentu. W efekcie tak określona procedura będzie nieefektywna i prowadzić będzie do skutków wręcz odwrotnych niż zamierzone.

Rząd RP postuluje zatem rezygnację z procedury wyrażania zgody przez KE na odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy w postępowaniach nieobjętych zobowiązaniami międzynarodowymi.

Rażąco tanie oferty

W ocenie Rządu RP regulacje dotyczące rażąco taniej oferty zawarte w projekcie rozporządzenia przyczynią się do większej przejrzystości w tym zakresie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawierają jednak instrumentów pozwalających na rozwiązanie problemu ofert rażąco tanich składanych przez wykonawców z państw trzecich korzystających z dofinansowania rządowego lub nieprzestrzegających standardów pracy

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

i standardów socjalnych. Kwestie te powinny w szerszym zakresie być uregulowane w projektowanych dyrektywach, mających zastąpić dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE.

Nieskuteczność umów zawartych z naruszeniem decyzji KE dotyczącej braku zgody na odrzucenie oferty

W ocenie Rządu RP, skutek w postaci nieważności umów zawartych z naruszeniem aktów wykonawczych Komisji w przedmiocie środków ograniczających dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych (określony w art. 16 ust. 2 projektu rozporządzenia), powinien być uzależniony od bezpośredniego wpływu takich naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotowy przepis nie powinien mieć zastosowania np. w sytuacji, gdy odrzucona przez zamawiającego, nawet wbrew decyzji Komisji, oferta nie będzie ofertą najkorzystniejszą, w świetle prawidłowo określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. W przeciwnym przypadku, skutek określony w projekcie rozporządzenia będzie niezgodny z zasadą proporcjonalności. Z uwagi na powyższe, w przedmiotowym przepisie powinno zostać zawarte zastrzeżenie łączące skutek w postaci bezskuteczności umowy z wpływem naruszenia na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Zaproponowane przez Komisję rozwiązanie w zakresie „automatycznego” skutku w postaci nieważności umowy jest sprzeczne z rozwiązaniami przyjętymi na gruncie dyrektyw 89/665 oraz 92/13 zmienionych przez dyrektywę 2007/66 (do której zresztą odwołuje się projektowane rozporządzenie), zgodnie z którymi to rozwiązaniami nieważność umów w sprawie zamówień publicznych:

- dotyczy wyłącznie najcięższych przypadków naruszeń przepisów o zamówieniach publicznych,
- nie jest sankcją automatyczną lecz jest wynikiem decyzji organu odwoławczego podjętą po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, na skutek skargi wniesionej przez wykonawcę mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia, którego prawa zostały naruszone przez niezgodną z prawem decyzję zamawiającego.

Procedury kontroli wykonywania przez Komisję uprawnień wykonawczych wobec przewidzianych w rozporządzeniu aktów wykonawczych i delegowanych

Rząd RP popiera zastosowanie zróżnicowanych, w zależności od regulowanej materii, systemów kontroli nad uprawnieniami wykonawczymi Komisji, przewidzianymi w projekcie rozporządzenia, tj. procedury sprawdzającej stosowanej w kwestiach regulowania dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych, a także decyzji kończącej dochodzenie w sprawie

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

podejrzenia stosowania środków ograniczających w zamówieniach oraz procedury doradczej, w kwestiach ustalania standardowych formularzy do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Najszerszy zakres oddziaływania będą mieć akty wykonawcze Komisji w przedmiocie środków ograniczających dla których przewidziana została procedura sprawdzająca. Adresatami tych aktów będą instytucje zamawiające, dla których akty te będą wiążące, skutkując brakiem skuteczności umów zawartych z naruszeniem tych aktów.

Środki te, o charakterze generalnym, dotyczyć będą wszystkich wykonawców, w tym wykonawców unijnych, którzy zechcą zaoferować towary lub usługi pochodzące z krajów trzecich, które nie zostały objęte porozumieniami w zakresie zamówień publicznych, wskazanymi w załączniku do rozporządzenia. Będą one oddziaływać bezpośrednio na sytuację podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w UE, wyznaczając zakres podmiotów, którym będzie mogło zostać skutecznie udzielone zamówienie.

Zakres aktów wykonawczych przewidzianych w projekcie rozporządzenia, z uwagi na wyżej wskazane propozycje wymagałby odpowiedniego dostosowania. W szczególności należałoby zrezygnować z procedury zatwierdzania przez Komisję decyzji zamawiających o odrzucaniu ofert zawierających towary lub usługi nieobjęte zobowiązaniami międzynarodowymi.

Dodatkowo, dla aktów wykonawczych określonych art. 9 ust. 4 projektu rozporządzenia, wyłączających możliwość zastosowania przez zamawiających art. 6 projektu rozporządzenia do towarów i usług z państw zaangażowanych w konkretne negocjacje z UE dotyczące dostępu do rynku zamówień publicznych, powinna zostać wprost przewidziana procedura sprawdzająca.

Polska popiera propozycję powierzenia Komisji uprawnienia do przyjmowania aktów delegowanych w zakresie wprowadzania zmian w załączniku do rozporządzenia w związku z zawarciem przez Unię nowych umów międzynarodowych lub zmianą w zakresie dotychczasowych umów. Polska nie zgłasza zastrzeżeń odnośnie powierzenia KE kompetencji do wydawania aktów delegowanych w powyższym zakresie na czas nieokreślony.

Uzasadnienie stanowiska Rządu

Wstępne stanowisko dotyczące inicjatywy w sprawie dostępu towarów i usług do rynku wewnętrznego UE w zakresie zamówień publicznych zawarte zostało w stanowisku Rządu RP przyjętym przez Komitet do Spraw Europejskich w dniu 11 października 2011 r.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

W konsultacjach przeprowadzonych przez Komisję, Rząd RP wyraził poparcie dla inicjatywy prawodawczej UE zmierzającej do zapewnienia większej symetrii w dostępie do rynków zamówień publicznych pomiędzy UE i jej partnerami handlowymi. Wskazano przy tym na potrzebę pełnego stosowania zasady wzajemności oraz większego otwarcia rynków zamówień publicznych państw, z którymi UE prowadzi obecnie negocjacje umów o wolnym handlu.

Ponieważ znaczna część państw trzecich znacznie szerzej stosuje środki ograniczające dostęp do krajowych rynków zamówień publicznych, w rezultacie wykonawcy, towary i usługi z UE, mają mniejszy dostęp do rynków zamówień publicznych państw trzecich niż towary, usługi i wykonawcy z państw trzecich do rynków zamówień publicznych UE. Dodatkowo, wiele państw trzecich nie wykazuje woli szerszego otwarcia swoich rynków zamówień publicznych na konkurencję międzynarodową. Na poziomie unijnym brak jest natomiast odpowiednich mechanizmów, które byłyby w stanie skutecznie skłonić państwa trzecie do otwarcia ich krajowych rynków zamówień publicznych dla wykonawców, towarów i usług z krajów UE. Z tego względu konieczne jest wprowadzenie instrumentu umożliwiającego wyegzekwowanie wzajemnych zobowiązań podjętych w ramach zawartych porozumień oraz wpływanie na państwa, z którymi UE prowadzi negocjacje.

Wprowadzenie mechanizmów zapewniających stosowanie wzajemności w relacjach handlowych między UE i jej partnerami handlowymi leży również w interesie polskich przedsiębiorców zamierzających ubiegać się o zamówienia publiczne w UE oraz poza nią. Obecnie polscy wykonawcy stosunkowo rzadko ubiegają się o zamówienia w innych krajach. Niemniej jednak powinni mieć możliwość konkurowania o zamówienia na innych rynkach, zwłaszcza biorąc pod uwagę dużą otwartość rynku europejskiego dla wykonawców spoza UE. Istotne jest również, aby instrument zawierał także stosowne narzędzia umożliwiające ograniczenie dostępu do rynku unijnego dla wykonawców z państw, z którymi nie ma stosownych porozumień oraz w zakresie w jakim stosowne porozumienia istnieją, ale nie przewidują dostępu do unijnego rynku w określonym obszarze. Konkurencja na rynku europejskim ograniczona zostałaby w ten sposób do przedsiębiorców z UE oraz z tych państw, którym przyznano dostęp do rynku unijnego, zwiększając tym samym szanse rodzimych wykonawców na uzyskanie zamówienia. Rozporządzenie powinno także, łącznie z właściwymi regulacjami w projektowanych nowych dyrektywach z zakresu zamówień publicznych eliminować nieuczciwą konkurencję ze strony wykonawców z państw trzecich, korzystających z dotacji państwowych lub naruszających standardy w zakresie prawa pracy i prawa socjalnego.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Proponowane w projekcie rozporządzenia rozwiązania nie zapewniają realizacji powyższych celów. Z tego względu należy poprzeć inicjatywę przyjęcia stosownego instrumentu w tym zakresie, krytycznie jednak odnosząc się do szczegółowych propozycji.

Należy zauważyć, iż pomimo obecnej asymetrii w dostępie do rynków zamówień publicznych UE i państw trzecich, rozwiązania zaproponowane w projekcie rozporządzeniu co do zasady otwierają jeszcze bardziej unijny rynek zamówień publicznych.

W propozycji rozporządzenia została bowiem ustanowiona generalna zasada, że na unijnym rynku zamówień publicznych towary i usługi objęte zobowiązaniami UE w zakresie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych, będą traktowane na równi z towarami i usługami z UE oraz nastąpi rozszerzenie takiego traktowania względem towarów i usług pochodzących z krajów najmniej rozwiniętych. Projekt rozporządzenia rozszerza także stosowanie przedmiotowej zasady również na umowy na koncesje.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, iż do tej pory w zakresie nieobjętym umowami handlowymi, poszczególne państwa członkowskie mogły przyjmować regulacje upoważniające/obligujące instytucje zamawiające do wykluczania wykonawców z państw nie objętych porozumieniami. Projekt rozporządzenia wyklucza taką możliwość. Propozycja regulacji pozbawia też mocy prawnej art. 58 i 59 dyrektywy 2004/17/WE, nie określając przy tym okresu przejściowego na dostosowanie krajowych przepisów w dziedzinie zamówień publicznych.

Należy także ocenić, iż instrument powierzony zamawiającym, w celu wykluczania ofert, w których wartość towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50% całkowitej wartości oferty, z uwagi na obostrzenia możliwości jego zastosowania oraz ryzyko znacznego przedłużenia trwania procedur udzielania zamówień publicznych, mieć będzie marginalne znaczenie.

Z kolei długotrwałe procedury prowadzące do ustanowienia przez Komisję środków ograniczających dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych w drodze aktów wykonawczych uzasadniają wniosek, iż proces przywracania symetrii w dostępie do rynków zamówień publicznych w wymiarze międzynarodowym, będzie procesem powolnym, a z uwagi na słabość przewidzianych instrumentów, również niepewnym co do zakładanych rezultatów.

➤ **Komunikat Komisji Europejskiej – Strategia dotycząca elektronicznych zamówień publicznych**

Komisja Europejska opublikowała na swej stronie komunikat „**Strategia na rzecz e-zamówień**” (COM(2012)179).

Elektroniczne zamówienia publiczne oznaczają wykorzystanie elektronicznych środków komunikacji poprzez zamawiających w trakcie przeprowadzania postępowań na usługi, dostawy i roboty budowlane. Wzrastające zainteresowanie elektronicznymi zamówieniami publicznymi może przyczynić się do znaczących oszczędności środków publicznych, a także do ułatwienia dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom.

- [Tekst Komunikatu Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno – Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia na rzecz e-zamówień” COM\(2012\)179 w angielskiej wersji językowej.](#)
- [Tekst Komunikatu Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno – Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia na rzecz e-zamówień” COM\(2012\)179 w polskiej wersji językowej.](#)

➤ **Zmiana postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2011 r. (KIO 2119/11) w przedmiocie odrzucenia odwołania z uwagi na brak wykazania umocowania do działania w imieniu odwołującego**

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 17 stycznia 2012 r. (sygn. akt V Ca 2739/11), wydanym na skutek skargi Prezesa UZP, zmienił postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2011 r. (KIO 2119/11) i oddalił odwołanie.

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie z powołaniem się na art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych wskazując na brak wykazania umocowania osoby podpisującej odwołanie do działania w imieniu odwołującego. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że załączony do odwołania odpis z KRS odwołującego nie potwierdza, że osoby udzielające pełnomocnictwa osobie podpisującej odwołanie były uprawnione do reprezentowania odwołującego w dacie udzielenia tego

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

pełnomocnictwa. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że powyższy brak odwołania nie podlega uzupełnieniu na zasadzie art. 187 ust. 3 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych, powołując się w tym zakresie na przepis § 13 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Sąd Okręgowy w Warszawie zmieniając ww. postanowienie wskazał w uzasadnieniu wyroku, iż Krajowa Izba Odwoławcza poza tym, że wadliwie oceniła złożony odpis z KRS, bezzasadnie przyjęła, iż uzupełnienie braków formalnych odwołania nie obejmuje wezwania do uzupełnienia odpisu z KRS potwierdzającego umocowanie do działania imieniu odwołującego osób udzielających pełnomocnictwa dla osoby podpisującej odwołanie. Zdaniem Sądu Okręgowego w Warszawie brak formalny odwołania w postaci braku pełnomocnictwa osoby działającej w imieniu odwołującego i podpisującej odwołanie dotyczy nie tylko samego dokumentu pełnomocnictwa pochodzącego bezpośrednio od mocodawcy (odwołującego), ale całego ciągu pełnomocnictw wykazujących umocowanie osoby podpisującej odwołanie do działania w imieniu odwołującego. W ocenie Sądu brak jest jakichkolwiek podstaw jurydycznych do identyfikowania pojęcia pełnomocnictwa w rozumieniu art. 187 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyłącznie z samym dokumentem pełnomocnictwa.

W ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie o zakresie dopuszczalności uzupełniania braków formalnych odwołania rozstrzyga art. 187 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zastosowanie tego przepisu nie może doznawać modyfikacji w świetle przepisów Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił również, iż przepis art. 187 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Przepis ten wprowadził do postępowania odwoławczego procedurę usuwania braków formalnych odwołania. Unormowanie to jest podyktowane potrzebą zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, co może być osiągnięte poprzez eliminację przypadków automatycznego odrzucania odwołań z powodu czysto formalnych uchybień, które mogą być usunięte przez odwołującego. Treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. (sygn. akt V Ca 2739/11) wraz z uzasadnieniem została zamieszczona na stronie internetowej UZP w zakładce Orzecznictwo ws. zamówień publicznych.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

➤ **Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej**

Przedstawiamy wyniki 299 kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, które Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził w 2011 r. Opracowanie zawiera również przykłady naruszeń stwierdzonych w toku kontroli.

[Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.](#)

➤ **Cykl warsztatów dotyczących najważniejszych zagadnień związanych z procedurą udzielania zamówień publicznych**

Odpowiadając na zapotrzebowanie zgłaszane przez instytucje zobowiązane do stosowania ustawy, Urząd Zamówień Publicznych zaplanował zorganizowanie w 2012 r. cyklu 10 warsztatów dotyczących najważniejszych zagadnień związanych z procedurą udzielania zamówień publicznych.

24 kwietnia 2012 r. w Warszawie odbył się pierwszy z cyklu 10 warsztatów dotyczących najważniejszych zagadnień związanych z procedurą udzielania zamówień publicznych, zaplanowanych do realizacji przez Urząd Zamówień Publicznych w 2012 r. Uczestniczyło w nim ok. 130 osób - przedstawiciele administracji publicznej.

W trakcie pierwszego spotkania zostały omówione zagadnienia związane z szacowaniem wartości zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia. Zajęcia prowadzili pracownicy Urzędu Zamówień Publicznych: Paulina Kalińska, Karol Kacprzak i Radosław Wojda.

Celem całego przedsięwzięcia jest umożliwienie pracownikom odpowiedzialnym za udzielenie zamówień publicznych rozwoju zawodowego, poszerzenie wiedzy oraz stworzenie forum wymiany doświadczeń między osobami zaangażowanymi w proces udzielania zamówień publicznych.

W trakcie kolejnych warsztatów omówione zostaną m.in. zasady właściwego wyboru trybu udzielania zamówień publicznych, w tym na tzw. usługi niepriorytetowe, prowadzenie licytacji i aukcji elektronicznej, dobór kryteriów oceny ofert oraz metodologia dokonywania oceny ofert, korzystanie z potencjału podmiotów trzecich, realizacja przedmiotu zamówienia przez podwykonawców, w tym zasady formułowania wymagań na etapie postępowania o

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

zamówienie publiczne, kwestie środowiskowe i społeczne w procesie udzielania zamówienia, zasady udzielania zamówień dodatkowych i zamówień uzupełniających, dopuszczalność dokonywania zmian w umowach.

➤ **Szkolenia i spotkanie informacyjne dla przedstawicieli instytucji kontroli w ramach projektu "Nowe podejście do zamówień publicznych"**

W marcu i kwietniu bieżącego roku Urząd Zamówień Publicznych w ramach projektu *"Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo"* współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego zorganizował następujące szkolenia:

22-23 marca 2012 r. w Kielcach,

29-30 marca 2012 r. w Koninie,

12-13 kwietnia 2012 r. w Nowym Sączu,

19-20 kwietnia w Krakowie.

Uczestniczyli w nich przedstawiciele administracji samorządowej. Tematem szkoleń było udzielanie zamówień w trybach negocjacyjnych, różnicowanie kryteriów oceny ofert w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych, udział małych i średnich przedsiębiorstw w procedurach przetargowych oraz instrumenty elektroniczne w zamówieniach publicznych.

W dniu 20 marca natomiast odbyło się spotkanie informacyjne dla przedstawicieli instytucji kontroli organizowane przez Urząd Zamówień Publicznych przy współpracy Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Lublinie. Wzięło w nim udział ok. 70 przedstawicieli instytucji kontroli z Lublina - Delegatury Najwyższej Izby Kontroli, Regionalnej Izby Obrachunkowej oraz Urzędu Kontroli Skarbowej.

W trakcie spotkania została przybliżona tematyka dotycząca kontroli postępowań w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych. Omówiono zagadnienia doboru kryteriów oceny ofert oraz stosowania trybów negocjacyjnych przez zamawiających. Przybliżono także temat instrumentów elektronicznych w zamówieniach publicznych. Zostały także zaprezentowane wyniki kontroli Prezesa UZP w zakresie określania kryteriów oceny ofert oraz wyboru trybów negocjacyjnych.

PRAWO EUROPEJSKIE

LEGISLACJA

1. Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (COM(2011)895)¹
2. Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych (COM(2011)896)²
3. Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania koncesji (COM(2011)897)³

W komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2011 r. „Akt o jednolitym rynku: Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania⁴” pośród dwunastu działań priorytetowych, które instytucje Unii Europejskiej mają przyjąć do końca 2012 roku, wymieniono **rewizję i unowocześnienie przepisów dotyczących zamówień publicznych** w celu uelastycznienia procedur udzielania zamówień oraz umożliwienia lepszego wykorzystania zamówień publicznych do wsparcia pozostałych obszarów polityki.

Jako **główne cele** projektowanych dyrektyw wskazano:

- a) **poprawę skuteczności wydatków w celu zagwarantowania możliwie najlepszych rezultatów zamówień pod względem relacji jakości do ceny.** Oznacza to w szczególności **uproszczenie i uelastycznienie** obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych. Usprawnione i skuteczniejsze procedury będą korzystne dla wszystkich wykonawców i ułatwią uczestnictwo zarówno małym i średnim przedsiębiorstwom, jak i oferentom transgranicznym.
- b) umożliwienie **lepszego wykorzystania zamówień przez zamawiających i wspieranie wspólnych celów unijnych**, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne

¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0895:FIN:PL:PDF>

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PL:PDF>

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:PL:PDF>

⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego” z dnia 13 kwietnia 2011 r., KOM(2011)2006, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1586>

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

gospodarowanie zasobami i większa efektywność energetyczna, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji, zatrudnienia i włączenia społecznego, a także zapewnienie możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych.

W zakresie projektowanej **dyrektywy koncesyjnej**, Komisja zwróciła uwagę na fakt, że udzielanie koncesji na roboty budowlane podlega obecnie ograniczonej liczbie przepisów prawa wtórnego, natomiast koncesje na usługi są objęte tylko ogólnymi zasadami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Luka ta powoduje poważne zakłócenia na rynku wewnętrznym, w szczególności ograniczając dostęp przedsiębiorstw europejskich, zwłaszcza małych i średnich, do szans gospodarczych związanych z koncesjami. Brak pewności prawa w tym zakresie skutkuje również brakiem efektywności.

Wobec powyższego, jako cel wprowadzenia dyrektywy w sprawie koncesji wskazano **ograniczenie niepewności przy przyznawaniu koncesji, a tym samym przysporzenie korzyści organom publicznym i wykonawcom**. Prawo UE nie ogranicza swobody wykonywania przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający leżących w interesie publicznym zadań, wchodzących w zakres ich kompetencji, własnymi środkami, jednak w przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje się zlecić realizację tych zadań podmiotowi zewnętrznemu, należy zapewnić faktyczny dostęp do rynku wszystkim wykonawcom z UE.

Ponadto, wskazano również że w kontekście surowych ograniczeń budżetowych i trudności gospodarczych doświadczanych w wielu państwach członkowskich Unii Europejskiej efektywna alokacja środków publicznych ma szczególne znaczenie. Odpowiednie ramy prawne regulujące udzielanie koncesji sprzyjałyby publicznym i prywatnym inwestycjom w infrastrukturę i usługi strategiczne, przy zapewnieniu najlepszego stosunku jakości do ceny. Potencjał inicjatywy ustawodawczej w sprawie koncesji w zakresie tworzenia europejskich ram partnerstw publiczno-prywatnych został podkreślony w komunikacie Komisji z 2009 roku „*Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych*”⁵.

⁵ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów „Wspieranie inwestycji publiczno-prywatnych krokiem w kierunku naprawy gospodarki i długoterminowej zmiany strukturalnej: zwiększanie znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych” z dnia 19 listopada 2009 r., KOM(2009)615, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0615:PL:NOT>

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Wszystkie powyżej wskazane projekty nowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych i koncesji mają zatem na celu **stworzenie nowoczesnych ram legislacyjnych regulujących zamówienia publiczne**.

W chwili obecnej, wszystkie trzy projekty nowych dyrektyw są przedmiotem prac na poziomie Grupy Roboczej ds. Zamówień Publicznych (G.02).

4. Projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu do rynku

Zgodnie z komunikatem prasowym⁶ zamieszczonym na stronie internetowej Komisji Europejskiej, w dniu 21 marca 2012 roku Komisja Europejska przedstawiła **wniosek dotyczący poprawy możliwości biznesowych dla unijnych przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych**.

Głównym celem inicjatywy jest **wniesienie wkładu w otwarcie światowych rynków zamówień publicznych i zapewnienie europejskim przedsiębiorstwom uczciwego dostępu do tych rynków**. Wniosek ma również na celu zapewnienie wszystkim przedsiębiorstwom (niezależnie od tego, czy mają one siedzibę w UE czy poza nią) równych warunków konkurowania na lukratywnym rynku zamówień publicznych w UE.

Jak podkreślono w komunikacie, zamówienia publiczne, opiewające na łączną kwotę 1 000 mld euro rocznie, mają wpływ na znaczącą część strumieni handlu światowego. W UE zamówienia publiczne stanowią około 19% PKB i są istotnym narzędziem napędzania wzrostu, w szczególności w okresie kryzysu gospodarczego. Rynek zamówień publicznych UE jest tradycyjnie bardzo otwarty. Tej otwartości nie zawsze jednak towarzyszy podobny stopień otwartości po stronie naszych partnerów handlowych. Globalnie jedynie jedna czwarta światowego rynku zamówień publicznych jest otwarta na konkurencję międzynarodową. Ograniczenia stosowane przez partnerów handlowych mają wpływ na sektory, w których UE jest wysoce konkurencyjna, takie jak budownictwo, transport publiczny, branża wyrobów medycznych, wytwarzanie energii i przemysł farmaceutyczny.

Nowa inicjatywa przedstawiona przez Komisję **ma jeszcze bardziej zachęcić partnerów handlowych UE do otwierania swoich rynków zamówień publicznych dla oferentów z UE**. Dzięki temu przedsiębiorstwa z UE będą mogły konkurować na rynku wewnętrznym z przedsiębiorstwami z państw trzecich na równych zasadach. **Celem omawianej inicjatywy jest rozszerzenie możliwości gospodarczych dla unijnych przedsiębiorstw zarówno w**

⁶<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/268&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en>

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

UE, jak i na arenie międzynarodowej, zwiększenie potencjału uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorstw w zglobalizowanej gospodarce oraz zwiększenie zatrudnienia i wspieranie innowacji w UE.

NOWE ORZECZNICTWO ETS

1. Orzeczenie z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10⁷ *SAG ELV Slovensko a.s. Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Procedury udzielania zamówień publicznych – Przetarg ograniczony – Ocena oferty – Żądanie instytucji zamawiającej zmierzające do uzyskania wyjaśnień w przedmiocie oferty – Przesłanki*

W powyższej sprawie, mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez *Najvyšší súd Slovenskej Republiky (Słowacja)* Trybunał wskazał:

- (...)zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert „**zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne**” [pkt 27];
- (...)zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających **wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert**, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (*zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 46–49*) [pkt 28];
- (...)zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, **skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności** pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, **stanowi wymóg dyrektywy 2004/18** mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach (*zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 57*) [pkt 29];
- (...)jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak **nie jest one czysto informacyjne**, i w związku z tym **nie**

⁷ Tekst orzeczenia odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Orzecznictwo ETS” - <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1690>

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska (wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-292/07 *Komisja przeciwko Belgii*, pkt 159) [pkt 30];

- (...)z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że **instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty** [pkt 31];
- Jednakże, **wyłącznie do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji**, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie o udzielenie wyjaśnienia pozwoliło danym kandydatom w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy ich ofert [pkt 32];
- (...)art. 55 dyrektywy 2004/18 **sprzeciwia się** w szczególności stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego – jak wskazał sąd krajowy w pytaniu trzecim – nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny [34];
- (...)w odróżnieniu od kwestii rażąco niskich ofert **dyrektywa 2004/18 nie zawiera żadnego przepisu przewidującego w sposób wyraźny sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia przez instytucję zamawiającą w ramach procedury ograniczonego przetargu, że oferta kandydata jest niedokładna lub niezgodna z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji** [pkt 35];
- Z samej natury procedury ograniczonego przetargu wynika, że gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, **zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej ani z inicjatywy kandydata**. Zasadę **równego traktowania** kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek **przejrzystości** sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami [pkt 36];
- Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, **prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania** [pkt 37];
- Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 **nie stoi zatem na przeszkodzie**, by w ustawodawstwie krajowym brak było przepisu nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

żądania od kandydatów w procedurze przetargu ograniczonego udzielenia wyjaśnienia ich oferty w zakresie dotyczącym wymogów technicznych zawartych w specyfikacji, zanim owa oferta zostanie odrzucona ze względu na niedokładność lub brak zgodności ze specyfikacją [pkt 39];

- (...)wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w **drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty**. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty [pkt 40];
- Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona **obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny** tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane [pkt 41];
- (...)żądanie udzielenia wyjaśnienia oferty może mieć miejsce dopiero po zaznajomieniu się przez instytucję zamawiającą z wszystkimi ofertami (*zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 51 i 53*) [pkt 42];
- (...)wskazane **żądanie powinno zostać skierowane w sposób jednakowy do wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w tej samej sytuacji**, o ile brak jest obiektywnie weryfikowalnej okoliczności mogącej uzasadnić odmienne traktowanie kandydatów w tym względzie, w szczególności gdy mając na uwadze pozostałe aspekty ofertę należy w każdym razie odrzucić [pkt 43];
- (...)wskazane **żądanie powinno odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji**, przy czym instytucja zamawiająca **nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania** [pkt 44].

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy Trybunał wydał następujący wyrok:

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Artykuł 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że, wymaga on istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu takiego, jak art. 42 ust. 3 ustawy nr 25/2006 o zamówieniach publicznych w wersji mającej zastosowanie do sprawy przed sądem krajowym, który przewiduje zasadniczo, że wówczas gdy kandydat proponuje cenę rażąco niską, instytucja zamawiająca kieruje do niego na piśmie żądanie udzielenia wyjaśnienia swej propozycji ceny. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie o udzielenie wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty.

Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego, takiemu jak art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

2. Wybrane orzecznictwo ETS odnoszące się do zagadnienia rażąco niskiej ceny

- Orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/99 *Fratelli Constanzo*;
- Orzeczenie ETS z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81 *Transporoute*;
- Orzeczenie ETS z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89;
- Orzeczenie ETS z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i 286/99;
- Orzeczenie ETS z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i 148/06;
- Orzeczenie ETS z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie T-495/04.

OPINIE PRAWNE

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

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, wskazuje w § 1 ust. 1 pkt 10, że zamawiający może żądać na okoliczność znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

1. Cel żądania polisy

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

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

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

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

- (1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);
- (2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

2. Zakres polisy

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

3. „opłacona” polisa lub inny dokument potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

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

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

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

Zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. Ustawa Pzp ani rozporządzenia wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksu cywilnego, które nakazywałyby uznać, że dla potrzeb wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

wymagane jest opłacenie wszystkich rat składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się co do zasady z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Wskazać zatem należy, że jeżeli w umowie ubezpieczenia postanowiono, że uiszczenie składki następować będzie w oznaczonych w umowie terminach, tj. w ratach (np. miesięcznych, kwartalnych, itp.), wówczas pierwsza rata składki, płatna przy zawarciu umowy ubezpieczenia, skutkuje rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej.

Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał zamawiający, a więc posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę. Żądanie opłacenia pełnej składki, pomimo że po zapłaceniu pierwszej raty aktywowała się odpowiedzialność ubezpieczyciela, jest więc nieuzasadnione. Powyższe stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w następujących wyrokach: wyrok z dnia 23 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 99/12; wyrok z dnia 2 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2234/11; wyrok z dnia 23.08.2011 r., sygn. akt KIO 1675, KIO 1676/10; oraz stanowisko powyższe podzielił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11.

Wskazać należy również, że z chwilą opłacenia pierwszej raty składki ubezpieczeniowej wykonawca zostaje objęty ochroną ubezpieczeniową na wskazaną przez zamawiającego sumę i okoliczności powyższej nie zmienia fakt, że data uiszczenia kolejnej raty składki jest określona przez konkretne zdarzenie w postaci zawarcia umowy w ramach danego zamówienia publicznego. Postanowienie powyższe nie powoduje bowiem w żaden sposób wstrzymania ochrony ubezpieczeniowej (por. wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11).

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

Zgodnie z art. 809 § 1 k.c. ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. Polisa nie jest jedynym dokumentem potwierdzającym

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

zawarcie umowy ubezpieczenia⁸. Przez pojęcie dokumentu ubezpieczeniowego należy rozumieć nie tylko polisę, ale także przykładowo legitymacje ubezpieczeniowe (potwierdzające zawarcie umów ubezpieczeń zbiorowych), czy tymczasowe zaświadczenie wystawione przez ubezpieczyciela⁹. Krajowa Izba Odwoławcza analizując pojęcie „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia” wskazała ponadto, że za dokument taki może być uznana również nota pokrycia, pod warunkiem, że spełniałaby ona wymogi wskazane w art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151, ze zm.), który stanowi, że polisa lub inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia przez oddział lub w inny sposób niż przez oddział w ramach swobody świadczenia usług musi zawierać informacje dotyczące: 1. adresu i siedziby zakładu ubezpieczeń lub odpowiednio adresu oddziału zakładu ubezpieczeń, który udziela ochrony ubezpieczeniowej; 2. miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia; 3. właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia; 4. daty zawarcia umowy ubezpieczenia i terminu jej obowiązywania; 5. przedmiotu umowy ubezpieczenia i warunków jej wykonania; 6. oznaczenia stron umowy ubezpieczenia; 7. wysokości składki ubezpieczeniowej; 8. wskazania ogólnych warunków ubezpieczenia, w oparciu o które została zawarta umowa ubezpieczenia oraz ich dostarczenia ubezpieczającemu¹⁰. Uzupełniając powyższe stanowisko, wskazać należy, że brak analogicznego obowiązku dla krajowych zakładów ubezpieczeń, choć przepisy rozdziału 1 dział II ustawy o działalności ubezpieczeniowej wskazują pewne obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w praktyce skutkujące ich umieszczaniem właśnie w wydawanym dokumencie ubezpieczenia¹¹.

Podsumowując, wskazać należy, że *innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej*

⁸ *Opinia sporządzona przez Z. Standara na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu w dniu 28 lipca 2006 r.*, tekst opinii dostępny w wersji elektronicznej na www.sejm.gov.pl;

⁹ Por.: Komentarz do art. 809 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] D. Mróz, Komentarz do ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U.07.82.557), w zakresie zmian do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93), LEX/el. 2008;

¹⁰ Por. wyrok KIO z dnia 22 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 610/09;

¹¹ Komentarz do art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.10.11.66), [w:] M. Adamowicz, A. Brodecka-Chamera, D. Fuchs, M. Glicz, B. Janyga, S. Koroluk, J. Kruczałak-Jankowska, K. Malinowska, D. Maśniak, J. Nawracała, M. Serwach, E. Spigarska, E. Wieczorek, A. Wowerka, Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Tom I, Komentarz, LEX, 2010, wyd. II;

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

działalności związanej z przedmiotem zamówienia, będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Z treści tego dokumentu lub z załączonego do niego dodatkowych dokumentów powinien wynikać fakt opłacenia przez wykonawcę składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy nie później niż do upływu terminu składania ofert. Użyte bowiem przez ustawodawcę określenie „opłacona” odnosi się bowiem nie tylko do pojęcia „polisa”, ale również do objętego koniunkcją „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

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

Podsumowanie:

- wykazanie się na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosowną polisą ubezpieczeniową ma na celu wykazanie się przez wykonawcę określonym statusem ekonomiczno-finansowym, nie zaś ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia;
- polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy, ale powinna potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia;
- wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; nie

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

można uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisy, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert;

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

- brak potwierdzenia w samym dokumencie polisy faktu jej opłacenia i brak załączenia przez wykonawcę innych dokumentów potwierdzających opłacenie polisy, powoduje że aktywuje się obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu;

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

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nieprawidłowości związane z wadium stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Instytucja wadium została uregulowana w ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 45 i 46. Ustawa Pzp określa zasady ustalania wysokości wadium, dozwolone formy i sposoby jego wnoszenia, termin wniesienia wadium oraz zasady zatrzymania wadium, a także jego zwrotu oraz konsekwencje nie wniesienia wadium przez wykonawcę.

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, celem zabezpieczenia ofert składanych przez wykonawców zamawiający ma obowiązek żądać wniesienia wadium w postępowaniach, których wartość przekracza tzw. progi unijne (określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), natomiast w postępowaniach o niższej wartości żądanie wadium uzależnione jest od woli zamawiającego. Mając na uwadze, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest definicji legalnej pojęcia „wadium” należy wskazać, iż zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę i orzecznictwo, przez wadium należy rozumieć sumę pieniężną, która przypadnie zamawiającemu od wykonawcy w przypadku ziszczenia się zdarzeń wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Głównym celem jakiego służy wnoszenie wadium, jest umocnienie obowiązku zawarcia umowy, ciążącego na wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wniesienie wadium ma bowiem na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przypisano wadium kolejną funkcję, jaką jest zapobieganie ewentualnemu porozumieniu wykonawców, zawartemu w celu wpływania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli tzw. zмовom przetargowym.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Zagadnienie terminu wniesienia wadium zostało uregulowane w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Celem wadium jest zabezpieczenie oferty wykonawcy, a więc powinno ono być złożone przed upływem tego terminu. Nieprawidłowym działaniem zamawiającego w tym zakresie byłoby żądanie wniesienia wadium wcześniej, tj. na kilka dni przed upływem terminu składania ofert, w przypadku natomiast postępowań złożonych z kilku etapów - na etapach poprzedzających złożenie oferty (wykonawca może nie przystąpić do kolejnego etapu, a wówczas żądanie wniesienia wadium byłoby niecelowe). Warto również zaznaczyć, iż wadium musi zostać wniesione na cały okres związania ofertą, w przeciwnym wypadku będzie to skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ustawa Pzp ze szczególnym rygoryzmem traktuje kwestie wnoszenia wadium. Powoduje to niemożność jego uzupełnienia po terminie składania ofert, pomimo że przepisy ustawy umożliwiają uzupełnianie innych dokumentów (tzw. podmiotowych i przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Problematyczna w praktyce okazuje się natomiast kwestia wniesienia wadium w pieniądzu, albowiem najpóźniej w terminie składania ofert powinno nastąpić uznanie kwoty na jaką została ustalona wysokość wadium na rachunku bankowym zamawiającego. Dopiero z tą chwilą zamawiający otrzymuje bowiem dostęp i możliwość dysponowania środkami pieniężnymi stanowiącymi wadium. Tak więc w przypadku, gdy do wyznaczonego terminu na składanie ofert nastąpi tylko obciążenie kwotą wadium rachunku wykonawcy, a bank nie zdąży z dokonaniem przelewu na rachunek bankowy zamawiającego, uznać należy, iż wadium nie zostało wniesione w terminie. Powyższe potwierdza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1995 r. (sygn: III CZP 164/94), a także liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 31 lipca 2009r. (sygn. akt KIO/UZP 942/09).

Omawiając zagadnienie terminu wniesienia wadium nie można pominąć kwestii powiązania wadium z terminem związania ofertą. Należy bowiem wskazać, że w przypadku terminów związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Prawo zamówień publicznych konstituuje samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą wskazując, iż bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, a dzień składania ofert wlicza się do okresu związania ofertą. Nie znajduje więc w tym przypadku zastosowania art. 111 § 2 k.c., zgodnie z którym - *termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w*

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Stosuje się natomiast zasadniczo pozostałe reguły dotyczące obliczania terminów określone w kodeksie cywilnym. Mając na uwadze powyższe, okres obowiązywania wadium należy liczyć analogicznie, jak w przypadku terminu związania ofertą. Wadium musi zabezpieczać ofertę w okresie, gdy wykonawca jest nią związany, a więc od dnia upływu terminu składania ofert. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 13 października 2005 r. (sygn. akt IV Ca 468/05) stwierdził, iż: „Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą”.

Kolejną kwestią wyłaniającą się na tle omawianej instytucji jest ustalenie wysokości wadium. Zgodnie z brzmieniem art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej części, jednakże kwota ta nie może być wyższa niż 3% wartości zamówienia. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

Odnosząc się natomiast do formy w jakiej wadium może zostać wniesione, to zagadnienie to reguluje art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm).

Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika, iż wykonawca w jednym postępowaniu może złożyć wadium w kilku formach, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej i gwarancji bankowej. Istotne jest, aby ich łączna wartość opiewała na kwotę wskazaną przez zamawiającego. Ponadto, Ustawodawca dał pełną swobodę wykonawcy wyboru spośród wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp form wnoszenia wadium. Jednakże w praktyce

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

kontrolnej Prezesa Urzędu zauważyć można, iż najbardziej popularną formą wadium jest forma pieniężna oraz gwarancja bankowa i gwarancja ubezpieczeniowa.

W tym miejscu warto poświęcić kilka słów formie pieniężnej wadium, albowiem w myśl art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, wadium wniesione w ww. formie powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Należy bowiem wskazać, iż uregulowanie zawarte w ww. przepisie dotyczące sposobu wpłaty wadium wniesionego w formie pieniężnej budziło wątpliwości interpretacyjne. Mianowicie, powstało na tym tle pytanie, czy pieniądze, które zostaną zaewidencjonowane na koncie zamawiającego, powinny zostać przekazane w drodze wpłaty gotówki w kasie banku zamawiającego, czy też przy wykorzystaniu polecenia przelewu. W wyroku z dnia 9 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 407/09) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż powyższa okoliczność nie ma żadnego znaczenia. *„Istotne jest bowiem to, iż wadium zostało wniesione w formie, która została dopuszczona na mocy przepisu art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Sposób przekazywania pieniędzy na poczet wadium nie może dyskredytować oferty. Z całą stanowczością należy bowiem podkreślić, iż nie ma on wpływu na skuteczność zabezpieczenia roszczeń zamawiającego. Cel ustanowienia wadium w żaden sposób nie zostanie naruszony”*.

Z kolei wykonawcy wybierający formę gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej powinni zważyć, iż gwarancja taka powinna wskazywać na wszelkie przypadki zatrzymania wadium wskazane w ustawie Pzp. Bezdyskusyjny jest fakt, iż nie ma wymogu ścisłego cytowania przepisów ustawy. Określenie warunków na jakich realizowana będzie gwarancja może nastąpić poprzez opisanie sytuacji, w których bank bądź ubezpieczyciel będzie zobowiązany do zapłaty. Warunki te mogą być również określone poprzez odesłanie do przepisów prawa, czy też poprzez wskazanie, że bank zapłaci na zasadach określonych w ustawie Pzp (również por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2009 r. znak: KIO/UZP 160/09). Jednakże wskazanie warunków realizacji gwarancji musi być na tyle dokładne i precyzyjne, aby nie budziło wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji. Powyższe potwierdza również treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku (sygn. sprawy: II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29) - treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 62/09). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki te zostały określone przepisami ustawy Pzp tj. art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. A zatem, gdy z treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przypadki zatrzymania wadium, jak już zostało wyżej wskazane, zostały wymienione w art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 4) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W sytuacji wystąpienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności, zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium w każdym przypadku, niezależnie od formy w jakiej zostało ono złożone. Należy jednocześnie wskazać, iż obowiązek zatrzymania wadium wraz z należnymi odsetkami, o którym mowa ww. przepisie, dotyczy wadium złożonego w formie pieniężnej na rachunku zamawiającego. W takim przypadku zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami wynikającymi z uzgodnionej z bankiem dla danej umowy rachunku bankowego. Zatrzymanie wadium ma charakter bezterminowy.

Ponadto, z dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 46 ust. 1a ustawy Pzp, wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano. Mając na uwadze, że na gruncie ustawy Pzp, brak jest definicji legalnej

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

pojęcia „niezwłocznie”, należy w tym zakresie posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy Pzp). Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13.12.2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06), „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 22.03.2001 r. sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z dnia 28.04.2004 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. 46 ust. 1 ustawy Pzp, należy interpretować w ten sposób, że po spełnieniu ustawowych przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, zamawiający zwraca wadium bez zbędnej zwłoki, po ustaniu powodów do jego przetrzymywania.

Brzmienie powyższych przepisów oznacza, iż wykonawca, który złożył ofertę uznaną w wyniku badania i oceny ofert za najkorzystniejszą, zwrot wadium uzyska niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile było ono przez zamawiającego wymagane. Pozostali wykonawcy, mają prawo dochodzić zwrotu wadium od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawców, którzy wycofali oferty z postępowania przed upływem terminu ich składania.

W wynikach kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do instytucji wadium:

Przykład 1 (KU/55/11)

Z dokumentacji niniejszego postępowania wynika, że wykonawca Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo załączył do oferty gwarancję wadialną, której okres obowiązywania rozpoczyna się z dniem 15.02.2011 r. Zgodnie natomiast z ogłoszeniem z dnia 19.01.2011 r., nr ..., poz. ... o zmianie ogłoszenia zamawiający zmodyfikował termin składania i otwarcia ofert z dnia 02.02.2011 r. na dzień 09.02.2011 r.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Z uwagi na cel i istotę wadium, powinno ono zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Jednocześnie, zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że wadium złożone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu powinno mieć termin obowiązywania rozpoczynający się co najmniej z dniem 09.02.2011 r.

Stosownie do treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Z uwagi na fakt, że wadium załączone do oferty wykonawcy Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo obowiązywało od dnia 15.02.2011 r. zaś termin związania ofertą biegł w niniejszym postępowaniu od dnia 9.02.2011 r. stwierdzić należy, że oferta ww. wykonawcy nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i w tej sytuacji zamawiający powinien był wykluczyć tego wykonawcę z niniejszego postępowania. Nie dopełniając tego obowiązku zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zalecił wykluczenie Konsorcjum: „B” Sp. z o.o. (lider), R. Przedsiębiorstwo z niniejszego postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład 2 (KU/190/11)

Jak ustalono na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, pismem z dnia 20 września 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, do „przekazania dokumentów potwierdzających zabezpieczenie wadium na okres zawieszenia związania ofertą, który upływa w dniu 7 listopada 2011 r. Zawieszenie związania ofertą wynika z wniesionego odwołania oraz kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”. W odpowiedzi na powyższe pięciu wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w postępowaniu przedłużyło ważność wadium do wymaganego przez zamawiającego okresu, natomiast szósty wykonawca - Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A. w piśmie z dnia 27 września 2011 r. poinformowało o wyrażeniu zgody „... na przedłużenie do dnia 7 listopada 2011 r. terminu związania ofertą w postępowaniu...” i w załączeniu przekazało kopię aneksu nr 2/2011 do gwarancji

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

ubezpieczeniowej ważnej do dnia 13 października 2011 r. (oryginał został dostarczony do zamawiającego w dniu 8 września 2011 r.). Jednocześnie konsorcjum zobowiązało się, iż „aneks nr 3 do gwarancji przetargowej przedłużający okres zabezpieczenia wadium do 7 listopada 2011 r. dostarczymy do siedziby zamawiającego do dnia 13 października 2011 r.”.

Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, wykonawca nie przedłożył ww. aneksu nr 3 do gwarancji.

Pismem z dnia 31 października 2011 r. zamawiający ponownie wezwał wszystkich wykonawców, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, w tym również ww. konsorcjum, „na podstawie art. 182 ust. 6 oraz art. 184 w związku z art. 170 ust. 4 ustawy Pzp (...) o przekazanie dokumentów potwierdzających zabezpieczenie wadium na okres zawieszenia związania ofertą, który upływa w dniu 30 listopada 2011 r. Zawieszenie związania ofertą wynika z wniesionego odwołania oraz kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”. Pięciu wykonawców wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużyło okres ważności wadium do dnia 30 listopada 2011 r. Z przesłanej przez zamawiającego dokumentacji wynika, że ww. konsorcjum nie odpowiedziało na niniejsze wezwanie zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 99 ustawy Pzp, zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Natomiast stosownie do treści art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając do składania ofert; przepisy [art. 45](#) i [46](#), [art. 60 ust. 2](#), [art. 64 ust. 1](#) i 3 oraz [art. 92](#) stosuje się odpowiednio.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy m.in. nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w [art. 46 ust. 3](#), albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Mając na uwadze istotę wadium i cel jego wnoszenia należy stwierdzić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez okres związania ofertą jest

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

niezgodny z ustawą Pzp¹². Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakładają obowiązek, aby oferta w trakcie postępowania była zabezpieczona wadium w okresie jej związania. W wyroku z dnia 26 sierpnia 2008 r.¹³ Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że *„nie do przyjęcia jest w świetle przepisów prawa sytuacja, w której wadium zostało udzielone na okres krótszy niż okres związania ofertą. Celem bowiem wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zatem wadium musi obowiązywać w całym okresie związania ofertą”*. W wyroku z dnia 25 lipca 2008 r.¹⁴ Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie przyjęła zaś, że *„brak wadium na pełny okres związania ofertą zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp”*. Również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19 maja 2008 r.¹⁵ wskazuje, że *„udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez okres związania ofertą, jest niezgodny z ustawą Pzp”*.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A., gdyż oferta tego wykonawcy po upływie terminu ważności wadium w dniu 13 października 2011 r. nie była należycie zabezpieczona, a tym samym spełniona została przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaniechanie powyższego obowiązku, tj. nie wykluczenie przez zamawiającego z przedmiotowego postępowania ww. wykonawcy, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum T. Sp. z o.o. (lider), K. Sp. z o.o., P. S.A. jako jedna z najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu nie została należycie zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu zalecił wykluczenie ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania.

Przykład 3 (KU/5/12)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, termin związania ofertą w kontrolowanym postępowaniu wynosił 90 dni, co oznacza, iż upływał w dniu 10.12.2011 r. Pismami z dnia

¹² Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 168/08, LEX nr 395865

¹³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 832/08, LEX nr 448647

¹⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 714/08;

¹⁵ wyrok SO w Warszawie z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 788/08

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

24.11.2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o jednoczesne przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium wyznaczając okres ważności ofert i wadium do dnia 08.02.2012 r. Pisemną zgodę na przedłużenie okresu ważności oferty oraz przedłużenie ważności wniesionego wadium lub wniesienie nowego wadium należało dostarczyć do siedziby zamawiającego do dnia 09.12.2011 r.

Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu m.in. Konsorcjum K. Sp. z o.o. (lider), P. S.A.; H. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu „nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu ważności oferty w terminie ważności oferty i określonym przez zamawiającego”.

Ww. Konsorcjum w dniu 5.12.2011 wniosło do zamawiającego Aneks nr A1 do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG53/0048/11/0125 z dnia 07.09.2011 r. oraz Uzupełnienie nr 2 do Gwarancji Przetargowej Nr 85/2011, w których przedłużyło okres ważności gwarancji do dnia 08.02.2012 r. Ponadto, w piśmie z dnia 14.12.2011 r. wyjaśniło, że „wniesione w dniu 5.12.2011 r. dokumenty: Aneks nr A1 do Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium Nr 02GG53/0048/11/0125 z dnia 7.09.2011 r. oraz Uzupełnienie Nr 2 do Gwarancji Przetargowej Nr 85/2011 oznacza przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 08.02.2012 r. zgodnie z wymogiem zamawiającego, co jest równoznaczne ze zgodą na przedłużenie okresu ważności oferty dokonany w wymaganym terminie.”

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Należy podkreślić, że przepis ten nie przewiduje w jakiej formie ma być złożone oświadczenie woli wykonawcy dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą. Wobec powyższego na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie znajduje w tym przypadku art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny. Zgodnie z ww. przepisem, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 401/08), w którym Izba uznała za właściwe stanowisko Odwołującego, iż „poprzez złożenie gwarancji wadiumnych złożył

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

dorozumiane oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż gwarancja wadialna dotyczy oferty, a nie innych dokumentów.” Tożsame stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ga 194/07, zgodnie z którym „złożenie wadium – w postaci gwarancji bankowej ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli *per facta concludentia* związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na funkcję jaką pełni wadium. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1000/10) jest nią zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę na rzecz zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. Zdaniem Izby „w związku z rolą, jaką odgrywa - wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Istnieje związek funkcjonalny pomiędzy terminem związania ofertą a wadium. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Gdy wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium”. Wobec powyższego należy uznać, że przedłużenie ważności gwarancji wadialnej jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w innym przypadku czynność tę należałoby uznać za bezcelową.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający wykluczając z przedmiotowego postępowania Konsorcjum K. Sp. z o.o. (lider), P. S.A.; H. Sp. z o.o. pomimo przedłużenia przez nie okresu ważności wadium do terminu wymaganego przez zamawiającego oraz złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu ważności oferty naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład 4 (KU/47/10)

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, termin składania ofert zamawiający wyznaczył na dzień 17 listopada 2008 r. do godz. 10.00, a otwarcie ofert na ten sam dzień na godz. 10.30. Zgodnie z rozdziałem XI.11.5 siwz, dokument potwierdzający wniesienie wadium należało złożyć do dnia 14 listopada 2008 r., do godziny 14.00

Stosownie do brzmienia art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca wnosi wadium przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że jako forma zabezpieczenia oferty, wadium powinno

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

być złożone przed upływem terminu składania ofert, ale najpóźniej do dnia składania ofert. Skrócenie terminu składania wadium w stosunku do wyznaczanego terminu składania ofert stanowi naruszenie art. 45 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykład 5 (KU/12/11)

Zgodnie z pkt D specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 1 000 000 zł. Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1) szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 32 672 032,66 zł, co oznacza, że kwota wadium została określona w wysokości 3,06 % wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia. Zamawiający określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, dokonał naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Przykład 6 (KU/248/10)

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania wykonawca C. S.A. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, do której załączył gwarancję wadialną nr 9340.03.1084403-71 wystawioną przez Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona ‘ la Caixa ‘ z siedzibą Paseo de la Castellana, Madryt (ww. gwarancja została złożona w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym).

Z ww. gwarancji wynika, że przewiduje ona następujące okoliczności uprawniające zamawiającego do żądania otrzymania płatności:

1. zleceniodawca, w odpowiedzi na wezwanie określone w art. 26 ust. 3 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 lub pełnomocnictw, chyba, że wykaże, iż wynikało to z przyczyn od niego niezależnych,
2. wystąpiła jedna lub kilka następujących okoliczności zgodnie z art. 46 ust. 5 polskiego Prawa zamówień publicznych:
 - zleceniodawca odmawia podpisania umowy o zamówienie publiczne,

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

- zleceniodawca nie przedstawił wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne z winy leżącej po stronie zleceniodawcy.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy zatem wskazać, że w treści tejże gwarancji gwarant nie wskazał wszystkich okoliczności zatrzymania wadium, które zostały wymienione w ustawie oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co oznacza, że oferta nie została prawidłowo zabezpieczona. Należy podkreślić, że ocena postanowień dokumentu wadialnego może opierać się wyłącznie na jego literalnym brzemieniu i to z treści dokumentu gwarancyjnego powinien wynikać nie budzący wątpliwości interpretacyjnych katalog przesłanek zatrzymania wadium.

Należy niewątpliwie wskazać, że kwestia zamiany sformułowania „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” na sformułowanie „z winy leżącej po stronie zleceniodawcy” ma znaczenie kluczowe i przesądza o konieczności uznania, że w treści gwarancji doszło do ograniczenia zakresu zabezpieczenia zamawiającego. Albowiem zwrot jaki zawiera art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp – z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy rozumieć szerzej niż wyłącznie z winy wykonawcy, gdyż przesłankę utraty wadium stanowi taki przypadek, uniemożliwiający zawarcie umowy, za który wykonawca ponosi odpowiedzialność niezależnie od zawinienia, chodzi tu bowiem o sytuacje, gdy wykonawca np. utraci uprawnienia do wykonywania prac, wchodzących w zakres zamówienia czy też np. nie otrzyma stosownych pozwoleń. W dyspozycji tej normy mieścić się może ponadto sytuacja przewidziana w art. 474 kc, gdy wybrany wykonawca nie podpisze umowy o zamówienie publiczne, z przyczyny wycofania się podwykonawcy z uczestnictwa w realizacji

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

kontraktu, gdyż relacje między podwykonawcą a wykonawcą są obojętne dla zamawiającego, wobec którego odpowiada wykonawca (w tym na ogół za działania podwykonawcy jak za swoje własne). A zatem, przyczyny te nie muszą wynikać z jego winy, a mogą być również wynikiem działań osób trzecich. Tym samym należy uznać, że sformułowanie w gwarancji wadialnej konieczności wystąpienia „winy” w sytuacji niemożliwości zawarcia umowy spowoduje trudniejsze, a może się okazać nawet niemożliwe do zrealizowania przez beneficjenta roszczenia z tytułu gwarancji. Za takim szerokim rozumieniem powołanej normy opowiada się orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyroki KIO/UZP 537/08, KIO/UZP 167/08) jak i Zespołu Arbitrów (np. wyroki UZP/ZO/0–3032/06; UZP/ZO/0–88/06; UZP/ZO/0–700/02).

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w ww. gwarancji wadialnej gwarant odwołuje się do przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 2396/10) odwołanie się w gwarancji do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp z jednoczesnym wskazaniem, jaką treść przypisuje gwarant temu przepisowi nie pozwala przyjąć, że gwarant podjął zobowiązanie na wypadek innej przesłanki niż wprost przez niego opisana, poprzez sformułowanie „nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne z winy leżącej po stronie zleceniodawcy”. Izba wskazała, iż z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek przenoszenia do treści gwarancji treści przepisów art. 46 ust. 4a i 5, a w konsekwencji, że wystarczającym jest odwołanie się do wskazanych przepisów ustawy. Jednak w przypadku gwarancji złożonej przez odwołującego nie mamy do czynienia z sytuacją, w której gwarant odwołuje się do odpowiedniego przepisu ustawy i poprzestaje na takim odwołaniu, co pozwoliłoby takiemu odwołaniu przypisać znaczenie wynikające z brzmienia przepisu, ale przypisuje mu własne, ograniczające odpowiedzialność gwaranta znaczenie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wskazany dokument gwarancji bankowej nie zabezpieczał możliwości zatrzymania wadium we wszystkich przewidzianych Prawem zamówień publicznych sytuacjach, brak bowiem możliwości jego zatrzymania w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Złożenie przez wykonawcę dokumentu stanowiącego gwarancję wadialną, który

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

nie spełnia dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp należy traktować jako nie złożenie wadium.

Mając powyższe na uwadze, ofertę złożoną przez wykonawcę C. S.A., należało uznać za niezabezpieczoną stosownym wadium, co obligowało zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, uważa się za odrzuconą. Zaniechanie zamawiającego wykluczenia ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Przykład 7 (KU/113/10)

Pismem z dnia 24.05.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum F. S.A. (lider), P. S.A., T. Sp. z o.o., Z. Sp. z o.o., P. Sp. z o.o. z ceną ... zł brutto.

Zamawiający poinformował również o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp [obecnie: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – dop. wł.] wykonawcy Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. z ceną ... zł brutto (najtańszy). Uzasadnieniem faktycznym wykluczenia był brak w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej zapisu mówiącego o „niepodleganiu przeniesieniu na rzecz osób trzecich”. Zgodnie bowiem z pkt 11.6 siwz, w przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja miała być co najmniej gwarancją „bezwarunkową, nieodwołalną, niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich i płatną na pierwsze pisemne żądania zamawiającego”. Zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi w toku kontroli, ponieważ dokument ten nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył wykonawcę (wadliwie wniesione wadium należy traktować jako nie wniesione).

Pismem z dnia 31.05.2010 r. wykonawca - Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. złożył protest na wykluczenie z postępowania i bezpodstawne uznanie wadium złożonego przez wykonawcę za wadliwe. Zdaniem protestującego załączona do oferty gwarancja wadialna wypełnia wszystkie wymogi ustawowe, tj. umożliwia zamawiającemu pełne zaspokojenie w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp oraz siwz, w tym również w zakresie wymogu nieprzenoszalności gwarancji. Protestujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 września 2009 (KIO/UZP 1082/09, 1095/09, 1112/09), który potwierdza jego stanowisko.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowy protest w dniu 10 czerwca 2010 r. poprzez jego oddalenie w całości. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 584/08, KIO/UZP 224/09, KIO/UZP 252/09) oraz zapisy siwz zamawiający wskazał, iż gwarancja wadialna m. in. nie może podlegać przeniesieniu na rzecz osób trzecich. W treści gwarancji wadialnej wniesionej przez Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H. nie znalazł się zapis mówiący, iż „gwarancja nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich”.

Analizując powyższy stan faktyczny przede wszystkim zauważyć należy, iż "niepodleganie przez wadium przeniesieniu na osoby trzecie" dotyczy instytucji cesji albo przejęcia długu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Ponadto przy interpretacji zapisów wadium należy opierać się nie tylko na literalnym brzmieniu gwarancji ubezpieczeniowej (wadium), ale należy również wziąć pod uwagę okoliczności oraz cel ustanowienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ochronę interesu zamawiającego). Treść gwarancji ubezpieczeniowej nie jest uregulowana przepisami, a ukształtowana głównie przez praktykę i znajduje oparcie przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, przy czym istotne cechy ma zbieżne z cechami gwarancji bankowej (tzn. jest abstrakcyjna, nieakcesoryjna i losowa). Przede wszystkim zaś w obu typach gwarancji przeniesienie praw z nich wynikających może dotyczyć wyłącznie uprawnionego (beneficjenta) czyli zamawiającego. Oznacza to, że tylko zamawiający może dokonać cesji, co w żaden sposób nie może być interpretowane jako ograniczenie jego uprawnień z gwarancji, czy stworzenie ryzyka niepełnego zabezpieczenia roszczeń z gwarancji.

"Niepodleganie przeniesieniu na osoby trzecie" - w kontekście zabezpieczenia interesów prawnych zamawiającego wynikających z wniesionego wadium należy zatem odnosić tylko do sytuacji zmiany dłużnika (banku, ubezpieczyciela); zmiana dłużnika możliwa jest jednak wyłącznie albo z woli wierzyciela (umowa wierzyciela z osobą trzecią) albo za jego zgodą (zgoda wierzyciela na zawarcie umowy dłużnika z osobą trzecią).

W obydwu przedstawionych powyżej sytuacjach wyłącznie od woli zamawiającego zależy, czy dojdzie do przeniesienia wadium w postaci cesji albo przejęcia długu. Tym samym niezależnie od tego, czy w treści gwarancji znajdzie się stosowna klauzula odnosząca się do "nieprzenoszalności wadium", bez akceptacji zamawiającego nikt inny nie może się stać beneficjentem gwarancji (cesja wierzytelności) ani zobowiązanym z tytułu gwarancji (przejęcie długu).

W konsekwencji uznać należy, iż zamawiający bezzasadnie wykluczył wykonawcę - Konsorcjum Z. S.A. (lider), K.S.A., P. S.A., S. m.b.H., który przedłożył gwarancję

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

ubezpieczeniową w której treści nie została zamieszczona klauzula dotycząca "nieprzenoszalności na rzecz osób trzecich". Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia niniejszego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2009r., która weszła w życie 22 grudnia 2009r. Pzp (obecnie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ww. wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 września 2010r. (sygn. akt KIO/KU 63/10), wskazując iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Przykład 8 (KU/214/11)

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zamieścił w treści pkt. 12.2.2 ppkt g) SIWZ wymóg, aby gwarancja była sporządzona zgodnie z obowiązującym prawem i zawierała następujące elementy: m.in. „bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego

- zawierające oświadczenie, iż wykonawca, który złożył ofertę w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, lub
- zawierające oświadczenie, iż wykonawca, którego ofertę wybrano:
 - odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
 - nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.”

W niniejszym postępowaniu dwaj wykonawcy, tj. P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z. złożyli gwarancje wadialne wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. Treść zobowiązania w obu gwarancjach jest identyczna. Gwarant zobowiązuje się do wypłaty tytułem wadium kwoty 740 000,00 zł. Z treści gwarancji wynika, że gwarant podejmuje się „bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” Z powyższego wynika, iż w treści gwarancji wadialnej nie ma zacytowanego warunku wypłacenia wadium wymaganego w pkt. 12.2.2 ppkt g) SIWZ.

Pismem z dnia 14 października 2011 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert wykonawców P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z. Jako podstawę prawną odrzucenia obu ofert zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem w/w wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, ze względu na nie wniesienie wadium do upływu terminu składnia ofert. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podnosi fakt nie zawarcia w gwarancjach obu wykonawców zapisu wymaganego na podstawie pkt. 12.2.2 ppkt g) SIWZ, co powoduje, że w treści gwarancji nie zostały określone warunki zatrzymania wadium. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia w/w wykonawców podaje, że złożony przez nich dokument gwarancji nie zabezpiecza możliwości zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie zamawiający podnosi, że gwarancja wadialna powinna precyzyjnie określać przypadki, w których beneficjent gwarancji jest uprawniony do skutecznego żądania zapłaty, a zapisy przedmiotowych gwarancji w połączeniu z powołaniem się na ustawę w brzmieniu z dnia 29 stycznia 2004 r. powodują, że przedmiotowa gwarancja nie gwarantuje wypłaty wadium na podstawie art. 46 ust. 4a, a tym samym gwarancja ta nie stanowi skutecznego zabezpieczenia wadium. W związku z powyższym zamawiający wykluczył w/w wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz odrzucił ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna. Treść gwarancji ubezpieczeniowej nie jest uregulowana przepisami, a ukształtowana głównie przez praktykę i znajduje oparcie przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, przy czym istotne cechy ma zbieżne z cechami gwarancji bankowej (tzn. jest abstrakcyjna, nieakcesoryjna i losowa). Wadium powinno spełniać swoją funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy (zarówno w ustępie 4a, jak i 5 tego przepisu). Celem regulacji ustawowej instytucji wadium jest zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień zamawiającego, poprzez groźbę przepadku wadium, w przypadku zaistnienia określonych w

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

w/w przepisie działań lub zaniechań wykonawców. Zamawiający nie ma obowiązku powielania w SIWZ zapisów ustawy dotyczących form wnoszonego wadium czy też okoliczności jego zwrotu bądź zatrzymania. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie może także tworzyć własnych regulacji lub stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznacza, że również do obowiązków wykonawcy, powinna należeć dbałość o to, aby wnoszone przez nich wadia były zgodne z ustawą Pzp. Przejawem dbałości o zgodność wnoszonego wadium z ustawą jest m.in. dopilnowanie, aby z treści gwarancji wadialnej wynikało zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 28/10 „Należy przyznać rację Odwołującemu, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odzworowania zapisów ustawy. Dopuszczalne jest na przykład ogólne odesłanie w treści gwarancji do przepisów prawa zamówień publicznych.” Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W niniejszym postępowaniu w/w wykonawcy wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych w wysokości i terminie wymaganym przez zamawiającego. Gwarancja odsyłała także do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (a nie - w brzmieniu z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), które określają przesłanki utraty wadium.

Zatem w niniejszym postępowaniu zapis umieszczony w przedmiotowych gwarancjach zabezpiecza interes zamawiającego i tym samym nie uzasadnia wykluczenia z postępowania P. Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: E. S.A., P. S.A., Przedsiębiorstwo Z., a w konsekwencji odrzucenia ich ofert. Przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania określa bowiem art. 24 ustawy Pzp (nie zaś postanowienia SIWZ) i przesłanki te nie zaistniały w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie w/w wykonawców z postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ww. wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 stycznia 2012r. (sygn. akt KIO/KU 105/11), wskazując iż zastrzeżenia zamawiającego nie

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

zasługują na uwzględnienie. Izba stwierdziła, że niewątpliwym jest, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie została stypizowana w przepisach prawa i stanowi specyficzną, ukształtowaną przez praktykę czynność ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. Jest to zobowiązanie ubezpieczyciela (gwaranta), które polega na tym, że jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, ubezpieczyciel wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób nie budzący wątpliwości.

W niniejszym stanie faktycznym kwestionowane przez zamawiającego gwarancje zawierają zapis, że gwarant zobowiązuje się „bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”. Ustawa Pzp również nie określa jaką treść powinna zawierać gwarancja wadium. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana. W przeciwnym razie nie można bowiem uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp, przy czym dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji jest bowiem możliwe poprzez opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających, czy też poprzez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych we wskazanej ustawie. Kwestionowane gwarancje odsyłają w swej treści do zaistnienia sytuacji określonych „(...) w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”. Zawierają więc generalną klauzulę wskazującą na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp i jest to na tyle precyzyjne wskazanie tych sytuacji, poprzez odesłanie do przepisów konkretnie wskazanej ustawy, które pozwala na zaspokojenie się z przedłożonych gwarancji. A ponieważ przepisy ustawy Pzp nie zawierają obowiązku ścisłego cytowania tych właśnie przepisów dla uznania prawidłowości wniesienia wadium koniecznym nie jest cytowanie wprost art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Dlatego też, biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do ich uwzględnienia.

Przykład 9 (KU/60/11)

W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że w dniu 21 marca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych wezwał zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy zamawiający zwrócił wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, zamawiający miał nadesłać dokumenty potwierdzające zwrot wadium powyższym wykonawcom.

Następnie, w dniu 18 kwietnia 2011 r. zamawiający dokonał zwrotu wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. 28 dni po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z treścią przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Zamawiający dokonując zwrotu wadium powyższym wykonawcom w terminie 28 dni od daty poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty uchybił treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 160/12 dotyczący sporu w sprawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego.

(...) dowód składany przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, mający służyć przekonaniu zamawiającego, że wykonawca ten dysponuje wymaganym do realizacji zamówienia zasobem, którym to dowodem może być między innymi, wymienione jako przykładowe w treści art. 26 ust. 2 b ustawy pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, powinien wskazywać wszelkie informacje, które pozwolą na przyjęcie (pozwolą zamawiającemu uznać za udowodnione), że w konkretnej sytuacji wykonawca ubiegający się o zamówienie, jakkolwiek samodzielnie nie spełnia danego warunku, to w momencie realizacji zamówienia będzie dysponować wymaganym zasobem jak własnym. Na gruncie analizowanego postępowania, wobec postawionego wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treścią udowodnienia za pomocą zobowiązania do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia objęty jest także udział podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia.

Nie sposób wnioskować, by z faktu zawarcia w „Zobowiązaniu”, oświadczenia, że podmiot trzeci zobowiązuje się do udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia na czas niezbędny do wykonania zadania należało wnioskować, że jego wystawca będzie brać udział w wykonaniu zamówienia, a w konsekwencji, że udzielenie wiedzy i doświadczenia w tym wypadku będzie pochodną udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Nie jest dopuszczalne pozostawienie tej kwestii domysłom lub wnioskowaniu Zamawiającego, jeśli wprost to nie wynika z treści zobowiązania. Nie jest także uprawnione wnioskowanie, zgodnie z którym, skoro w zobowiązaniu (lub innym dokumencie), o którym mowa w art. 26

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto deklarację udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to udziałem wystawcy takiego oświadczenia w realizacji zamówienia. O ile bowiem możliwa jest relacja odwrotna – fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu w zakresie wynikającym z tego udziału, nie sposób uznać, by taka sama sytuacja zachodziła, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazany jego udział w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajdzie wyraz w przekazaniu referencji (lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót) z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie brał udziału w wykonaniu tego zamówienia albo jego udział będzie obejmował zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji (lub innego tego rodzaju dokumentu) tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest także dopuszczalne zastąpienie elementu tego zobowiązania, jakim jest wymagane na gruncie przedmiotowego postępowania wskazanie udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 350 /12, KIO 357/12 dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego.

Istotą sporu jest ocena, czy informacje zawarte w dokumentach uzupełnianych przez wykonawcę w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogą być brane pod uwagę przy przyznawaniu ocen spełnienia warunków na podstawie art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Zajmując stanowisko w powyższej sprawie Izba

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

dokonała analizy przepisów prawnych i uznała, że dane zawarte w dokumentach uzupełnianych mogą służyć wyłącznie potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie mogą natomiast oddziaływać na sytuację wykonawcy w rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania o zamówienie publiczne.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, który regulowany jest przepisami 60a – 60e ustawy Pzp. W myśl art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Zgodnie zaś z ust. 3, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Z powyższego wynika, że kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następnie zaś – w przypadku, gdy liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do dialogu – dokonuje czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu, a określony warunek powinien mieć przypisaną wagę. Zaproszeni do dialogu powinni być wykonawcy, którzy spełniają warunki w najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów. W przedmiotowym przypadku punktowane było doświadczenie wykonawcy, które powinno wynikać ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów.

Punktem wyjściowym dokonanych rozważań jest art. 26 ust. 1 *in principio* ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku udzielania zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków składa się wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu. Wynika to z art. 50 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 60c ust. 2 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, iż składanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu razem z wnioskiem należy traktować jako zasadę. Przepis nakładający na wykonawców obowiązek jednoczesnego złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu stanowi realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

wykonawców. Dopuszczalność uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń po otwarciu wniosków stanowi poważny wyłom od tej zasady, a zatem może nastąpić wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez ustawę i nie może być interpretowana rozszerzająco.

Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Celem przepisu art. 26 ust. 3 jest ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w wyniku wezwania nie może nie brać pod uwagę celu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca stanowiąc ten przepis, a ponadto nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów po to, by nie dopuścić do jego wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zapobieżenie wykluczeniu wymaga wykazania, że wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu minimalne standardy polegały na wykonaniu należycie dwóch usług szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, a zatem celem wezwania było wykazanie, że odwołujący się te minimalne wymagania spełnia. Zamawiający uczynił więc zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że posiada on wymagane doświadczenie i – otrzymawszy taki dokument – nie wykluczył odwołującego się z postępowania oraz przyznał mu punkty za minimalne spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia mogą powodować przyznanie punktacji służącej do określenia listy wykonawców najlepiej spełniających warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powodowałyby to bowiem uprzywilejowaną sytuację dla wzywanego wykonawcy, który uzyskałby dodatkowy termin na

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

złożenie dokumentu powodującego korzystną zmianę jego położenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co prawda Izba zdaje sobie sprawę z tego, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ocena warunków pod względem ich najlepszego spełniania dokonuje się poprzez te same dokumenty, niemniej jednak należy dokonać rozróżnienia funkcji, dla której dokument taki jest składany. W ocenie Izby funkcją tą jest zapobieżenie wykluczeniu wykonawcy z postępowania, a nie wzmocnienie jego pozycji w postępowaniu. Możliwość złożenia w dodatkowym terminie dokumentu, dzięki któremu wykonawca otrzyma kolejne punkty i zmieni swą pozycję w rankingu, godzi w sposób rażący w zasadę równego traktowania wykonawców i premiuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę, który w terminie wyznaczonym na złożenie wniosków nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów. Z kolei wykonawcy, który w sposób rzetelny przygotowali i złożyli kompletny wniosek takiej możliwości są pozbawieni. Zamawiający, chcąc przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców musiałby bowiem wezwać wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu, do złożenia jeszcze jednego wykazu w celu jego ponownej oceny. Takie działanie pozbawione byłoby jednak podstawy prawnej. Brak jest bowiem możliwości wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który został złożony wraz z wnioskiem.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 390 /12 dotyczący spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę wymaganym sprzętem na dzień składania ofert.

Izba uznała, iż stanowisko odwołującego nie uwzględniało treści warunku udziału w postępowaniu wprowadzonej przez zamawiającego. Odwołujący wywodził, iż niezbędnym dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu było potwierdzenie dysponowania przez wykonawcę wymaganym sprzętem na dzień składania ofert. W ocenie składu orzekającego, prowadziło to do modyfikacji sposobu oceny spełniania warunku opisanego przez zamawiającego w siwz, poprzez jego zawężenie wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca miał dysponować sprzętem w dacie składania oferty. Tymczasem, zamawiający dopuszczał do udziału w postępowaniu nie tylko tych wykonawców, którzy dysponowali w

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

chwili składania oferty sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia, ale również wykonawców, którzy będą nim dysponować. Zgodnie z treścią siwz, nie było zatem konieczne faktyczne dysponowanie sprzętem w dacie składania ofert. Tym samym, składane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumenty - oświadczenia podmiotów trzecich, wymagane w sytuacji, kiedy wykonawca sprzętem nie dysponował, miały potwierdzać, iż na etapie realizacji zamówienia wykonawca będzie tym sprzętem dysponował. Nadmiernym, z punktu widzenia zapisów specyfikacji, byłoby oczekiwanie wykazania, iż podmiot trzeci oddawał do dyspozycji wykonawcy urządzenia już w dacie składania ofert. W tym kierunku zmierzała argumentacja odwołującego, czego Izba nie podzieliła, kierując się opisem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, iż oświadczenia podmiotów trzecich zawierały jednoznaczną deklarację gotowości przeniesienia własności urządzeń wskazanych w wykazie sprzętu, zidentyfikowanych rodzajowo w czasie pozwalającym na ich wykorzystanie do realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, iż nie tylko treść oświadczeń, ale również okoliczności w jakich zostały one złożone, wskazywały na istnienie w dacie złożenia oferty porozumienia poprzedzonego przeprowadzonymi przez strony uzgodnieniami, w przedmiocie warunków realizacji dostawy przez podmioty trzecie na rzecz wykonawcy konkretnych urządzeń w sposób umożliwiający wykonanie przedmiotowego zamówienia. Izba dokonała oceny treści oświadczeń złożonych w ofercie, jak i uzupełnionych na wezwanie zamawiającego, mając na uwadze specyficzne postanowienia specyfikacji, w których zamawiający za wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, uznawał przyszłe dysponowanie potencjałem technicznym. Tym samym na etapie składania ofert, oświadczenia podmiotów trzecich nie musiały dowodzić przekazania wykonawcy potencjału.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt 384/12 dotyczący uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnił wymogów formalnych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy jego oferta została uprzednio wybrana jako najkorzystniejsza.

W odniesieniu zaś do zgłoszonego zarzutu niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych rezygnacji przez Zamawiającego z podpisania umowy z Odwołującym oraz wyboru kolejnej

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, iż nie zaszła przesłanka do takich działań Zamawiającego, wskazana w tym przepisie. Zgodnie bowiem z jego dyspozycją, Zamawiający może dokonać takiej czynności tylko jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a w niniejszym przypadku Izba nie widzi podstaw do uznania, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy. Odwołujący bowiem, na życzenie Zamawiającego, trzykrotnie przedstawiał mu kosztorys, dokonywał poprawek oraz składał żądane przez Zamawiającego oświadczenia. Przy tym należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie wskazał Odwołującemu, jakie konkretne zastrzeżenia dotyczące niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też dokumentacją projektową każdorazowo podnosi w stosunku do przedstawianych mu kosztorysów. Odwołujący, po piśmie Zamawiającego z 6 lutego 2012 r., wniósł również o wyznaczenie terminu zawarcia umowy. Tym samym zachowanie Odwołującego należy uznać za konsekwentnie zmierzające do zawarcia umowy.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 8 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 393/12 dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania dokonanego przez zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego, zawarta przez niego umowa, ze względu na naruszenia przepisów, których dopuścił się prowadząc postępowanie, podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Należy jednak stwierdzić, że nie każde naruszenie przepisów ustawy, nawet jeśli – ze względu na etap, w którym znajduje się postępowanie – nie jest możliwe do usunięcia, stanowi okoliczność uzasadniającą unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, a zarazem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 tej ustawy. Okolicznością taką jest jedynie niezgodna z ustawą czynność lub zaniechanie, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wykazanie takiego wpływu obciąża Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie może być to wpływ bliżej nieokreślony i nieuprawdopodobniony.

Zdaniem Izby, Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, nie wykazał, że czynności podjęte z naruszeniem przepisów ustawy miały lub mogły mieć wpływ

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

na wynik postępowania. Zamawiający powołał się na wyniki przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej, które – jak twierdzi – obligowały go do unieważnienia postępowania. Tymczasem w Informacji o wyniku kontroli brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia o wpływie naruszeń na wynik postępowania oraz o konieczności unieważnienia postępowania. Co więcej, w Informacji o wyniku kontroli zostało sformułowane zalecenie zmierzające do usunięcia innej nieprawidłowości (co byłoby zupełnie niecelowe, gdyby Prezes Urzędu stał na stanowisku, że postępowanie podlega unieważnieniu). Również Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego, nie wskazała na istnienie podstaw do unieważnienia postępowania.

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe także nie wykazało, żeby naruszenia przepisów, które bezspornie miały miejsce, uniemożliwiły zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Po pierwsze, warunki udziału w postępowaniu (dotyczące doświadczenia kadry), których zmiana obligowała do przedłużenia terminu składania wniosków o 30 dni, zostały złagodzone w stosunku do pierwotnych, trudno więc uzasadnić tezę, że przedłużenie terminu tylko o 18 dni mogło ograniczyć krąg wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia. Po drugie, Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że wymóg złożenia oświadczenia o przynależności personelu do właściwych izb samorządu zawodowego, mógł wpłynąć na wynik postępowania. Wymóg ten nie miał oparcia w przepisach prawa, nie oznacza to jednak, że w jakikolwiek sposób mógł zaważyć na wyniku postępowania. Jego niespełnienie nie mogło stanowić (i nie stanowiło) podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Po trzecie, niezgodne z ustawą wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały sformułowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dopiero 12 września 2011 r., tj. po dokonaniu oceny wniosków i zaproszeniu do składania ofert, a więc w czasie, kiedy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie był już ustalony, a sporny wymóg, jako niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi, nie mógł być przez Zamawiającego egzekwowany. Trudno więc dopatrzeć się choćby potencjalnego wpływu tego naruszenia na wynik postępowania.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Wyrok KIO z dnia 8 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 397/12 dotyczący wykluczenia wykonawcy, który wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego prezentowanego w odwołaniu, jak i w toku rozprawy odnośnie regulacji przepisów przejściowych zawartych w ustawie z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Niewątpliwie stwierdzić należy, że przepisy tej ustawy w sposób zasadniczy wprowadziły do regulacji ustawy Pzp instytucję wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wyrządzenia zamawiającemu szkody w związku z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zamówienia. To przepisy tej ustawy wprowadzały także regulacje dotyczące prowadzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych listy nierzetelnych wykonawców (art. 24 a, art. 154 pkt 5a ustawy Pzp). Wskazane instytucje zatem zostały wprowadzone do ustawy Pzp w sposób zasadniczy właśnie przepisami tej nowelizacji. Wskazana powyżej ustawa nowelizacyjna z 5 listopada 2009 r. w sposób nieznaczny tylko doregulowała te instrumenty stosowane wobec nierzetelnych wykonawców (przesłanka do wykluczenia oraz lista prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych). W tym zakresie co do art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp mieliśmy do czynienia z nieznaczną korektą tego przepisu wyłącznie w zakresie tej okoliczności, czy wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z postępowania następuje z powodu wyrządzenia szkody stwierdzonej prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (nowelizacja z 2008 r.), czy też szkody stwierdzonej orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (nowelizacja z 2009 r.).

Niezależnie od ustaleń poczynionych przez Izbę powyżej co do obowiązywania w aktualnym stanie prawnym art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym przez przepisy nowelizacji z 5 listopada 2009 r. Izba odniosła się także do stanowiska Odwołującego dotyczącego brzmienia przepisu przejściowego ustawy nowelizacyjnej z 2008 r. – tj. art. 4 ust. 4 tej ustawy. W ocenie Izby przepis ten w żadnej mierze nie może odnosić się do wejścia w życie regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Po pierwsze podkreślić należy, że literalne brzmienie art. 4 ust. 4 tej ustawy na powyższe nie wskazuje. Ten przepis przejściowy w brzmieniu: „*Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe*” odnosi się bowiem do przepisów ustawy Pzp, które zostały nowelizowane przepisami ustawy z 2008 r. w zakresie umów, czyli – jak słusznie podniósł Zamawiający – przepisów ustawy Pzp umiejscowionych w art. od 139 do 151 ustawy Pzp, tj. w dziale IV ustawy Pzp. Tymczasem art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp znajdujący się w dziale II ustawy regulującym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie dotyczy wprost umów w sprawie zamówienia publicznego, tylko kwestii prowadzenia postępowania przez zamawiającego i obowiązku wykluczenia z postępowania nierzetelnych wykonawców.

Po drugie podkreślić należy, że na taki sposób rozumienia przepisów przejściowych ustawy nowelizacyjnej z 2008 r. wskazuje brzmienie pozostałych, zawartych w art. 4 tej ustawy regulacji. Ust. 1 art. 4 tej ustawy zawiera generalną normę przejściową uzależniającą stosowanie nowych regulacji nowelizacji od momentu wszczęcia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa nowelizacyjna z 2008 r. przewidywała konkretne zmiany w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej (protestów, odwołań i skarg) stąd też ustawodawca w tym zakresie zamieścił w ustawie nowelizacyjnej szczególną regulację odnoszącą się do tych instytucji (art. 4 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej). Tak samo ustawa ta zawierała konkretne zmiany w zakresie udzielania zamówień uzupełniających, stąd też odrębny w tym zakresie przepis przejściowy określony w art. 4 ust. 3 tej ustawy. Podobna regulacja zawarta w ust. 5 art. 4 nowelizacji odnosi się do szczególnych zmienianych regulacji odnoszących się do kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP. Nie sposób w odmienny sposób traktować przepisu przejściowego odnoszącego się do umów w sprawie zamówienia publicznego (art. 4 ust. 4 ustawy nowelizacyjnej). Przepis ten zatem - podobnie jak wskazane powyżej – odnosi się do nowowprowadzanych wskazaną regulacją przepisów dotyczących *stricto* umów w sprawie zamówienia publicznego uregulowanych w dziale IV ustawy Pzp. Przywołane przepisy przejściowe nie zawierają szczególnej regulacji odnoszącej się do wejścia w życie przepisów odnoszących się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dział II ustawy Pzp, a w nim art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Tym samym zatem w tym zakresie zastosowanie znajdzie regulacja generalna zawarta w art. 4 ust. 1 ustawy Pzp uzależniająca wejście w życie nowych wprowadzanych wskazaną nowelizacją regulacji prawnych od momentu wszczęcia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Taki sposób interpretacji przepisów przejściowych ustawy nowelizacyjnej z 2008 r. potwierdza choćby przepis przejściowy ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484), którą to nowelizacją wprowadzono w życie wyłącznie jeden przepis ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 1a. Przepis ten przewiduje podobną do określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, odnoszącą się do wypowiedzenia konkretnemu wykonawcy przez konkretnego zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie przewidziano w art. 2 tej ustawy generalny przepis przejściowy uzależniający wejście w życie tego przepisu od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie przepisu dotyczącego umów w sprawie zamówienia publicznego. W tym konkretnie zakresie Izba wypowiedziała się już w wyrokach z dnia 7 i 14 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1822/11 i KIO 1875/11), które to stanowisko Izba w przedmiotowej sprawie także potwierdza.

Izba zauważa także, że brak wpisania konkretnego wykonawcy na listę nierzetelnych wykonawców prowadzoną przez Prezesa Urzędu nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Takie stanowisko wyraził pośrednio Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (postanowienie z dnia 7 lipca 2009 r.; sygn. akt: V SA/Wa 658/09 oraz postanowienie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt: SA/Wa 1628/09), wskazując na wyłącznie informacyjny charakter listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 425/12 dotyczący wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Za nietrafne Izba uznała stanowisko zamawiającego, że dopiero po wyborze ofert - wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na nieprawidłowe wezwanie go do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Wręcz przeciwnie, jest to czynność podlegająca zaskarżeniu, od daty jej powzięcia. W innym przypadku, odwołanie w tym zakresie podlegałoby odrzuceniu po upływie ustawowego terminu jego wniesienia, liczonego od daty

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

powzięcia wiadomości o kwestionowanej czynności zamawiającego. Zachodziła sytuacja przewidziana w art. 182 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezaskarzenie bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów mogłoby prowadzić do próby ich zalegalizowania w trakcie ponownej oceny ofert. Natomiast niezastosowanie się do wezwania, skutkowałoby co najmniej utratą wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a więc poniesieniem szkody przez odwołującego. Z omówionych względów interes odwołującego we wniesieniu odwołania i jego legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp są niewątpliwe.

(...) Izba uznała w oparciu o ustalony materiał dowodowy w sprawie przytoczony jak wyżej, że treść oferty przystępującego Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Przystępujący złożył dokumenty opatrzone podpisem własnym statuujące treść oferty, na które składają się między innymi formularz ofertowy, zawierający również tabelę oferowanych – przewidzianych do zastosowania materiałów, którym zamawiający w odniesieniu do postawionych wymagań jakościowych - nadał rangę warunków koniecznych do spełnienia, tzw. granicznych.

Treść tych dokumentów - określających przedmiotowo istotne postanowienia oferty, nie może podlegać jakimkolwiek zmianom po upływie terminu złożenia ofert. Zgodnie z regulacją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, ani nie mogą stanowić negocjacji między zamawiającym a wykonawcami. W przekonaniu Izby, która nie podzieliła poglądów zamawiającego, że na potwierdzenie wyjaśnień mogą być składane dowolne dokumenty - przywołana norma nie odnosi się do żądania uzupełnienia jakichkolwiek dokumentów, które stanowiłyby podstawę oceny ofert, lecz pozwala jedynie na udzielanie wyjaśnień w drodze oświadczeń własnych wykonawcy. Wynika to z konieczności respektowania zasady przejrzystości postępowania. Możliwość żądania od wykonawców dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt. 1 i 3 cytowanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) przewiduje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże zakres tego żądania ograniczony jest zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyłącznie do dokumentów uprzednio wskazanych przez zamawiającego w

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w treści SIWZ nie wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. dokumentów na wykazanie, że zamawiane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, tj. rekomendacji technicznych, aprobat technicznych ITB, opisów, certyfikatów, itp. stanowiących potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego, według zobowiązania podjętego przez wykonawcę w treści oferty wykonania zamówienia w żądany sposób. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania i żądania tego rodzaju dokumentów ani od odwołującego, ani żadnego innego wykonawcy. Jak trafnie zauważył odwołujący, wynika to z faktu, iż stosowny zapis uprawniający do żądania przedmiotowych dokumentów nie został przewidziany przez zamawiającego w treści ogłoszenia i SIWZ. Zupełnie odrębną kwestią jest, że na oferowane wyroby, według wymagań zamawiającego, wykonawca winien być w posiadaniu dokumentów potwierdzających ich cechy jakościowe i dopuszczenia do stosowania, na co złożył odpowiednie zapewnienie w treści oferty. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż na obecnym etapie badania i oceny oferty odwołującego i przystępującego - zamawiający nie był uprawniony zarówno w nieprawidłowo zastosowanym trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w trybie art. 26 ust. 3 tej ustawy, do żądania dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), tj. między innymi aprobat technicznych ITB, rekomendacji technicznych, itp.

W tym znaczeniu należy odróżnić treść oferty, od dokumentów składnych na jej potwierdzenie, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Sam fakt, że zamawiający wymagał, aby zaoferowane materiały lub urządzenia posiadały wymagane polskimi przepisami dopuszczenia i badania potwierdzające spełnienie warunków ich stosowania na podstawie Polskich Norm lub aprobat technicznych ITB, nie upoważniał zamawiającego do żądania ich przedłożenia w dokumentacji oferty, lub na wezwanie, skoro nie zostały one uprzednio wymienione jako dokumenty, które należało obowiązkowo złożyć wraz z ofertą. Ponadto okoliczności powyższe zobowiązany jest sprawdzać nadzór budowlany w trakcie realizacji inwestycji. Jeżeli nawet wykonawca poza stawianymi wymaganiami dołączyłby atesty, aprobaty itp. na oferowane wyroby budowlane i urządzenia, to nie mogłyby być one brane pod uwagę

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

przy ocenie ofert, tym bardziej w celu pośredniego wywiedzenia, że wykonawca, mimo, że nie podał tego wprost w ofercie - zamierzał właśnie użyć takich materiałów i urządzeń, jakich owe dokumenty dotyczą.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 r. sygn. akt: X Ga 509/11 dotyczący udzielenia zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. sygn. akt V Ca 2739/11 w przedmiocie odrzucenia odwołania z uwagi na brak wykazania umocowania do działania w imieniu odwołującego.

[pełny tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 3/2012

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 31.03.2012

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	37 387	4 864	42 251
O udzieleniu zamówienia	38 566	7 195	45 761
O konkursie	29	6	35
O wynikach konkursu	14	8	22
O zmianie ogłoszenia	9 798	2 893*	12 691
O koncesji na usługi / roboty budowlane	8	8	16
O zamiarze zawarcia umowy	1 811	182	1 993
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	180	180
O profilu nabywcy	-	3	3
RAZEM	87 613	15 339	102 952

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	23,19%	7,05%
Dostawy	40,67%	52,57%
Usługi	36,14%	40,38%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,06%	95,99%
Przetarg ograniczony	0,54%	3,06%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,10%	0,68%
Dialog konkurencyjny	0,04%	0,27%
Licytacja elektroniczna	0,26%	-

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	95%	93%	88%	91%
Cena i inne kryteria	5%	7%	12%	9%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	29	0,08%
Dostawy	27	0,07%
Usługi	73	0,20%
Razem	129	0,35%

**Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	5	0,01%
Dostawy	18	0,05%
Usługi	41	0,11%
Razem	64	0,17%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

**Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	545	1,46%
Dostawy	516	1,38%
Usługi	1 131	3,02%
Razem	2 192	5,86%

**Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	6 829	18,27%
Dostawy	8 645	23,12%
Usługi	8 608	23,02%
Razem	24 082	64,41%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	14,90%	3,06%
Dostawy	42,29%	38,46%
Usługi	42,81%	58,48%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	79,32%	85,03%
Przetarg ograniczony	0,42%	2,47%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	2,50%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,09%	9,86% *
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,14%
Wolna ręka	16,40%	-
Zapytanie o cenę	3,53%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,19%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	8,704 mld zł
-------------------------	---------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	46%
Dostawy	28%
Usługi	26%

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

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

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
rok 2010	171 572	140 080	81,65%
I-III kw. 2011	126 893	106 044	83,57%
rok 2011	172 473	143 019	82,92%
styczeń 2012	10 547	8 304	78,73%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	6,72	2,92
Dostawy	2,41	1,47
Usługi	2,75	1,67
Średnio	2,92	1,80

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

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

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	8%
kujawsko-pomorskie	4%	5%
lubelskie	6%	5%
lubuskie	2%	2%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	16%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	5%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	9%
zachodniopomorskie	5%	5%

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

Rodzaj zamówienia	2011	2012
Roboty budowlane	38 dni	42 dni
Dostawy	31 dni	30 dni
Usługi	28 dni	29 dni
Średnio	31 dni	30 dni

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

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,55%
Administracja rządowa terenowa	2,28%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Administracja samorządowa	48,14%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,88%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,16%
Uczelnie publiczne	4,25%
Podmiot prawa publicznego	0,21%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	12,92%
Inny	21,60%

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,71%
Administracja rządowa terenowa	3,80%
Administracja samorządowa	37,25%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,24%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,25%
Uczelnie publiczne	7,29%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	17,33%
Zamawiający sektorowy	1,70%
Inny	23,44%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	9,77%	28,68%	61,55%
Administracja rządowa terenowa	8,18%	27,88%	63,94%
Administracja samorządowa	22,43%	27,23%	50,34%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	9,95%	46,39%	43,67%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	4,37%	37,76%	57,87%
Uczelnie publiczne	6,42%	55,61%	37,97%
Podmiot prawa publicznego w	3,33%	63,60%	33,07%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej			
Zamawiający sektorowy	5,14%	50,26%	44,60%
Inny	10,27%	46,30%	43,43%

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	65,45	0,14	0,00	0,00	0,00	28,39	5,87	0,14
Administracja rządowa terenowa	73,03	0,17	0,00	0,00	0,00	20,89	5,48	0,43
Administracja samorządowa	80,86	0,23	0,03	0,08	0,01	15,28	3,24	0,29
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	79,82	0,33	0,17	0,04	0,04	16,46	3,05	0,08
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	54,90	0,52	0,35	0,00	0,00	23,95	19,93	0,35
Uczelnie publiczne	72,00	0,12	0,00	0,12	0,00	24,28	3,45	0,03
Podmiot prawa publicznego	84,30	0,00	0,00	0,00	0,00	9,09	4,96	1,65
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	88,94	1,16	0,00	0,02	0,00	8,61	1,25	0,02
Inny	76,79	0,51	0,06	0,16	0,03	18,22	4,07	0,15

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Czechy	2	1 x usługi 1 x roboty budowlane	339 280 725 EUR
Dania	1	1 x usługi	762 272 EUR
Litwa	1	1 x dostawy	83 800 EUR
Luksemburg	6	6 x usługi	249 970 EUR
Łotwa	1	1 x dostawy	brak danych
Niemcy	1	1 x roboty budowlane	439 556 EUR
Szwecja	3	3 x dostawy	brak danych
Wlk. Brytania	2	2 x dostawy	brak danych
Razem	17	2 x roboty budowlane 7 x dostawy 8 x usługi	340 816 323 EUR

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

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			2	1 401 841					2	1 401 841
Belgia			2	336 728					2	336 728
Czechy			8	7 000 361	4	7 262 098			12	14 262 459
Cypr			1	18 651 775					1	18 651 775
Dania					1	602 415			1	602 415
Estonia			1	81 698					1	81 698
Francja			3	3 702 986					3	3 702 986
Grecja	1	19 555 936							1	19 555 936
Hiszpania	4	1 457 614 606			2	2 426 628			6	1 460 041 234
Holandia			8	17 274 992	1	1 765 364			9	19 040 356
Izrael					1	785 127			1	785 127
Japonia			1	270 000					1	270 000
Litwa			1	2 422 000	1	626 667			2	3 048 667
Łotwa			1	5 027 000					1	5 027 000
Niemcy	3	737 859 459	20	56 875 446	4	7 713 433			27	802 448 338
Rosja					2	2 075 075			2	2 075 075
Słowacja			1	742 879					1	742 879
Szwajcaria			20	611 375 200					20	611 375 200
Ukraina					1	47 309			1	47 309
USA			4	8 859 530	3	2 289 162			7	11 148 692
Wielka Brytania			46	9 175 679	9	23 924 006			55	33 099 685
Włochy			5	5 817 275	1	15 266 993	1	20 000	7	21 104 268
Razem	8	2 215 030 001	124	749 015 390	30	64 784 277	1	20 000	163	3 028 849 668

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	41	
Zakończone	39	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	26	67%
Stwierdzono naruszenia	13	33%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	23%
ponowna ocena	3	23%
uchybień formalne	7	54%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	32	
Zakończone	42	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	42	100%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	26	62%

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

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	11	
Zakończone	8	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	8	100%
w tym:		
	8	100%
uchybienia formalne	2	25%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	309	
Zakończone	268	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	39	15%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	632	
Rozpatrzone ogółem	676	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	60	9%
Odrzucone	42	6%
Umorzone postępowanie	78	12%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	101	15%
Oddalone	213	31%
Uwzględnione	182	27%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2012 r.	2011 r.
Roboty budowlane	29%	28%
Dostawy	30%	31%
Usługi	41%	41%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2012 r.	2011 r.
Liczba wniesionych skarg	34	38
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	6%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2012

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

*Joanna Czarnecka Anna Łagocka
Urszula Krynicka Joanna Orzeł
Anna Węclawska Izabela Rzepkowska*

pod kierunkiem Anity Wichniak Olczak

KONTAKT:

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