

INFO NOWE PZP

Nr 10-11/październik-listopad 2016 r.

Opracowanie: Józef Edmund Nowicki

www.blogprzetargi.pl

Spis treści

1. Kiedy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy ?	str. 4
2. Dwukrotne wezwanie wykonawcy do przedstawienia certyfikatów a uchylenie się od zawarcia umowy	str. 6
3. Czy omyłka pisarska w gwarancji wadialnej oznacza niewniesienie wadium ?	str. 7
4. Czy można wydłużyć lub skrócić rękojmię ?	str. 9
5. Czy zamawiający może skrócić termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo z 30 dni do 15 dni ?	str. 11
6. Różnica pomiędzy wyjaśnianiem a zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia	str. 12
7. Wykonawca, który nie rozumie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu sporządzenia oferty, nie tylko może, ale ma obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia	str. 15
8. Wartość zamówienia a wysokość żądanej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia w ramach warunku sytuacji ekonomicznej (zdolności ekonomicznej)	str. 16
9. Czy do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego ?	str. 16
10. Czy w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający musi przedłużyć termin składania ofert ?	str. 18
11. Użycie w art. 4 pkt 8 Pzp zwrotu „ustawy nie stosuje się” oznacza brak obowiązku stosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, a definicja zamówienia publicznego w żaden sposób nie jest powiązana z wartością zamówienia	str. 19
12. Małżonkowie należą do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp	

.....	str. 23
13. Wykonawca robót budowlanych nie musi mieć specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt budowlany i wykonać roboty budowlane zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej	str. 24
14. Czy na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp zamawiający mogą wyznaczyć spośród siebie zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania albo tylko do udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz ?	str. 26
15. Co oznacza użyte w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp sformułowanie „wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu” Pzp ?	str. 29
16. Czy w celu potwierdzenia wymaganej przez zamawiającego wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawca może łączyć kredyty udzielone przez wiele banków ?	str. 34
17. Wskazanie kwoty «0 zł» stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny	str. 35
18. Co powinien zrobić zamawiający, gdy wykonawca podał cenę najmu za 1 metra kwadratowego 5.946.435,12 zł (netto) + podatek VAT i cenę 6 285 847,32 (brutto) ?	str. 36
19. Radca prawny składa oświadczenie o niepodleganiu wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	str. 37
20. Jak należy interpretować „rażące niedbalstwo” ?	str. 38
21. Czy kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie jest wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT ?	str. 38
22. Czy wizja lokalna może zastąpić opis przedmiotu zamówienia ?	str. 39
23. Jak należy interpretować użycie w art. 90 ust. 1 Pzp spójnika „lub” ?	str. 41
24. Czy zamawiający może wystosować do wykonawcy wezwanie o charakterze ogólnym dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotne części składowych ?	str. 44
25. Czy wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje roboty budowlane nie objęte opisem przedmiotu zamówienia ?	str. 52
26. Różnica pomiędzy opóźnieniem a zwłoką w odniesieniu do naliczania kar umownych ?	str. 54
27. Czy można telefonicznie wyjaśniać treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ?	str. 58

28. Gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy str. 58
29. Na zamawiającym i wykonawcy ciąży obowiązek zabezpieczenia u siebie prawidłowego działania faksu str. 60
30. Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy, jeżeli ma wątpliwości, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu str. 63
31. Szkolenia z ustawy - Prawo zamówień publicznych str. 65

W INFO NOWE PZP Nr 10-11/październik-listopad 2016 r. zamieszczamy uzasadnienia 30 orzeczeń, ważnych i aktualnych także po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

Orzeczenia dotyczą ważnych zagadnień prawa zamówień publicznych, m. in. uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy, skrócenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, obowiązku wykonawcy badania projektu budowlanego, problematyki grupy kapitałowej w odniesieniu do małżonków, wizji lokalnej, różnicy pomiędzy opóźnieniem a zwłoką w odniesieniu do naliczania kar umownych, telefonicznego wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Orzeczenia stanowią również odpowiedzi na pytania uczestników szkoleń.

Zapraszamy do zapoznania się z INFO NOWE PZP Nr 10-11/październik-listopad 2016 r.

1. Kiedy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy ?

Wyrok z dnia 21 maja 2013 r., KIO 1123/13 dotyczy art. 94 ust. 3 Pzp

„Art. 94. 3. Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.”.

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta U. od właścicieli nieruchomości”. W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania uznania, że wykonawca S. sp. z o.o. uchyla się od zawarcia umowy i zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (...) art. 94 ust. 3 ustawy P.z.p. przez nie przyjęcie, że wykonawca S. sp. z o.o. uchylił się od zawarcia umowy, czego konsekwencją winno być zawarcie umowy z Odwołującym (...).

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę S. sp. z o.o. Zgodnie z treścią ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty termin podpisania umowy został oznaczony na dzień 6 maja 2013 r. Jak wynika z treści pkt 31 ust. 4 SIWZ wykonawca S. sp. z o.o. został zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu umowy z Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu III woj. śląskiego. Umowa ta winna być przedłożona przed zawarciem umowy z Zamawiającym. Odwołujący pismem z dnia 7 maja 2013 r. zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy przedmiotowa umowa została zawarta. Zamawiający pismem z dnia 7 maja 2013 r. poinformował Odwołującego, że umowa nie została zawarta, albowiem S. sp. z o.o. nie przedłożył umowy z Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu III woj. śląskiego. Poinformowano również, że wyznaczono S. sp. z o.o. nowy termin podpisania umowy na dzień 13 maja 2013 r. Zdaniem Odwołującego, takie działania Zamawiającego są niezgodne z przepisami ustawy Pzp, a nadto z SIWZ. W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego naruszają postanowienia pkt 31 ust. 5 SIWZ, albowiem zgodnie z treścią tego postanowienia Zamawiający w przypadku, gdy wykonawca przed wyznaczonym terminem podpisania umowy nie przedłoży wymaganych dokumentów powinien

uznać, że wykonawca uchyla się od podpisania umowy. W tej sytuacji powinien zostać zastosowany przepis art. 94 ust. 3 ustawy P.z.p. oraz pkt 31 ust. 3 SIWZ i Zamawiający powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

Wynik wykładni powołanego przepisu ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Biorąc pod uwagę, że termin „uchylać się” według Słownika języka polskiego, PWN, oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś” należy dojść do przekonania, że stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. (...). W ocenie Izby, okoliczności niniejszej sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia, że wykonawca, którego ofertę wybrano, uchyla się od zawarcia umowy. Bezspornym w niniejszej sprawie jest, że wykonawca S. Sp. z o.o. nie przedłożył umowy, zawartej z odpowiednim RIPOK, w terminie pierwotnie wyznaczonym przez Zamawiającego na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że przedmiotowy obowiązek wynikał z treści SIWZ. Jednakże nie sposób działań tegoż Wykonawcy zakwalifikować, jako uchylanie się od zawarcia umowy. Po pierwsze bowiem, wykonawca w terminie wyznaczonym na podpisanie umowy przybył do siedziby Zamawiającego i przedłożył, oprócz wymaganej umowy, inne dokumenty żądane przez Zamawiającego. Po drugie, wskazany Wykonawca przedstawił pismo, kierowane do podmiotu prowadzącego RIPOK oraz pismo, w którym podmiot ten zawarł zapewnienie o gotowości przyjęcia odpadów od Wykonawcy.

Na tej podstawie Zamawiający słusznie uznał, że działania podejmowane przez Wykonawcę mają na celu zawarcie umowy z RIPOK, a Wykonawca nie przedstawił przedmiotowej umowy nie z powodu braku woli jej zawarcia, ale z powodu trwających negocjacji między stronami w tym przedmiocie. Nadto, należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawodawca nie wskazał, w jakim terminie maksymalnie należy zawrzeć umowę, a uregulował jedynie kwestię terminu zawarcia umowy, w zakresie, kiedy najwcześniej jest to możliwe (art. 94 ust. 1 ustawy P.z.p.). Oznacza to, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy w terminie wcześniejszym niż wynika to z przepisów prawa, ale sam wyznacza ostateczny termin zawarcia umowy. W ramach uprawnień Zamawiającego mieści się zatem możliwość zmiany pierwotnego terminu wyznaczonego na zawarcie umowy, tym

bardziej, jeśli termin rozpoczęcia realizacji zamówienia jest niezagrożony a działania wykonawcy nie noszą znamion uchylania się.

Link do wyroku KIO 1123/13:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2013_1123.pdf

2. Dwukrotne wezwanie wykonawcy do przedstawienia certyfikatów a uchylanie się od zawarcia umowy.

Wyrok z dnia 25 kwietnia 2014 r., KIO 730/14

W ocenie Izby sposób działań Odwołującego, który był dwukrotnie wzywany do przedstawienia certyfikatów, pod rygorem niepodpisania umowy należy zakwalifikować, jako uchylanie się od zawarcia umowy, bowiem, wykonawca w pierwszym wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie tylko nie przedłożył wymaganych certyfikatów, ale zażądał wydłużenia terminu na ich złożenie. Za właściwe i modelowe należy uznać zachowanie Zamawiającego, który przychylił się do wniosku Konsorcjum i wydłużył termin na złożenie certyfikatów, zgodnie z oczekiwaniami wykonawcy, pomimo że można było przypuszczać, że termin rozpoczęcia realizacji zamówienia jest zagrożony. Jednak nie sposób uznać, że kolejne wezwanie Zamawiającego należy traktować jedynie jako wezwanie skierowane jedynie co do formy dokumentów, bowiem w jego treści Zamawiający jasno i klarownie opisał zastrzeżenia co do dokumentów złożonych przez Odwołującego.

Zatem opisane powyżej działania Konsorcjum nie wskazywały w sposób jednoznaczny na wolę zawarcia umowy i jej realizacji, lecz oznaczały grę na zwłokę tego wykonawcy, co w ocenie Izby stanowiło uchylenie się od zawarcia umowy. Twierdzenia Odwołującego, że wyraża chęć i gotowość podpisania i realizowania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego pozostają w sprzeczności z jego działaniami, których nie można zakwalifikować do katalogu działań mających na celu zawarcie umowy z Zamawiającym.

Link do wyroku KIO 730/14:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2014_0730.pdf

3. Czy omyłka pisarska w gwarancji wadialnej oznacza niewniesienie wadium ?

Wyrok z dnia 28 czerwca 2016 r., KIO 1040/16:

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu ofertę spełniającą wymagania SIWZ, natomiast druk gwarancji wadialnej zawierał omyłkę pisarską a właściwie brak literowy, tj. gwarancja wadialna była wystawiona na zadanie: „Remont mostu drogowego na rzece Krzeszów (...)”. Natomiast prawidłowa nazwa brzmiała: „Remont mostu na rzece Krzeszówce (...)”.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej:

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium a contrario, wskazać można, iż prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego.

Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego jest prawidłowa - dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zabezpiecza w pełni interesy Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko, że ze względu na abstrakcyjność stosunku gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego

stanowiska, że omnia sunt interpretanda, paremia clara non sunt interpretanda oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych.

Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia. Określona interpretacja treści gwarancji, np. przyjmowanie pewnego znaczenia wskazanych w niej przesłanek zatrzymania wadium, zakresu zabezpieczenia, a nawet nazw i oznaczeń, która nie odwołuje się do causae czynności, ale dotyczy ustalania samej treści gwarancji, nie przekreśla wcale jej abstrakcyjnego charakteru.

Tak też w zastanym przypadku, interpretacja okoliczności jakiego przetargu przedmiotowa gwarancja dotyczy jest samonarzucająca, naturalna, oczywista, intuicyjna i jedyna możliwa. Stanowisko, że rzeczona gwarancja dotyczy jakiegoś dokonywanego przez Gminę Krzeszowice, remontu mostu drogowego na rzece Krzeszów, w k.m. 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra..., a tym samym, że na pewno nie dotyczy prowadzonego przez Gminę remontu mostu drogowego na rzece Krzeszówce, w k.m. 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości Nawojowa Góra... - nie jest warte komentowania. Również hipostazowanie, że gwarant może odmówić realizacji obowiązków gwarancyjnych pod pretekstem, iż wystawiona przezeń gwarancja dotyczy innego postępowania niż przetarg prowadzony przez Zamawiającego, pozbawione jest podstaw. W ocenie Izby tego typu działanie towarzystwa ubezpieczeniowego nie mieściłoby się w jakichkolwiek standardach i miernikach oceny działalności ubezpieczeniowej, ustalonych zwyczajach kupieckich panujących w tym segmencie rynku, czy zasadach współżycia społecznego. Przyjmowanie takiej możliwości może być sensownie rozpoznawane jedynie na gruncie logiki modalnej i ontologii możliwości, a nie jako możliwość w rozumieniu podmiotowego uprawnienia do określonego działania związanego z istnieniem bądź nieistnieniem danego zobowiązania gwarancyjnego. **Jeśli ubezpieczyciel odmówiłby wypłaty sumy gwarantowanej z powodu braku w treści wystawionej przezeń gwarancji dwóch liter w nazwie rzeki, nad którą most jest remontowany, oznaczałoby to, że mógłby odmówić realizacji gwarancji pod jakimkolwiek innym, równie absurdalnym, pretekstem.**

Link do wyroku KIO 1040/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_1040.pdf

4. Czy można wydłużyć lub skrócić rękojmię ?

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2005 r., II CK 28/05

Podstawowe znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma ustalenie, czy przewidziany w art. 568 k.c. termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może być przedłużony umową stron. Z jednej strony przepis ten zezwala na umowne rozszerzenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi, co sugerować może, że nie jest wyłączone ustalenie w umowie stron dłuższego terminu dla wygaśnięcia uprawnień wynikających z rękojmi, co znajduje mocne oparcie w fundamentalnej dla prawa zobowiązań zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353 [1] k.c. Z drugiej jednak strony wiele argumentów przemawia za uznaniem, że art. 568 k.c. ma charakter iuris cogentis i jest wyjątkiem od przewidzianej w art. 558 § 1 k.c. swobody stron w decydowaniu o kształcie odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Rękojmia jest instytucją, która została ukształtowana przez ustawę, rola woli stron jest więc tu drugorzędna, inaczej niż przy pełniącej podobną funkcję gwarancji. Ma ona na celu przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron i przewiduje silną ochronę kupującego, sprzedawca nie może jednak zbyt długo pozostawać w niepewności, czy sprzedaż ma charakter definitywny. Wyrazem tej funkcji rękojmi jest art. 568 k.c., który przewiduje roczny termin dla dochodzenia uprawnień z rękojmi, ustalając przy tym, że po tym terminie uprawnienia te wygasają.

Wykładnia językowa wskazuje, że jest to regulacja niedopuszczająca wyjątków, a wniosek taki jest tym bardziej zasadny, iż w art. 577 § 2 k.c. wyraźnie zezwala się na ustalenie dłuższego niż rok terminu odpowiedzialności z tytułu gwarancji. Wszystko to wskazuje na wolę ustawodawcy, aby termin z art. 568 k.c. nie mógł być wydłużany. Dodatkowo wskazuje się w literaturze, że terminy przedawnienia roszczeń, którego skutek jest mniej rygorystyczny niż prekluzji przewidzianej w art. 568 k.c., nie mogą być wydłużane, co jednoznacznie wynika z art. 119 k.c.

Podniesione argumenty nie mogą jednak przekreślać podstawowych zasad, na których oparte jest prawo zobowiązań i odpowiedzialność z tytułu rękojmi. Z art. 353 [1] k.c. wynika, że strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współżycia społecznego. Jeżeli strony stosunku sprzedaży lub innego stosunku, do którego stosuje się przepisy o rękojmi, chcą uregulować inaczej rękojmię niż przewiduje ustawa, to takie działanie znajduje oparcie w wymienionym przepisie, gdyż przywrócenie ekwiwalentności świadczeń, nawet po upływie roku od dnia wydania rzeczy, nie

sprzeciwia się naturze stosunku prawnego ani tym bardziej zasadom współżycia społecznego. Wynika to jednoznacznie z art. 558 § 1 k.c., który zezwala, aby strony mogły odpowiedzialność z rękojmi rozszerzyć, ograniczyć, a nawet wyłączyć. **Ograniczenie lub rozszerzenie odpowiedzialności z rękojmi może polegać na skróceniu lub wydłużeniu tej odpowiedzialności i, co więcej, jest to najbardziej widoczna zmiana tej odpowiedzialności.**

Gdyby uznać, że art. 568 k.c. nie zezwala na wydłużanie terminów z rękojmi, to pomiędzy gwarancją a rękojmią, które pełnią te same funkcje, istniałaby niedająca się wytłumaczyć różnica; przy gwarancji strony mogą ustalić odpowiedzialność powyżej roku, a przy rękojmi jest to wyłączone. Nawet więc gdyby sprzedawca chciał ustalić swoją odpowiedzialność, w razie gdy sprzedany towar okaże się wadliwy, powyżej roku, to uznać należałoby, że może to zrobić tylko udzielając gwarancji, a nie wydłużając odpowiedzialność z tytułu rękojmi. Taka interpretacja art. 568 k.c. jest nie do pogodzenia z art. 558 k.c. Nie jest również trafne powoływanie się na analogię z art. 119 k.c., który zabrania wydłużania i skracania terminów przedawnienia. Nie da się uzasadnić racjonalnie niemożliwości skracania terminu przewidzianego w art. 568 k.c., skoro odpowiedzialność z rękojmi w ogóle można wyłączyć. Także ze względu na właściwości niektórych rzeczy, których okres zużycia jest krótki, w sposób naturalny musi dojść do skrócenia okresu rocznego.

Analiza związku art. 568 i 558 k.c. wskazuje że zgodnie z zasadą volenti non fit iniuria brak podstaw to tego, aby zabronić sprzedawcy, który działając w porozumieniu z kupującym wyraża zgodę na to, aby jego odpowiedzialność z rękojmi trwała dłużej niż rok. Podniesiony w kasacji zarzut naruszenia art. 568 i 558 § 1 oraz art. 353 [1] k.c. należy więc uznać za trafny.

To że można uznać za dopuszczalne rozszerzenie odpowiedzialności z rękojmi w taki sposób, jak to zrobiły strony niniejszego sporu, nie przesądza jeszcze, na jak długo takie rozszerzenie nastąpiło. Trafnie podkreślił Sąd Apelacyjny, że skoro w § 9 umowy nie było jednoznacznego wskazania, na jaki czas nastąpiło rozszerzenie odpowiedzialności z rękojmi, termin ten należy ustalić biorąc pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszący realizacji uprawnień z rękojmi. Jeżeli umowa stron dopuszczała przedłużenie terminu przewidzianego w art. 568 k.c. i powodowie w protokole odbioru robót z dnia 14 marca 1998 r. sprecyzowali, że wnoszą o przedłużenie tego terminu do dnia 15 marca 1999 r., to uznać należy, iż uprawnienia z rękojmi wygasły w tym dniu. Nie można zasadnie przyjąć, że pomimo takiego stwierdzenia, na które pozwani wyrazili w sposób milczący zgodę, uprawnienia z

rękojmi trwały nadal. Mając na względzie, że powodowie odstąpili od umowy dopiero w dniu 21 maja 1999 r., odstąpienie to, jako złożone po upływie terminu do dochodzenia uprawnień z rękojmi, trafnie Sąd Apelacyjny uznał jako niewywołujące skutków prawnych. W tej sytuacji zaskarżony wyrok odpowiada prawu. (...)

Link do wyroku:

<http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/ii%20ck%2028-05-1.pdf>

5. Czy zamawiający może skrócić termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo z 30 dni do 15 dni ?

Wyrok z dnia 2 czerwca 2015 r., KIO 1032/15 dotyczy art. 143b ust. 2 Pzp

„Art. 143b. 2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.”.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do odmiennej oceny możliwości skrócenia terminu, o którym mowa w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp z 30 dni do 15 dni. Przy czym Odwołujący stanął na stanowisku, że nie jest możliwa modyfikacja terminu ustawowego w SIWZ i powinien pozostać termin 30 dniowy. **W ocenie Izby powyższy zabieg dokonany przez Zamawiającego w SIWZ polegający na skróceniu terminu zapłaty do 15 dni był prawnie dopuszczalny.** Zgodnie z art. 143b ust. 2 ustawy Pzp termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Cyt. wyżej norma prawna określa maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może trwać dłużej niż 30 dni, nie przesądza jednak o możliwości skorzystania z terminu krótszego. Według zapatrywania Izby o naruszeniu tego przepisu można by mówić jedynie w przypadku wprowadzenia

terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidzianego w umowie o podwykonawstwo dłuższego niż 30 dni, co w rozpoznawanej sprawie nie ma miejsca. Jednocześnie stosownie do przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp w przypadku, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania. Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając postanowienia § 10 ust. 3 i § 11 ust. 3 projektu umowy zawartego w Część I SIWZ uczynił zadość powyższym wymaganiom ustawy Pzp. Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba wzięła również pod uwagę przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W przekonaniu Izby przepis art. 353 [1] k.c. ma zastosowanie, o ile nie koliduje z przepisami art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp i art. 143b ust. 2 ustawy Pzp, w myśl tego pierwszego przepisu strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wymaga jednak wskazania Izby, że art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp uprawnia Zamawiającego do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, w ramach przepisu art. 143b ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli zaś przepis art. 143b ust. 2 ustawy Pzp nie ogranicza Zamawiającego w możliwości ustanowienia terminu zapłaty, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej, to w takim razie zasada swobody umów ulega pewnemu ograniczeniu wynikającemu z powołanych już wielokrotnie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143b ust. 2 ustawy Pzp.

Link do wyroku KIO 1032/15:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2015_1032.pdf

6. Różnica pomiędzy wyjaśnianiem a zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Problematyka wyjaśniania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w skrócie również „SIWZ”) została uregulowana w art. 38 Pzp. Wyjaśnianie i zmiana treści SIWZ co do

zasady są czynnościami o odmiennym celu i znaczeniu. Nie można zatem zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w [wyroku z dnia 7 sierpnia 2013 r., KIO 1794/13](#), że „W przepisach art. 38 P.z.p. nie sformułowano literalnie granicy dzielącej wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których stanowi ust. 1 artykułu od zmiany treści, o której stanowi ust. 4, za wyjątkiem wskazania terminów obligatoryjnego i fakultatywnego udzielenia wyjaśnień, przyczyn zmiany specyfikacji, jako wymóg uzasadnionego przypadku, czy skutków tych czynności wynikających z ust. 4a - 6 tego artykułu, które zostały przypisane zmianie specyfikacji, a nie wyjaśnieniom, co powinno być brane pod uwagę przy podejmowaniu określonej czynności.”.

Każdorazowo jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści (zob. [wyrok z dnia 8 marca 2011 r., KIO 368/11](#)).

Na kwestię wyjaśnień i zmiany treści SIWZ zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w [wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. KIO 917/10](#) stwierdzając, że „W przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegółwiają tam znajdujące się postanowienia, zamawiający może poprzestać tylko na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu. Zamawiający nie musi także za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień. Jednak zastosowanie formuły mówiącej o modyfikacji specyfikacji w określonym fragmencie jest wskazane, bowiem rozwiewa jakiegokolwiek wątpliwości i kieruje uwagę odbiorcy na modyfikowane postanowienia, nawet, gdy czyta on wyjaśnienia bez najwyższej koncentracji. Wyjaśnienia treści specyfikacji służą doprecyzowaniu, rozwinięciu kwestii wynikających z postanowień w celu przedstawienia ich celowościowego rozumienia, niedoprecyzowanych z różnych przyczyn na etapie tworzenia SIWZ.”.

W [wyroku z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11](#), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że „Wyjaśnienia treści siwz, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółwienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Izba uznała, że udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią siwz,

zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy.”.

„Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień” (zob. [wyrok z 28 marca 2011 r., KIO 545/11](#)).

„(...) częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ.” (zob. [wyrok z dnia 22 grudnia 2014 r., KIO 2593/14](#)).

W [wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r., KIO 110/15](#), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „(...) rzeczą zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia. SIWZ opracowana na użytek postępowania winna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający - w związku z dokonaną zmianą - zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia - czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następnie - w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ”. Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu.”.

„(...) instytucja wyjaśnień postanowień SIWZ, przewidziana w art. 38 ust. 1 P.z.p., pozwala wykonawcom na uzyskanie od zamawiającego wytłumaczenia określonych, niejasnych treści

specyfikacji. Wskazany instrument ma zatem służyć przede wszystkim wykonawcom.” (zob. [wyrok z dnia 16 lipca 2014 r., KIO 1361/14](#))

7. **Wykonawca, który nie rozumie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu sporządzenia oferty, nie tylko może, ale ma obowiązek zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Wyrok z dnia 25 maja 2015 r., KIO 1000/15

Zauważenia w sprawie wymaga także fakt, że niewątpliwie Odwołujący miał trudności z interpretacją postanowień SIWZ. Takim sytuacjom ma przeciwdziałać możliwość zadawania pytań Zamawiającemu przez wykonawców. Kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinna ponieść zawsze strona, która ten SIWZ zredagowała czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał na znaczenie art. 38 P.z.p. w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. **Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 P.z.p. w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.** Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty, która po pierwsze, będzie spełniała wymagania SIWZ, a po drugie, aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia.

Link do wyroku KIO 1000/15:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2015_1000.pdf

8. **Wartość zamówienia a wysokość żądanej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia w ramach warunku sytuacji ekonomicznej (zdolności ekonomicznej).**

(orzeczenie GKO z dnia 5 grudnia 2013 r., BDF1/4900/61/65/13/RWPD-56197 pozostaje aktualne na gruncie obowiązujących przepisów Pzp w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia OC)

Orzekając o odpowiedzialności Obwinionej z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy - RKO wskazała, że w SIWZ w części dotyczącej opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu naruszono przepisy prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. poprzez wprowadzenie zapisów, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 1 mln. zł. Doprowadziło to do ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji naruszyło jedną z podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, to jest zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem RKO, w przedmiotowym postępowaniu została złamana zasada proporcjonalności w określaniu warunków udziału poprzez „zbyt wygórowany i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia” wymóg posiadania, przez składających ofertę, polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w kwocie trzykrotnie wyższym (1 mln. zł) od wartości szacunkowej zamówienia (381.078,31 zł.). Zdaniem RKO, wymóg posiadania polisy OC na tak wysokim poziomie znacznie ograniczył konkurencję i wyeliminował wszystkich niespełniających tego wymogu, a posiadających odpowiednie zaplecze ekonomiczno - techniczne umożliwiające wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Link do orzeczenia z dnia 5 grudnia 2013 r., BDF1/4900/61/65/13/RWPD-56197:

http://www.mf.gov.pl/c/document_library/get_file?uuid=ce9b22d5-ed6-4159-bd02-df9e1a6e4d84&groupId=764034

9. **Czy do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego ?**

Do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego. Wykonawca jest jedynie obowiązany odczytać projekt i wykonać roboty budowlane zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego

ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora, gdy dostarczona przez niego dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu ich wykonaniu (ich wykonanie zgodnie z dostarczonym projektem budowlanym spowoduje powstanie obiektu wadliwego). W tym przypadku chodzi jednak o sytuacje, w których stwierdzenie, że dostarczony przez inwestora projekt nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o

którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (zob. wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, LEX nr 637702).

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r., I ACa 1502/15, Sąd Apelacyjny w Krakowie przyłączył się do utrwalonego już poglądu orzecznictwa i doktryny wyrażonego na kanwie przepisu art. 651 k.c., zgodnie z którym wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej wad (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173).

Link do wyroku z dnia 18 kwietnia 2016 r., I ACa 1502/15:

[http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/\\$N/152000000000503_I_ACa_001502_2015_Uz_2016-04-18_001](http://orzeczenia.krakow.sa.gov.pl/content/$N/152000000000503_I_ACa_001502_2015_Uz_2016-04-18_001)

10. Czy w przypadku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający musi przedłużyć termin składania ofert ?

Zgodnie z art. 38 ust. 6 Pzp jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis art. 38 ust. 6 Pzp nie daje zamawiającemu pełnej swobody co do przedłuża termin składania ofert. Czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma realnie umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający nie może z powodu wprowadzenia zmian w treści SIWZ przedłużać termin składania ofert o czas, który nie umożliwi wykonawcom sporządzenie i złożenie oferty lub dokonanie zmian w już złożonych ofertach.

W [wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1828/09](#), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Dla oceny konieczności dokonania zmiany terminu składania ofert należy wziąć po uwagę treść art. 38 ust. 6 ustawy p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Z obowiązującego przepisu wynika zatem, że przesunięcie terminu uwarunkowane jest koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofertach. Ocenę takiej konieczności ustawa pozostawia zamawiającemu”. W wyroku Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-499/06, Zespół Arbitrów również podkreślił, że „dokonując oceny, czy w sprawie doszło do naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można abstrahować od okoliczności konkretnego przypadku oraz wpływu modyfikacji SIWZ na możliwość przygotowania ofert przez zainteresowanego wykonawcę. Zespół Arbitrów uważa, że obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 38 ust. 6 jest skorelowany z obiektywną - w warunkach dokonywanych uzupełnień i wyjaśnień - koniecznością zapewnienia wykonawcom możliwości przygotowania oferty.”.

11. Użycie w art. 4 pkt 8 Pzp zwrotu „ustawy nie stosuje się” oznacza brak obowiązku stosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, a definicja zamówienia publicznego w żaden sposób nie jest powiązana z wartością zamówienia.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zastrzeżeń Zamawiającego do wyniku kontroli Izba na wstępie podkreśla, każda umowa zawierana przez Zamawiającego w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p., która jest odpłatna i ma na celu nabycie usług, dostaw lub robót, jest zamówieniem publicznym. **Definicja zamówienia publicznego w żaden sposób nie jest powiązana z wartością zamówienia. Dlatego też co do zasady, każdy wydatek leżący po stronie podmiotu zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest de facto zamówieniem publicznym.** Nie każde jednak zamówienie publiczne podlega szczegółowym regulacjom ustawy P.z.p., ponieważ ustawodawca uznał, że do zamówień o stosunkowo niskiej wartości niecelowe jest stosowanie pełnego zakresu sformalizowanej procedury udzielania zamówień. Przepis art. 4 P.z.p. stanowi, że do zamówień o wartości poniżej równowartości 30 000 euro (od 16 kwietnia 2014 r.) „ustawy nie stosuje się”. Użycie przez ustawodawcę zwrotu „ustawy nie stosuje się” winno być rozumiane jako brak takiego obowiązku. W tym miejscu warto przytoczyć tezę, z uchwały Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z 11 kwietnia 2012 r. sygn. 38/2012) gdzie stwierdzono, że „Zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza

wyrażonej w złotych równowartości euro 30 tys. Euro. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w każdym przypadku, gdy zachodzi okoliczność kwalifikowania zamówienia, jako podlegającego wyłączeniu ze względu na wartość, zamawiający winien mieć na uwadze przepisy o ustalaniu wartości zamówienia zawarte w ustawie, a w szczególności o zakazie dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (art. 32 ust. 2)”. Wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że ustawodawca nie narzuca Zamawiającemu stosowania określonego katalogu trybów, a także nie reguluje szczegółowo jego czynności w tym zakresie.

Jednakże zauważenia wymaga fakt, że nawet przy braku obowiązku stosowania ustawy z powodu wartości planowanego zamówienia, to mimo tego Zamawiający winien wpierw, stosując zasady szacowania z art. 32 P.z.p. ustalić wartość planowanego zamówienia. Jeśli jest ta wartość niższą niż 30 tys. euro to Zamawiający nie stosuje wprost przepisów ustawy P.z.p., jednak musi pamiętać o zasadach obowiązujących w zamówieniach tj. zagwarantowanie wykonawcom nie dyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych, ograniczenie ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie przejrzystości postępowania i wyboru wykonawcy. Ponadto zgodnie z zasadami wydatkowania środków publicznych zawartymi w ustawie o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Przechodząc do ustaleń Prezesa UZP zawartych w punkcie I Informacji o wyniku kontroli doraźnej, gdzie stwierdzono, że Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia, wynikającego z umowy z dnia 31 maja 2012 r., zmienionej aneksem z dnia 19 lutego 2013 r., umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r., a także umowy z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienionej aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., oddzielnie dla każdej części, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy P.z.p. Ponadto, stwierdzono, że Zamawiający udzielając zamówienia publicznego objętego umową z dnia 2 stycznia 2015 r., zmienioną aneksem z dnia 22 kwietnia 2015 r., naruszył treść art. 5 ust. 1b ustawy P.z.p. Niewątpliwym i niespornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający prowadził działania mające na celu dokonanie wyboru modelu świadczenia usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków dla Gminy N. W tym celu Zamawiający począwszy od 2012 r. zawarł z wykonawcami tj. Kancelarią Radców Prawnych Z. J. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu oraz Centrum Konsultingu B. sp., z o.o. sp.k. z siedzibą w P. trzy umowy, przy czym dwie z nich zostały zmienione aneksami w wyniku których podwyższona została pierwotnie ustalona ich

wartość. Zamawiający ustalając wartość szacunkową ww. zamówień oddzielnie dla każdego z nich zastosował przepis art. 4 pkt 8 ustawy P.z.p., co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania opublikowania ogłoszenia o przedmiotowych zamówieniach.

Wskazać należy także, że od 16 kwietnia 2014 r. minimalnym progiem stosowania ustawy P.z.p. jest kwota 30 tysięcy euro wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia - do tej wartości zamawiający nie mają obowiązku stosowania ustawy P.z.p. i ogłaszania postępowań przetargowych. Przy obowiązującym w tym okresie ustalonym kursie euro obowiązującym w zamówieniach publicznych i wnoszącym 1 euro = 4,2249 zł, wartość zamówienia bez obowiązku stosowania ustawy P.z.p. od 16 kwietnia wynosiła 126.747 zł netto, a do 15 kwietnia 2014 r. przy progu bagatelności 14 000 euro kwota ta wynosiła 59 148,60 zł. Wartość drugiego zamówienia objętego umową z dnia 15 kwietnia 2014 r. do którego nie zastosowano przepisów P.z.p. wg. ustaleń kontroli wynosiła 76 150 zł.

Nie powtarzając przedstawionego powyżej stanu faktycznego tych postępowań, zwrócić uwagę należy na argumentację Zamawiającego mającego uzasadniać brak połączenia dla oszacowania wartości zamówień udzielonych trzema ww. umowami. Otóż Zamawiający podał, że wszczynając przedmiotowe zadania nie był w stanie przewidzieć, że w stanie faktycznym, w jakim znajdował się dotychczasowy świadczeniodawca usług zaopatrzenia w wodę i odbiór ścieków „najkorzystniejszą ofertę złoży inny wykonawca niż dotychczas świadczący tą usługę operator PUWiS Sp. z o.o. z siedzibą w N. Tak się jednak nie stało. Najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył inny oferent. To zaś stało się impulsem do kwestionowania przez dotychczasowego operatora wszelkich czynności uprzednio podjętych przez Gminę Nowogard w postępowaniu o wybór partnera prywatnego”.

Wobec powyższego Zamawiający w wyjaśnieniach stwierdził, że przewidując wybór dotychczasowego wykonawcy nie zakładał, że udział doradcy prawnego będzie konieczny także po dokonaniu wyboru partnera prywatnego i zawarciu umowy o PPP.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy dokonywaniu czynności szacowania wartości zamówienia.

(...)

W tym postępowaniu niewątpliwie Zamawiający zakładając, przeprowadzenie całego toku postępowania o wykonanie zamierzeń związanych z zapewnieniem dostaw wody pitnej i odbiór ścieków, iż nastąpi to w ramach tylko pierwszej umowy wykazał się brakiem rozeznania ciągu techniczno-organizacyjnego zdarzeń planowanego przedsięwzięcia. Winien był co najmniej założyć - jak przy tego typu zamówieniach, kilka etapów jego realizacji tj. przykładowo: przygotowanie koncepcji i wybór wykonawcy - co było objęte pierwszą umową, a także etap właściwej realizacji zamówienia oraz etap obejmujący czynności związane z odbiorem i rozliczeniem całości zamówienia. Tak więc niewątpliwym jest, że Zamawiający mógł w sposób precyzyjny oszacować pierwszy etap postępowania, a także dokonać założeń zgodnie z zasadami szacowania zamówień, wartość pozostałych części czy zakresu zamówienia.

Podkreślić należy w szczególności fakt, że wartość pierwszej części zamówienia objętego pierwszą umową, wynosiła 49 880,00 zł, a więc była w tym momencie tylko o niecałe 10 tys. zł niższa niż próg stosowania ustawy P.z.p. Dlatego też trudno uznać, że profesjonalny Zamawiający nie powinien był założyć, że pozostałe kwestie jakie mogą zaistnieć w postępowaniu nie będą wymagały chociażby usługi prawnej o wartości co najmniej 10 tys. złotych i tym samym przekroczą próg stosowania ustawy P.z.p., szczególnie w sytuacji gdy wartości umowy II i III wyniosła ponad 176 tys. złotych. Również za niezasadne i niedopuszczalne Izba uznaje założenie Zamawiającego iż postępowanie o wybór wykonawcy na zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków wygra dotychczasowy wykonawca oraz, że przegrany wykonawca nie będzie korzystał ze środków ochrony prawnej jakie przysługują mu z mocy obowiązujących przepisów. Tym samym w takich okolicznościach trudno nie uznać, że Zamawiający zakładał lub mógł z łatwością założyć, że koszt całej obsługi realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia przekroczy próg stosowania ustawy.

Link do wyroku z dnia 11 lutego 2016 r., KIO/KD 14/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0014.pdf

12. Małżonkowie należą do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

**Wyrok z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1181/14; KIO 1182/14; KIO 1183/14; KIO 1194/14;
KIO 1195/14 (wyrok pozostaje aktualny na gruncie obowiązującego art. 24 ust. 11 Pzp)**

„W ocenie składu orzekającego zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności wyjaśniające, w trybie art. 24b ust. 1 Pzp na okoliczność istniejących między wykonawcami powiązań mających charakter grupy kapitałowej. W szczególności za udowodnione należy uznać ustalenie, że wykonawcy jako osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą rodzajowo podobną pod jednym adresem i posiadają ustawową wspólność majątkową małżeńską. Biorąc pod uwagę definicję legalną grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) można uznać, że odwołujący małżonkowie - przedsiębiorcy mogą wywierać na siebie wpływ w rozumieniu powołanego przepisu. Należy stwierdzić, że ustalenie istniejących powiązań w każdym wypadku wymaga precyzyjnych wyjaśnień zważywszy na doniosłe skutki faktyczne i prawne wyniku takiego ustalenia. Należy przyznać rację odwołującym, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie dokonywano oceny wykonawców będących małżonkami pod kątem przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Jednakże w praktyce obrotu gospodarczego składanie ofert przez małżonków, z których każdy prowadzi samodzielną działalność gospodarczą takie sytuacje się zdarzają. W przetargu nieograniczonym na utrzymanie dróg na terenie miasta Sz. w zakresie oznakowania pionowego przeprowadzonym w 2010 r. odrębne oferty złożyli m.in. małżonkowie, z których każdy prowadził samodzielność działalność gospodarczą pod tym samym adresem. W wyniku przeprowadzonego postępowania przez Urząd Ochrony i Konkurencji w decyzji Urzędu z 6 września 2011 r. (...) ustalono, że przedsiębiorcy ci zawarli porozumienie ograniczające konkurencję prowadzące m.in. do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia i zakazano dalszego jej stosowania (...). W powyższym stanie faktycznym uznano, że zaszła przesłanka odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji tj. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Należy przy tym zauważyć, że składane oferty wzajemnie ze sobą konkurowały, co prowadziło do skutków opisanych w decyzji. Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedsiębiorcy - odwołujący (...) należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) jakkolwiek nie mieli świadomości co do tego faktu, co wynika z treści złożonych zamawiającemu wyjaśnień. Przesłankami wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp są, oprócz przynależności do tej samej grupy kapitałowej (okoliczność wyżej

rozstrzygnięta), złożenie odrębnych ofert w tym samym postępowaniu oraz stwierdzenie, że istniejące powiązania między członkami grupy kapitałowej prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”.

Link do wyroku z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1181/14; KIO 1182/14; KIO 1183/14; KIO 1194/14; KIO 1195/14:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2014_1181_%201182_1183_14_1194_%201195.pdf

- 13. Wykonawca robót budowlanych nie musi mieć specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt budowlany i wykonać roboty budowlane zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.**

Wyrok z dnia 3 września 2014 r., KIO 1726/14

Do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego. Wykonawca jest jedynie obowiązany odczytać projekt i wykonać roboty budowlane zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. W wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do obowiązku sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad, w sytuacji gdy zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że zapoznał i upewnił się co do „prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia”, przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10, że: „nawet złożenie oświadczenia o prawidłowości i kompletności przekazanej dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dotyczy merytorycznej kontroli projektu przez wykonawcę oraz że zgłoszenie uwag czy wad ograniczone być może jakimś czasookresem. **Zawsze może zdarzyć się sytuacja, że jakieś usterki nie zostaną przez kogokolwiek zauważone na etapie sprawdzania projektu i ujawnią się dopiero na etapie jego realizacji. Tym bardziej nie można uznać, iż niezgłoszenie jakichś uwag traktowane może być jako działanie zawinione ze strony Wykonawcy”.**

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173, „z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. **Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.** Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora, gdy dostarczona przez niego dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu ich wykonaniu (ich wykonanie zgodnie z dostarczonym projektem budowlanym spowoduje powstanie obiektu wadliwego). W tym przypadku chodzi jednak o sytuacje, w których stwierdzenie, że dostarczony przez inwestora projekt nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c., będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciężącego na nim obowiązku (zob. wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08, LEX nr 637702).

Link do wyroku z dnia 3 września 2014 r., KIO 1726/14:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2014_1726.pdf

14. Czy na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp zamawiający mogą wyznaczyć spośród siebie zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania albo tylko do udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz ?

Przepis art. 16 Pzp dotyczy zamówień wspólnych realizowanych przez dwóch lub więcej zamawiających w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp. Ustawodawca nie określił jakichkolwiek przesłanek co do rodzaju przedmiotu postępowania, które umożliwiałyby wspólne udzielenie zamówienia lub odpowiednio go zakazywały. Jedynie w przypadku art. 16 ust. 3 Pzp mowa jest o rodzaju zamówień, ale dotyczy to delegacji ustawowej dla ministra kierującego działem administracji do wydania zarządzenia. Nie ma także osobnej definicji zamówienia na potrzeby wspólnych zamówień, a zatem jedynym wyznacznikiem w tym zakresie jest art. 2 pkt 13 Pzp, zgodnie z którym zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Warunkiem wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez wielu zamawiających jest wyznaczenie spośród nich zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w ich imieniu i na ich rzecz. Zamawiający upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia działa jako pełnomocnik pozostałych zamawiających zainteresowanych wspólnym wykonaniem zamówienia, zaciągając zobowiązanie ze skutkiem dla wszystkich. Należy zauważyć, że podmiotem wyznaczonym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia może być tylko zamawiający w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp.

Jeżeli zamawiający, o których mowa w art. 16 ust. 1 Pzp mogą wyznaczyć spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, tym bardziej mogą wyznaczyć spośród siebie zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania albo tylko do udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz (wnioskowanie *a fortiori* (*a maiori ad minus*)).

Wnioskowanie (rozumowanie), ***a maiori ad minus*** to wnioskowanie z uzasadnienia silniejszego na słabsze. Np. jeżeli ktoś jest uprawniony do czynienia czegoś więcej (w większym stopniu, w większym zakresie), to tym bardziej jest uprawniony do czynienia tego w mniejszym stopniu lub

mniejszym zakresie. Jeżeli komuś nakazano czynić coś więcej (w większym zakresie, w większym stopniu), to tym bardziej nakazano mu to czynić w mniejszym zakresie lub stopniu.

Zakres czynności dokonywanych przez zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających powinien wynikać z udzielonego pełnomocnictwa zamawiającemu upoważnionemu przez każdego z zamawiających, którzy chcą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia lub umowy regulującej współpracę tych zamawiających.

Ustanowienie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na ich rzecz pozostałych zamawiających powinno być wskazane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 października 2007 r., UZP/ZO/0-1175/07 (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, zapytanie o cenę) lub zaproszeniu do negocjacji (zamówienie z wolnej ręki).

Jeżeli zamawiający zamierzają wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, jego wartością jest łączna wartość zamówień poszczególnych zamawiających.

Zamawiający upoważniony do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia działa jako pełnomocnik pozostałych zamawiających zainteresowanych wspólnym wykonaniem zamówienia - zaciąga zobowiązanie ze skutkiem dla wszystkich. Jeżeli żaden z zamawiających występujących wspólnie nie zdecyduje się na przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, działając jako pełnomocnik pozostałych zamawiających, niemożliwe będzie wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia.

Jeżeli zamawiający wspólnie przeprowadzili postępowanie, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ich imieniu i na ich rzecz, a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane są indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał upoważniony zamawiający, obowiązek ujęcia w sprawozdaniu rocznym udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę.

Jeżeli zamawiający wspólnie przeprowadzili postępowanie, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, obowiązek informowania o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach spoczywa wyłącznie na zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia wspólnego zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy postępowanie zostanie przeprowadzone przez wyznaczonego zamawiającego, ale umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia.

Do możliwości zawarcia umów częściowych przez poszczególnych zamawiających, o których mowa w art. 16 ust. 1 Pzp, na rzecz których działał zamawiający upoważniony odniósł się Urząd Zamówień Publicznych w opinii „Zasady sporządzania rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach publicznych. IV. Przekazywanie sprawozdań przez zamawiających w szczególnych przypadkach przewidzianych ustawą. **Wspólne udzielanie zamówień przez kilku zamawiających**”.

Poniżej link do opinii:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/roczne-sprawozdanie-o-udzielonych-zamowieniach-publicznych/zasady-sporzadzania-rocznego-sprawozdania-o-udzielonych-zamowieniach-publicznych>

W opinii Urząd Zamówień Publicznych stwierdza, że:

„Jeżeli zamawiający decydują się na wspólne przeprowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia, wyznaczają spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz (por. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp). **Zamawiający, który z upoważnienia podmiotów wspólnie udzielających zamówienia przeprowadza postępowanie i udziela zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz działa w tym zakresie jedynie jako pełnomocnik (por. art. 16 ust. 5 ustawy Pzp).** W przedstawionych okolicznościach obowiązek informowania o takim zamówieniu w rocznym sprawozdaniu spoczywa wyłącznie na zamawiającym upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i udzielenia wspólnego zamówienia. Dotyczy to również sytuacji, gdy postępowanie zostanie przeprowadzone przez wyznaczonego zamawiającego, **ale umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia.**

Jeżeli jednak określony zamawiający jest upoważniony nie do zawarcia umowy, ale tylko do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie w swoim imieniu oraz w imieniu i na rzecz innych zamawiających w sytuacji, gdy przedmiotem postępowania są świadczenia podzielne (zamówienie udzielane w częściach), **a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane są indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał zamawiający, obowiązek ujęcia w sprawozdaniu rocznym udzielanych w taki sposób zamówień spoczywa odrębnie na każdym z zamawiających, który zawarł umowę.**

W związku z powyższym zamawiający, o których mowa w art. 16 ust. 1 Pzp mogą:

- 1) upoważnić zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w imieniu i na ich rzecz tych zamawiających,
- 2) upoważnić zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania, a umowa będzie podpisywana przez wszystkich zamawiających udzielających wspólnego zamówienia,
- 3) upoważnić zamawiającego upoważnionego tylko do przeprowadzenia postępowania, a na skutek przeprowadzonego postępowania umowy częściowe zawierane będą indywidualnie przez poszczególnych zamawiających, na rzecz których działał zamawiający.

15. Co oznacza użyte w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp sformułowanie „wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu” Pzp ?

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp należy rozpatrywać w powiązaniu z art. 24 ust. 8 i 10 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu m. in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco wyjaśnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy lub jego pracownika lub osoby zatrudnionej przez niego na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co zamawiający wskazuje w protokole postępowania. W takim przypadku wykonawca powinien wyczerpująco wyjaśnić, że czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywane przez niego, jego pracownika, a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Przykładowo, jeżeli wykonawca dokonał opisu przedmiotu zamówienia, powinien wyczerpująco wyjaśnić (wykazać), że nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a ponadto, że opis przedmiotu zamówienia nie doprowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Jeżeli wykonawca opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, musi wykazać, że nie doprowadzi to do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, ponieważ jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opis przedmiotu zamówienia zawiera również opis rozwiązania równoważnego.

Jeżeli wykonawca, jego pracownik, a także osoba wykonująca na rzecz wykonawcy pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, określiła warunki udziału w postępowaniu, wykonawca powinien wykazać, że warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe zostały określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, co

nie doprowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego.

Znaczenie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w pewnym sensie należy odnieść do uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia byli wykluczani również wykonawcy, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudniał uczciwej konkurencji.

Na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp wykluczeniu z postępowania podlegali wykonawcy:

- 1) którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, oraz
- 2) jeżeli zachodził bezpośredni związek pomiędzy wykonywaniem przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania a czynnością sporządzenia samej oferty (istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia oferty), oraz
- 3) udział tych wykonawców w postępowaniu faktycznie utrudniał uczciwą konkurencję.

Na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp ustawodawca dopuszczał możliwość zlecenia przyszłemu wykonawcy dokonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania (np. opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych), a następnie złożenie oferty przez tego wykonawcę.

Na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp samo uczestniczenie wykonawcy, czy też posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowiło wystarczającej podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ koniecznym warunkiem było to, by udział tych osób prowadził do zachwiania konkurencji, tj. równowagi szans każdego uczestnika na uzyskanie zamówienia. Ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzaniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależała od okoliczności

konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dawała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji, udział takiego wykonawcy mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostawał również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę oraz stopień trudności przygotowania oferty.

Aby zaistniał obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp należało stwierdzić, że uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne miało charakter bezpośredni, tj. że rezultat prac przygotowawczych będzie bezpośrednio wykorzystywany w danym postępowaniu. Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, zamawiający zobowiązany był również do przeanalizowania, czy udział wykonawcy w postępowaniu utrudniał uczciwą konkurencję, ponieważ sam fakt uczestnictwa w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie mógł stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania.

Z samego udziału wykonawcy w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania i (np. przez opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych) nie wynikało domniemanie prawne, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania.

W wyrokach KIO/UZP 986/08, KIO/UZP 456/08 oraz KIO/UZP 457/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że na gruncie Pzp nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą. Użycie przez ustawodawcę określenia „bezpośrednio” w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp wskazuje natomiast na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu, a samym wykonawcą. Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi utrudniać konkurencji. Kierunek wykładni art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp wskazywało również orzeczenie ETS, sygn. C-21/03 C- 4/03 z dnia 3 marca 2005 r., w którym ETS stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone

prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaze, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Samo wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności nie stanowi zatem wystarczającej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli nie istnieje bezpośredni związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia oferty, a udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji.

W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp w uzasadnieniu wykluczenia zamawiający powinien zatem wykazać, że:

- a) istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia oferty, oraz
- b) wykonawca posługując się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania utrudnił uczciwą konkurencję (np. miał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami).

W przypadku art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zamawiający powinien także wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia.

Właśnie w tym celu zamawiający jest obowiązany na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp przed wykluczeniem wykonawcy, zapewnić wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Po złożeniu wyjaśnień zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami

postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty. Ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzaniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co ma możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji, udział wykonawcy będzie mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również stopień trudności przygotowania oferty.

Reasumując należy zauważyć, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie będzie możliwe w przypadku, gdy zamawiający nie zapewni temu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co zamawiający będzie obowiązany wskazać w protokole postępowania.

16. Czy w celu potwierdzenia wymaganej przez zamawiającego wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawca może łączyć kredyty udzielone przez wiele banków ?

W wyroku z dnia 17 października 2014 r., KIO 2047/14, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) racjonalny system prawny zawierający szczegółowe regulacje dotyczące wymaganych dokumentów dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi określać *expressis verbis*, w jakich okolicznościach zdolność kredytowa wykonawcy nie będzie uwzględniana przy ocenie jego zdolności finansowej. Nadto, jeżeli wykonawca miałby zostać wykluczony z przetargu z powodu nie spełniania warunku zdolności finansowej, to także ustawa powinna zawierać wyraźny zakaz sumowania kredytów udzielanych przez inne banki. Jeżeli prawo nie przewiduje takich sytuacji, to nie można stosować wykładni celowościowej, która może stanowić naruszenie praw podmiotowych wykonawców, w wyniku

dowolności interpretacyjnej Zamawiających. Stosownie do przepisu § 1 ust. 1 pkt.10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowokredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe unormowanie prawne nie zawiera w tym zakresie możliwości sumowania zdolności kredytowej jakiegokolwiek dyrektywy określającej warunki jej posiadania. Bezsprzecznym w rozpoznawanej sprawie jest, że metodyka oceny zdolności kredytowej klienta przez banki nie jest jednolita, a zatem informacja bankowa w stosunku do tego samego podmiotu może nie być jednakowa, o czym zresztą świadczą różne oceny banków zdolności kredytowej tego samego podmiotu(vide: str.18 - 21 oferty Przystępującego).”.

17. Wskazanie kwoty «0 zł» stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny.

W wyroku z dnia 9 lipca 2014 r., KIO1302/14, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r., KIO 496/10, że „Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty «0 zł» jest jej wyceną. «0» jest liczbą występującą w matematyce europejskiej, co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi «0» przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. **Wskazanie kwoty «0 zł» stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny**, czyli podając kwotę «0 zł» wykonawca wskazał, jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest - mówiąc potocznie - bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba «0» przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje”. W ocenie Izby nie można uznać dokonanej w taki sposób wyceny jako niedopuszczalnej w kontekście postanowień SIWZ, gdyż specyfikacja nie zastrzegła niedopuszczalności takiej wyceny poszczególnych usług.

18. Co powinien zrobić zamawiający, gdy wykonawca podał cenę najmu za 1 metra kwadratowego 5 946 435,12 zł (netto) + podatek VAT i cenę 6 285 847,32 (brutto) ?

Wyrok z dnia 23 marca 2011 r., KIO 502/11

Niesporny w sprawie jest, że w załączniku 1a pn. „Oferta cenowa” zamawiający wymagał m. in. podania ceny najmu za 1 m² pomieszczeń przewidzianych na cele biurowo-magazynowe wykonawcy, wskazując jako minimalną cenę netto 40 zł za 1 m². Wbrew twierdzeniom odwołującego oświadczenie wykonawcy w tym zakresie jest w ocenie Izby częścią oferty. Z woli zamawiającego jest to podmiotowo istotny składnik treści czynności prawnej, jakkolwiek nie dotyczy wprost istoty przedmiotu zamówienia. Spełniając wymóg podania ceny najmu za 1 m² odwołujący podał kwotę 5 946 435,12 zł (netto) + podatek VAT i cenę 6 285 847,32 (brutto). Bezsporne jest spostrzeżenie, że wskazane wielkości są tożsame i w istocie stanowią powielenie ceny oferty za przedmiot zamówienia podanej na tej samej stronie oferty cenowej. **Oczywiste jest również stwierdzenie, iż absurdem byłoby uznanie wskazanej kwoty jako jednostkowej ceny najmu pomieszczenia. Zrozumiałe jest zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia tej okoliczności.**

Podanie wyżej wskazanej wielkości należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską wynikłą ze skopiowania i ponownego wpisania w omawianym miejscu ceny oferty zamiast ceny najmu za 1 m². W konsekwencji popełniona omyłka podlega obligatoryjnemu poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez wpisanie wymaganej wielkości w wysokości 40 zł netto.

Link do wyroku z dnia 23 marca 2011 r., KIO 502/11:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2011_0502.pdf

19. Radca prawny składa oświadczenie o niepodleganiu wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyrok z dnia 18 września 2009 r., KIO/KD 31/09

Zamawiający naruszył art. 17 ust. 2 p.z.p. przez brak złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 1 p.z.p. przez radcę prawnego (...). **Radca prawny niewątpliwie był osobą wykonującą czynności w postępowaniu, gdyż uczestniczył w pracach komisji i wydał opinie prawną dotyczącą wykonawcy biorącego udział w postępowaniu PHU Krzysztof B.**

Wskazać należy, że ustawodawca ustanowił w art. 7 ust. 2 p.z.p. zasadę, że czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Gwarancją posiadania tych niezbędnych przymiotów jest złożenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania pisemnego oświadczenia o istnieniu lub braku okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 p.z.p. Podnieść należy, że w powoływanych przepisach ustawodawca wyraźnie mówi o osobach wykonujących czynności w postępowaniu, nie ograniczając się wyłącznie do członków komisji przetargowej. Zatem zastrzeżeniami zamawiający w tej mierze nie zasługują na uwzględnienie. Reasumując podnieść należy, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie podnieść należy, że naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający, mają różną powagę. W szczególności bezsporny bezpośredni wpływ na wynik niniejszego postępowania mają naruszenia wskazane w pkt ad. 1 i ad. 3 uchwały.

Zobacz opinię Urzędu Zamówień Publicznych „**Stosowanie art. 17 ustawy w przypadku uczestnictwa w postępowaniu radcy prawnego jako byłego pracownika zamawiającego**”.

Poniżej link do opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/stosowanie-art.-17-ustawy-w-przypadku-uczestnictwa-w-postepowaniu-radcy-prawnego-jako-bylego-pracownika-zamawiajacego>

20. Jak należy interpretować „rażące niedbalstwo” ?

Wyrok z dnia 12 maja 2016 r., KIO 638/16

W orzecznictwie ustalono jednolicie wykładnię pojęcia „rażące niedbalstwo”: „Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp.

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 150/00, OSNC 2001, Nr 10, poz. 153). Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.” ([wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03](#)).

Link do wyroku z dnia 12 maja 2016 r., KIO 638/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0638.pdf

21. Czy kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie jest wartością zamówienia powiększoną o ,podatek VAT ?

Zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podana bezpośrednio przed otwarciem ofert kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dotyczy zamówienia podstawowego stanowiącego przedmiot prowadzonego postępowania (przedmiot zamówienia

podstawowego), a nie zamówienia uzupełniającego, którego zamawiający może udzielić „w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego” (zob. art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp). Zamieszczenie w trybie przetargu nieograniczonego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających nie daje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia podstawowego, uprawnienia do roszczenia o udzielenie zamówienia uzupełniającego. Zamówienie uzupełniające jest odrębnym zamówieniem, którego zamawiający może udzielić „w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw” (art. 67 ust. 1 pkt 7 Pzp).

W wyroku [z dnia 26 sierpnia 2014 r., KIO 1642/14](#), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, „stanowi jedynie o środkach finansowych zabezpieczonych w budżecie danej jednostki zamawiającej na sfinansowanie konkretnego przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Cel podawania tej kwoty tuż przed otwarciem ofert, kiedy jeszcze zamawiający nie mógł zapoznać się z konkretnymi wycenami ofertowymi dokonany przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, związany jest z zabezpieczeniem interesów wykonawców, aby nie dochodziło do nieuprawnionych działań po stronie zamawiającego związanych z unieważnianiem postępowania o zamówienia publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie danego zamówienia. Kwota ta w praktyce najczęściej stanowi odzwierciedlenie wyceny szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej zgodnie z art. 32 i następne ustawy Pzp powiększonej o wartość podatku VAT, ale nie zawsze musi to być faktycznie ta kwota.

22. Czy wizja lokalna może zastąpić opis przedmiotu zamówienia ?

Wyrok z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 36/16, KIO 37/16, KIO 38/16

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na wyznaczenie terminów przeprowadzenia wizji lojalnej w sposób uniemożliwiający uwzględnienie rezultatów wizji lokalnych przy sporządzeniu oferty, co prowadziło do uprzywilejowania wykonawcy aktualnie świadczącego usługi, który nie musi przeprowadzać wizji lokalnych w celu sporządzenia oferty, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale II ust. 1.5-1.7 SIWZ przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych. Przywołane zapisy SIWZ wskazują, że wykonawcy mają zgłaszać wnioski do Zamawiającego o przeprowadzenie wizji i termin ten faktycznie upływa z dniem 14.01.2016 r., zaś Zamawiający w terminie 7 dni roboczych (tj. do dnia 25 stycznia 2016 r.) przekaze wykonawcom informacje o terminach wizji, czyli przekaze harmonogram tych wizji. Zdaniem Odwołującego Orange, biorąc pod uwagę wyznaczony pierwotnie termin składania ofert na dzień: 9 lutego 2016 r., wykonawcy nie będą mogli wykorzystać efektów przeprowadzonych wizji w swoich ofertach. Jednocześnie wskazał, że wskazany harmonogram wizji lokalnych stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę aktualnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który takiej wizji nie musi przeprowadzać. Izba ustaliła w tym zakresie także, że Zamawiający w dniu 20 stycznia 2016 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie ustalenia terminu do składania ofert. Zamawiający przyjął, że termin ten upływa w dniu 24 lutego 2016 r.

Odnosząc się do zarzutu odwołania Izba nie mogła zgodzić się z argumentacją Odwołującego Orange, że wskazany w SIWZ termin przeprowadzenia wizji lokalnych prowadzi do utrudniania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał bowiem, jak sposób ustalenia w SIWZ harmonogramu wizji lokalnych wpłynie na rzekomo uprzywilejowaną sytuację i jakiego konkretnie wykonawcy. Przeprowadzenie wizji lokalnych to prawo wykonawcy, a Odwołujący O. (...) nie przedstawia jakiegokolwiek zastrzeżeń co do niejasności, czy braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia. To przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ stanowi podstawę do przygotowania oferty. **Wizja lokalna nie może bowiem zastępować opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.** Tymczasem Odwołujący O. (...) nie kwestionuje w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ. Rzeczą naturalną jest okoliczność, iż wykonawca, który do tej pory świadczył określone usługi na rzecz podmiotu zamawiającego, może mieć lepszą wiedzę o przedmiocie zamówienia. Tak więc sam fakt świadczenia przez jakiegoś wykonawcę określonych usług nie może być dyskwalifikujący ani dla tego wykonawcy, ani też dla zapisów SIWZ o możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przez wykonawców. Jak wskazano Odwołujący nie wykazał, że jakiegokolwiek zapisy SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia są nieprecyzyjne i wymagają koniecznie przeprowadzenia wizji lokalnej, a z drugiej strony nie wykazał, że jakiegokolwiek zapisy SIWZ materialnie preferują konkretnego wykonawcę i w jaki sposób. **Podkreślenia wymaga dodatkowo okoliczność, iż wykonawca, przeprowadzając wizje lokalne w poszczególnych lokalizacjach objętych zakresem**

przedmiotu zamówienia, powinien wziąć pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia i w taki sposób zorganizować pracę i przygotowanie do sporządzenia oferty, także poprzez oddelegowanie do powyższego określonej ilości osób, aby zapewnić sobie sprawne sporządzenie oferty, przy czym w ocenie Izby nie jest uzasadnione oczekiwanie ze strony wykonawcy na rozpoczęcie przygotowania oferty maksymalnie do czasu zakończenia wszystkich wizji lokalnych. Sporządzenie oferty może być prowadzone sukcesywnie od momentu upublicznienia informacji o zamówieniu, a także w trakcie trwania wizji lokalnych. Powyższe również odnosi się do ewentualnych zakupów sprzętu, przy czym zauważenia wymaga okoliczność, że Zamawiający dopuścił również w tym przypadku możliwość korzystania z używanego sprzętu. Niezależnie od powyższego na marginesie zauważyć należy, że po dokonaniu modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2016 r. termin składania ofert uległ wydłużeniu do dnia 24 lutego 2016 r., co dodatkowo wskazuje, że wykonawcy mają zapewniony faktycznie dodatkowy czas na uwzględnienie wyników wizji lokalnych w przygotowanych ofertach.

Link do wyroku z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 36/16, KIO 37/16, KIO 38/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0036_0037_0038.pdf

23. Jak należy interpretować użycie w art. 90 ust. 1 Pzp spójnika „lub” ?

Wyrok z dnia 4 maja 2016 r., KIO 586/16

Zamawiający powinien wszechstronnie rozważyć okoliczności wskazania niższej ceny, a także dokładnie przeanalizować ofertę wykonawcy S. i złożone wyjaśnienia. Już sam fakt, że cena odwołującego jest zbliżona do cen pozostałych wykonawców powinien zwrócić uwagę zamawiającego i doprowadzić do konkluzji, że jest to cena realna. Zamawiający w Zapytaniu wskazał tylko cenę globalną oferty wykonawcy S.. Wyjaśnienia odwołującego w zakresie ceny były kompleksowe, w pełni uzasadniające wysokość oferowanej stawki.

W wypadku, kiedy zamawiający miał wątpliwości do znaczenia wyjaśnień wykonawcy S. (objawiające się w szczególności w tym, że zamawiający przyjął, że odwołujący chce realizować usługę opróżniania wyłącznie za pomocą jednego pracownika), to powinien skierować kolejne zapytanie do odwołującego, z żądaniem wyjaśnień elementów niezrozumiałych dla zamawiającego.

Zaniechania zamawiającego w tym zakresie doprowadziły do bezprawnego odrzucenia oferty wykonawcy S. Nad problematyką ponownego wzywania w zakresie rażąco niskiej ceny pochylił się także Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych z listopada 2013 r. Urząd wskazał, że uwzględniając normę art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej w szczególności użyty w niej zwrot "konsultacje", uznać należy, że działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia "rażąco niskiej ceny" nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości.

Podobnie na gruncie polskich regulacji wypowiedział się Sąd Okręgowy w W. w wyroku z 5 lipca 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), w którym stwierdził, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny, Tym samym, z literalnej wykładni powyższych przepisów wynika, że zamawiający dla rzeczywistej weryfikacji oferty wykonawcy w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie może poprzestać na jednokrotnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., jeżeli nadal ma wątpliwości w przedmiotowym zakresie, pomimo złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień.

Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie także w świetle celowościowej wykładni powyższych przepisów. Celem art. 90 P.z.p. jak i art. 55 dyrektywy klasycznej jest wyeliminowanie z postępowania ofert tych wykonawców, którzy proponują realizację przedmiotu zamówienia na warunkach niemożliwych do spełnienia, nierealnych, nierzeczywistych. Uwzględniając konieczność ochrony szeroko definiowanego interesu publicznego, jak i ochrony naczelnej zasady systemu zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niedopuszczalne jest powierzenie wykonania zamówienia wykonawcy, który nie zrealizuje przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z treścią złożonej oferty. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., została również potwierdzona przez Sąd Okręgowy w O., który w wyroku z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z "rażąco niską ceną".

W celu podjęcia decyzji o braku bądź istnieniu podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wszystkich wątpliwości, jakie zrodziły się u zamawiającego w związku z ceną zaproponowaną przez wykonawcę, a także ze złożonymi przez wykonawcę wyjaśnieniami. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal, po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień, wątpliwości do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, może żądać od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nowe wątpliwości wyniknęły na tle treści już złożonych wyjaśnień.

W świetle ww. orzeczeń jasnym jest, że skoro zamawiający powziął wątpliwość do znaczenia udzielonych wyjaśnień, powinien wezwać wykonawcę S. do ich doprecyzowania. Wyjaśnienia odwołującego zawierały bowiem wszelkie niezbędne elementy do ich przyjęcia.

Odrzucenie oferty nastąpiło więc nie wskutek niewystarczających wyjaśnień, czy też błędów zawartych w wyjaśnieniach, lecz niewłaściwej interpretacji zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie jest obowiązkiem składającego wyjaśnienia antycypowanie wszelkich wątpliwości zamawiającego. Zwłaszcza w wypadku, gdy jak w tej sytuacji, zamawiający nie kwestionuje żadnego z elementów oferty, a raczej jej ogół, wyjaśnienia składane są niejako "w ciemno".

Zamawiający zarzucił w piśmie z 8 kwietnia 2016 r., że wykonawca powołuje się na posiadanie własnego warsztatu dla pojazdów, korzystanie ze zniżek na zakup materiałów eksploatacyjnych, korzystanie z preferencyjnych cen i zniżek w hurtowniach i u producentów, nie przedstawiając żadnego dowodu w tym zakresie. Ponownie powtórzyć trzeba, że jeżeli u zamawiającego zrodziły się wątpliwości czy wykonawca S. w istocie posiada wyjątkowo korzystne warunki handlowe, to zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia dowodów w tym zakresie. Ciężar dowodowy, który konstytuuje art. 90 ust. 2 P.z.p., nie oznacza bowiem, że odwołujący obowiązany jest przedstawić dowód na każde ze swoich twierdzeń. W szczególności, nie jest on obowiązany wykazywać ceny kosztów marginalnych, nie mających znaczenia dla oferty. Powodowałoby to nadmierne i niczym nieuzasadnione obciążenie wykonawców. Wykonawca S. w składanych wyjaśnieniach załączył

umowy z pracownikami, a także udowodnił ponoszone koszty paliwa. To te dwie pozycje stanowią podstawowe koszty dla wykonania zamówienia, Jeżeli zamawiający uznał, że niezbędne jest też złożenie pozostałych umów i rachunków, powinien był dodatkowo wezwać odwołującego do uzupełnienia wyjaśnień w tym zakresie.

(...)

Izba stwierdza, że zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 P.z.p. zamawiający ma obowiązek wyjaśnić kwestię wysokości zaoferowanej ceny gdy cena ofertowa będzie niższa o 30%

- 1) od wartości zamówienia lub
- 2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Ze względu na użycie przez ustawodawcę w tym wyrażeniu spójnika „lub” wyrażenie to musi być traktowane jako alternatywa nierozłączna, a więc wystarczy aby zaszła jedna przesłanka, żeby zamawiający był zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Link do wyroku z dnia 4 maja 2016 r., KIO 586/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0586.pdf

- 24. Czy zamawiający może wystosować do wykonawcy wezwanie o charakterze ogólnym dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotne części składowych ?**

Wyrok z dnia 20 maja 2016 r., KIO 750/16

Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. **Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez**

Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). **Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.**

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. **Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.**

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie P.z.p. nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecnictwem europejskim, orzecnictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 r. KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, w szczególności kiedy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w postępowaniu, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki

wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego.

Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. **Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały.** W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego Izby szczegółowość wezwań była wystarczająca. W każdym z wezwań Zamawiający określił podstawę prawną, z którą związane jest wystosowanie wezwania. Wykonawca wiedział więc (a przynajmniej jako profesjonalista, powinien był wiedzieć), że wątpliwości Zamawiającego związane są z możliwością wystąpienia ceny rażąco niskiej. Pierwsze z wezwań związane było z obowiązkiem złożenia kosztorysu szczegółowego i w ocenie Izby nie mogło być bardziej rozbudowane, ponieważ Zamawiający nie znał w danym momencie założeń wyceny oferty przez Wykonawcę. Drugie z wezwań było bardzo szczegółowe, po analizie otrzymanego kosztorysu Zamawiający precyzyjnie określił jakie składniki wyceny budzą jego wątpliwości i do jakich elementów cenotwórczych wykonawca winien się odnieść.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez

wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p.. **Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 P.z.p. i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 P.z.p. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma "wyjaśnieniami" czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 P.z.p.** Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p. Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy pierwszej kolejności, że Zamawiający zastosował procedurę wynikającą z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Oznacza to, że wskazywany w odwołaniu zarzut naruszenia tego przepisu nie mógł zostać uwzględniony, zwłaszcza, że Odwołujący wskazywał na naruszenie regulacji przez zaniechanie jej zastosowania. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie, a więc uczynił zadość nałożonym na niego obowiązkom.

Co do kwestii samego wezwania do złożenia wyjaśnień, to wezwanie miało charakter ogólny, nie wskazywało, które elementy oferty wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości i co do których elementów Zamawiający oczekuje wyjaśnień. Powyższa okoliczność ma o tym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą szczegółowo wypełnionego Wykazu Prac Naprawczych (WPN). Wykaz ten zawierał szczegółowy opis kolejnych czynności do wykonania, określał ilość przyjętych roboczogodzin przez wykonawcę do wykonania poszczególnych napraw, wskazywał na materiały, stawkę roboczogodziny, konieczne uczestnictwo podmiotów trzecich. Tymczasem Zamawiający w wezwaniu ograniczył się jedynie do kwestii różnicy średniej arytmetycznej między ofertami, która przekroczyła próg 30%, co zgodnie z przepisem obligowało Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Istotne jest również, że postępowanie prowadzono w trybie dwustopniowym, przy

uwzględnieniu regulacji związanych z dyrektywą obronną, a więc Zamawiający miał możliwość wymagania od wykonawców większej liczby informacji istotnych z punktu widzenia postępowania, na przykład w zakresie podwykonawców. Na etapie składania z ofertą WPN Zamawiającemu znani byli wszyscy podwykonawcy i zakres ich prac, które będą wykonywali. Zamawiający wiedział więc w których pozycjach WPN przewidziane powinno być wynagrodzenie i koszty związane z podwykonawstwem, natomiast wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało na jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego odnośnie tej części kalkulacji ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia, odwoływał się bowiem choćby do umów uprzednio realizowanych na rzecz prac przedmiotowo zbliżonych do przedmiotu tego zamówienia. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone "materialne" dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśniania spełniające wymagania przepisów ustawy P.z.p., w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby takie właśnie okoliczności w swoich wyjaśnieniach wykonawca Przystępujący przedstawił. Niewątpliwie posiadanie wcześniejszych doświadczeń w realizacji prac o podobnym charakterze może przełożyć się cenę oferty z uwagi na znajomość specyfiki obiektów co daje możliwość rozplanowania i organizacji prac.

Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do stawek wynikających z oferty i wyjaśnień. Nie zanegował wartości przyjętych roboczogodzin do naprawy poszczególnych elementów obiektu. Takich wątpliwości przy ocenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miał również Zamawiający, który uznał złożone wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru oferty Przystępującego. Odwołujący nie odniósł się także do wynikającej z

wyjaśnień, a przyjętej do kalkulacji ceny oferty okoliczności wykonywania prac o podobnym charakterze na podobnych obiektach przez Przystępującego.

Nie można nie zauważyć, iż o wezwaniu zdecydowała zapewne jedynie przesłanka arytmetycznej różnicy, której nie można stosować bezkrytycznie. Zamawiający przy tak dużej różnicy cenowej między ofertami powinien był przeprowadzić pogłębioną analizę dlaczego do takiego zjawiska doszło i jakie czynniki mogły mieć na to wpływ oraz czy czynnikiem takim mogły być przyjęte przez którego z wykonawców nieprawidłowe założenia do wykonania części prac, także z udziałem podwykonawców. Zamawiający zaniechał jednak tych czynności, skupiając się jedynie na matematycznej różnicy. Oczywistym jest, że w przypadku małej lub dużej liczby ofert w postępowaniu, niska lub zawyżona cena jednej z tych ofert niewątpliwie wpływa na średnią cenę wszystkich ofert i staje się sztucznym odniesieniem do badania ceny rażąco niskiej.

W ocenie Izby Przystępujący złożył takie wyjaśnienia, jakie otrzymał wezwanie. Choć to wykonawca jest odpowiedzialny za formalny i materialny sposób przedstawienia wyjaśnień, to podstawą wyjścia do złożenia wyjaśnień jest wezwanie Zamawiającego, który powinien wyartykułować jakie elementy oferty jego zdaniem można podać w wątpliwość, a wykonawca może wskazać wtedy także na inne elementy, które mogły przełożyć się na cenę.

Jedyną natomiast okolicznością, na której skoncentrował się Odwołujący w odwołaniu było założenie, że część prac może wykonać jedynie firma H. i inne podmioty, które jako jedyne mogą wykonywać naprawy gwarancyjne, a z uwagi na ofertę cenową tych firm, cena oferty Przystępującego wydawać mogła się za niska.

Dostrzeżenia wymaga, że ze złożonych wyjaśnień, a co więcej z WPN znajdującego się w ofercie, wynikało, że Przystępujący zadecydował o zastąpieniu podwykonawców zagranicznych (w tym H.) podmiotami z rynku krajowego. Możliwości takiej Zamawiający w toku badania i oceny ofert w żaden sposób nie zanegował, czemu dał wyraz w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, bowiem przyjęcie takiego sposobu wykonania zamówienia nie stanowiło podstawy do uznania treści oferty za niezgodną z założeniami SIWZ. Co więcej, taką postawę Zamawiający prezentował również na rozprawie. Takiego zarzutu nie podniósł również w odwołaniu Odwołujący. Izba uznała więc, że przyjęty przez Przystępującego sposób wykonania zamówienia był

wariantem możliwym i prawdopodobnym do zastosowania. To zaś niewątpliwie przełożyło się na niższą cenę oferty.

Odwołującemu nie udało się więc skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego należy traktować jak rażąco niską. Myli się Odwołujący konstatując w odwołaniu i na rozprawie, że nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznych wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne, nieprawidłowe. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Dostrzeżenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy, są odpowiedzią na ubogą treść wezwania do wyjaśnień poczynioną przez stronę Zamawiającą. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień. Choć Odwołujący podkreślał, że momentem dowodzenia prawidłowości kalkulacji powinien być moment wyznaczony przez Zamawiającego, to zauważyć należy, że wyjaśnienia złożone przy piśmie procesowym przez Przystępującego w zasadzie nie różnią się w treści od wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu. Przystępujący powołał się na tożsame okoliczności, które miały decydujący wpływ na cenę jego oferty. Pozostała zaś argumentacja jest polemiką z тезami odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konkludując, mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyla się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania prac remontowych jednostek pływających na okoliczność rynkowej roboczogodziny, ilości roboczogodzin wystarczających do wykonania przedmiotu zamówienia, wartości materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia i kosztów podwykonawstwa jako zgłoszony dla zwłoki i nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą zgłaszać dowody aż do zamknięcia rozprawy. Izba odmawia przeprowadzenia dowodu, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący i Zamawiający nie kwestionowali wysokości roboczogodziny, ilości przyjętych roboczogodzin, czy nakładów materiałowych. Przeprowadzenie zatem dowodu z opinii biegłego w przedmiotowym zakresie nie było pomocne do rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a zgłoszenie tego wniosku dowodowego służyć miało jedynie przedłużaniu postępowania odwoławczego. Za zgłoszony celem przedłużania postępowania odwoławczego należało także uznać wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego kosztorysanta połączonego z dowodem z ksiąg przedsiębiorstwa w celu zbadania, czy cena ryczałtowa zawarta w ofercie, w konsekwencji zaoferowanie wynagrodzenie pozwoli na wykonanie zlecenia poniżej kosztów, czy też z zyskiem. Odwołujący bowiem nie przedstawił w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej i nie podważył założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty, poza odniesieniem się do wynagrodzenia dla podwykonawców. Zbadanie zaś tego zagadnienia i jego ocena nie wymagała wiadomości specjalnych i mogła zostać dokonana na podstawie innego zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Izba oddaliła także wnioski o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków na okoliczność metody, sposobu, czynników cenotwórczych, cen rynkowych z uwzględnieniem wcześniejszych doświadczeń Przystępującego na rynku oraz uzyskania ofert od podwykonawców wymienionych we wniosku Przystępującego jako zmierzające do przedłużenia postępowania odwoławczego. Po pierwsze zauważyć należy, iż w przedmiocie sformułowanej tezy dowodowej Odwołujący nie postawił zarzutów (np. co do cen rynkowych, czy doświadczenia Przystępującego), inne zaś fakty potwierdzone zostały innymi środkami dowodowymi (złożone przy piśmie procesowym dokumenty co do ofert podwykonawczych).

Odnosnie kosztów należnych Przystępującemu w przypadku oddalenia odwołania rozpoznawanego z wniesienia sprzeciwu, to zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 Izba zasądza od Odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw uzasadnione koszty w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Takich rachunków Przystępujący do zamknięcia rozprawy nie przedstawił. Wobec powyższego Izba orzekła obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego strony Odwołującej ograniczając koszty do wysokości uiszczonego wpisu.

Link do wyroku z dnia 20 maja 2016 r., KIO 750/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0750.pdf

25. Czy wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje roboty budowlane nie objęte opisem przedmiotu zamówienia ?

Wyrok z dnia 23 kwietnia 2014 r., KIO 706/14

M. zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 P.z.p. oraz art. 7 P.z.p., a także art. 353 [1] k.c. w zw. z art. 14 P.z.p., poprzez wprowadzenie wymagania, by cena ryczałtowa zawierała niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a także poprzez obciążenie wykonawcy skutkami finansowymi nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę.

W pkt XII SIWZ zamawiający wskazał, że zaproponowana przez wykonawcę cena zamówienia brutto - cena ryczałtowa musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych

robót, których wykonawca nie oszacował na etapie procedury przetargowej, a które będą niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (wszystkie 3 etapy). Następnie, w pkt XII SIWZ zamawiający wskazał, że cena ryczałtowa za realizację zamówienia musi zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania zamówienia, a skutki finansowe błędnego obliczenia ceny, wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, obciążają wykonawcę.

M. podkreślał, iż zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wystarczający do rzetelnego skalkulowania oferty (istnieje wiele elementów przedmiotu zamówienia, których zakres wykonania nie jest znany wykonawcy na etapie kalkulacji oferty). Tak więc, wykonawca nie jest w stanie rzetelnie wyliczyć, jaką cenę jest w stanie zaproponować, gdyż nie wiadomo na obecnym etapie, jakie prace będzie musiał wykonać, a w związku z tym, jakie koszty będzie musiał ponieść. Tytułem przykładu, wykonawca nie jest w stanie na obecnym etapie ustalić, czy będzie musiał ponieść koszty demontażu istniejącej konstrukcji linowej, koszty transportu tej konstrukcji do miejsca wykonania badań, koszty powrotnego transportu, koszty magazynowania elementów tej konstrukcji, czy wreszcie koszty ponownego jej montażu. Nadto, wykonawca nie jest w stanie obecnie ustalić, które elementy konstrukcji linowej nadają się obecnie do wykorzystania, w związku z czym nie jest jasne, jaki będzie zakres robót w drugiej części zadania (w Etapie II).

Tak więc, zamawiający, poprzez uniemożliwienie wykonawcy rzetelnego skalkulowania oferty, a - następnie - obciążenie wykonawcy ryzykiem błędnego obliczenia ceny (pkt XII SIWZ) ogranicza konkurencję w postępowaniu, gdyż wzmacnia istotnie ryzyka związane z realizacją kontraktu. W ten sposób zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które będą brały udział w przetargu, gdyż część potencjalnych wykonawców może uznać, iż ryzyko realizacji kontraktu (w warunkach zaproponowanych przez zamawiającego) jest zbyt duże, w związku z czym nie złoży oferty.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, którego cechą zgodnie z art. 632 § 1 k.c. jest stałość, bowiem jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów ani kosztów prac.

Regułą przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego są takie postanowienia SIWZ, które wskazują, że cena ryczałtowa za realizację zamówienia musi zawierać wszystkie elementy kosztów wykonania zamówienia. **Ryczałt odnosi się do zaś do zakresu prac ściśle opisanych w SIWZ i w umowie, a nie do prac, których SIWZ nie obejmuje, a zatem których umowa nie przewidywała.**

Zarzut odwołującego w istocie dotyczył nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia Etapu I i Etapu II, niepozwalającego na zidentyfikowanie kosztów i ryzyk do oszacowania w cenie ofertowej, który to zarzut został uwzględniony przez Izbę. Z tych też powodów Izba uwzględniła żądanie odwołującego nakazania unieważnienia ogółu czynności w niniejszym postępowaniu. W żadnym wypadku zamawiający nie wymagał w kosztorysie ofertowym podania osobnej pozycji - kosztów nieprzewidzianych.

Link do wyroku z dnia 23 kwietnia 2014 r., KIO 706/14:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2014_0706.pdf

26. Różnica pomiędzy opóźnieniem a zwłoką w odniesieniu do naliczania kar umownych ?

Kara umowna jest powszechnym elementem umów w sprawach zamówień publicznych, a popularność kary umownej wynika z możliwości dochodzenia zapłaty kwoty pieniężnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego. Jeśli uchybienie dłużnika (wykonawcy zamówienia publicznego) polega na niedotrzymaniu terminu wykonania zobowiązania, kara umowna, w razie jej zastrzeżenia, typowo należna jest za opóźnienie albo za zwłokę dłużnika. W praktyce przyjmuje się, że w przypadku zastrzeżenia kary umownej za opóźnienie bez znaczenia pozostają przyczyny stanowiące podstawę opóźnienia oraz zawinienie dłużnika. Przyjęcie takiego stanowiska, zależnie od stanu faktycznego sprawy, może być jednak błędem. Kara umowna jest ustalonym z góry zryczałtowanym odszkodowaniem, związanym z odpowiedzialnością kontraktową wykonawcy. Wynika to m.in. z umiejscowienia przepisów dotyczących kary umownej wśród przepisów odnoszących się do odpowiedzialności kontraktowej (art. 483 - 484 k.c.). Skutki „opóźnienia” i „zwłoki” są różne, a więc nie należy nadawać tym pojęciom tożsamego znaczenia i używać tych pojęć zamiennie. Z opóźnieniem zwykłym mamy do czynienia wówczas, gdy wykonawca zamówienia publicznego nie wykonuje przedmiotu zamówienia publicznego w terminie określonym w umowie z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest natomiast opóźnieniem kwalifikowanym wykonawcy, wynikłym z okoliczności, za

które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które wykonawca ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (zob. art. 471 - 474 k.c.). Opóźnienie nie jest zwłoką, gdy dłużnik (wykonawca) udowodni, że nastąpiło ono z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Wierzyciel (zamawiający) musi tylko wykazać, że określony w umowie przedmiot zamówienia publicznego nie został wykonany w terminie. Zamawiającego nie obciąża natomiast dowód, że przybrało ono postać zwłoki (zob. wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 maja 2006 r., I ACa 1229/05; z dnia 22 czerwca 2006 r., I ACa 2321/05, z dnia 29 września 2010 r., V ACa 208/10 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., V CSK 427/10 oraz z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 161/10).

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z art. 476 k.c. należy zatem wyprowadzić wniosek, iż dłużnik dopuszcza się zwłoki, jeżeli opóźnia się ze spełnieniem świadczenia, a opóźnienie to jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Z przepisu art. 476 k.c. wynika domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, dłużnik (także wykonawca zamówienia publicznego) pozostaje w zwłoce, a więc niewykonanie zobowiązania (przedmiotu zamówienia publicznego) w terminie określonym w umowie wynikło z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Wobec tego wierzyciel (zamawiający) nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu wykonania określonego w umowie przedmiotu zamówienia publicznego jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik (wykonawca) odpowiada. Rzeczą wierzyciela jest jedynie wykazanie, że termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. W sytuacji jeżeli dłużnik twierdzi, iż nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykle niestwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych, to winien tę okoliczność wykazać. Uwzględniając art. 476 zd. 2 k.c., dla zwłoki istotne znaczenie ma okoliczność, że jest to uchybienie terminowi świadczenia, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Odnosząc to stwierdzenie do art. 471 k.c., należy uznać, że zwłoka jest szczególnym przypadkiem nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast okolicznością obciążającą dłużnika jest także w tym wypadku jego wina nieumyślna w postaci niedbalstwa. Zgodnie bowiem z art. 472 k.c., jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego,

dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. W wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (...). Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej zatem, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. (...) dłużnik (tu: zobowiązany do zapłaty kary umownej) może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności to dla zmiany, polegającej na poszerzeniu lub ograniczeniu zakresu takiej obrony, niezbędna byłaby podstawa prawna. Ustawodawca wprowadził ją wprost m.in. ograniczeniem odpowiedzialności dłużnika do obowiązku wydania surogatów w wypadku zbycia, utraty lub uszkodzenia rzeczy będącej przedmiotem świadczenia z wyjątkiem zwłoki dotyczącej świadczenia rzeczy oznaczonej co do tożsamości (art. 475 § 2 k.c., art. 478 k.c.), szkód spowodowanych przez inwestora (art. 655 k.c.). Szczególne przepisy regulują także następstwa niemożliwości świadczenia (...). Dopiero bowiem element obiektywnej bezprawności zachowania dłużnika umożliwia postawienie mu zarzutu subiektywnie wadliwego postępowania. Miernik staranności, z którym należy zestawić zachowanie dłużnika, aby ocenić je jako niewłaściwe (nienależyte), musi mieć charakter obiektywny. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej i nic innego nie wynika z umowy stron dłużnik, który zachował należytą staranność, nie ponosi odpowiedzialności na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Przy ocenie tej uwzględniać należy każdorazowo właściwość zobowiązania i cel umowy. (...). Konkludując, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania. Nie jest wykluczone odwoływanie się do takiej przyczyny, jeżeli powstała ona lub trwa nadal po upływie terminu spełnienia świadczenia. Za powyższym stanowiskiem przemawia również wzgląd na potrzebę racjonalnego wyważania interesów uczestników obrotu prawnego.”. Nie oznacza to, że nie jest możliwe przyjęcie w umowie, że odpowiedzialność dłużnika jest szersza i obejmuje nawet okoliczności niezawinione przez niego.

Przepis art. 472 K.c. statuuje odpowiedzialność dłużnika w reżimie odpowiedzialności kontraktowej na zasadzie winy (za niezachowanie należytej staranności). Przepis ten ma jednak charakter

względnie obowiązujący, a więc dopuszcza możliwość modyfikowania granicy i zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy zamówienia publicznego). Dłużnik może więc przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, także tych niezależnych od niego (art. 473 § 1 k.c.). Dla osiągnięcia takiego rezultatu bardzo istotna jest treść (redakcja) postanowień umownych, z których powinien wynikać, w sposób nie budzący wątpliwości, zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania. Tworząc postanowienia umowne należy mieć więc na względzie, że zastrzeżenie w umowie kary umownej „za opóźnienie”, bez wskazania dodatkowych przesłanek zmiany reżimu odpowiedzialności dłużnika, niekoniecznie oznacza, iż wierzyciel będzie miał możliwość skutecznego dochodzenia kary umownej w każdym przypadku opóźnienia się dłużnika w wykonaniu zobowiązania. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 473 k.c. stronom zobowiązania przysługuje uprawnienie do innego, szerszego lub węższego określenia okoliczności, za które dłużnik odpowiada; może ona również wynikać z przepisów ustawy. Wówczas, w konkretnym stosunku, zwłoką będzie również takie uchybienie terminowi świadczenia, którego przyczynę stanowiły okoliczności inne niż niezachowanie przez dłużnika należytej staranności. W takim wypadku, przy rozszerzeniu odpowiedzialności, niemożliwość postawienia dłużnikowi zarzutu zawinienia nie jest przeszkodą uznania, że pozostaje on w zwłoce. Wola stron umowy co do rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej powinna być wyraźnie uzewnętrzniona. Należy również zauważyć, że w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c., art. 473 § 1 k.c.) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania.

Przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.) mają charakter dyspozytywny. Do kategorii przesłanek negatywnych kary umownej zalicza się brak winy dłużnika. Wykazanie przez dłużnika brak winy powoduje uchylenie obowiązku świadczenia kary umownej w tych stosunkach zobowiązaniowych, w których dłużnik odpowiada na zasadzie winy. Podkreślić należy, że użycie ogólnego sformułowania o karze umownej „za opóźnienie” nie czyni jej niezależną od przyczyn niedochowania terminu spełnienia świadczenia. Od kary umownej należy natomiast odróżnić zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej.

27. Czy można telefonicznie wyjaśniać treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ?

Uchwała z dnia 21 grudnia 2012 r., KIO/KD 97/12

W wyniku kontroli ustalono, że pismami z 13 i 19 lipca 2011 r. do Zamawiającego wpłynęły zapytania wykonawców dotyczące SIWZ. Według adnotacji zamieszczonych na pismach, odpowiedzi na pytania zostały udzielone telefonicznie w odpowiednio w dniach: 15 i 21 lipca 2011 r. (...). W odniesieniu do naruszenia opisanego w punkcie 3 Informacji o wyniku kontroli Izba wskazuje, że nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym telefoniczne udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że w świetle art. 38 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, ze względu na termin, w jakim wpłynęły wnioski wykonawców o udzielenie wyjaśnień, nie miał on obowiązku, a jedynie prawo udzielenia odpowiedzi. Nie zwalniało to jednak Zamawiającego z konieczności zachowania formy obowiązującej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jeżeli Zamawiający zdecydował się na udzielenie takich wyjaśnień, winien uczynić to w formie określonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

28. Gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 r., I CSK 901/14

Nie można w pełni podzielić stanowiska Sądu Apelacyjnego o prawnej tożsamości przesłanki „nadzwyczajnej zmiany stosunków” uzasadniających zastosowanie art. 357 [1] k.c. i „zmiany stosunków” w art. 632 § 2 k.c., aczkolwiek istotnie opinię taką wyraża się niekiedy w literaturze. Za samym zrównaniem tych pojęć nie może przemawiać założenie, że w obu tych sytuacjach chodzi o pojawienie się po zawarciu umowy zdarzeń, które nie są objęte typowym ryzykiem kontraktowym, wyznaczonym przez określony rodzaj umowy (np. umowy o roboty budowlane). Jeżeli Sąd Apelacyjny trafnie zaznaczył, że obie kategorie nie muszą nawiązywać do zdarzeń o charakterze katastroficznym, to z pewnością zdarzenie w postaci „nadzwyczajnej zmiany stosunków” powinno zawierać w sobie więcej elementów niezwykłości niż „zmiana stosunków” w rozumieniu art. 632 § 2

k.c., skoro ustawodawca jednak różnicuje terminologię i jednocześnie inne są funkcje ogólnej (wyrażonej w art. 357 [1] k.c.) i szczególnej (ujętej w art. 632 § 2 k.c.) klauzuli rebus sic stantibus. Jeżeli bowiem w pierwszej sytuacji chodzi o zmianę treści stosunku obligacyjnego także przy uwzględnieniu elementu słuszności (rozważenie interesów stron i zasad współżycia społecznego), to w sytuacji drugiej podstawowe znaczenie ma czynnik natury ekonomicznej, tj. zachowanie względnej, odpowiedniej równowagi pomiędzy świadczeniem niepieniężnym wykonawcy robót budowlanych i poziomem należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego (relacja „rozmiaru lub kosztów prac” i określonego w umowie „ryczałtu”). W rozpoznawanej sprawie o „kosztach prac” zadecydował poziom cen materiałów, który wzrósł się w 2007 r., tj. w toku wykonywania umowy zawartej dwa lata wcześniej. Już element skali tej podwyżki (23,87%, w tym - inflacja w zakresie materiałów budowlanych 7,8%, wzrost cen ponad poziom inflacji o 16%), przedmiotowy zasięg wzrostu (zdecydowana większość materiałów budowlanych w związku z odnotowanym boorem na rynku budowlanym) oraz sam okres (tempo) wspomnianego wzrostu, mogłoby - obiektywnie rzecz biorąc - świadczyć o wystąpieniu istotnej zmiany stosunków w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. Doszło bowiem do wzrostu materiałów budowlanych w określonym czasie o prawie 1) 4 ich poziomu z chwili zawarcia umowy o roboty budowlane. **Należy stwierdzić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono pogląd, że gwałtowny wzrost cen materiałów i usług budowlanych po blisko 10 - letnim okresie ich stabilizacji, może być uznany za zaistnienie sytuacji nadzwyczajnej i nieprzewidywalnej w chwili zawierania umowy** (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, nie publ.; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 568/12, OSNC-ZD 2014, z. 1, poz. 18).

(...)

W art. 632 § 2 k.c. przewidziano przesłankę możliwości podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy robót budowlanych, gdyby wykonanie zamówienia groziło mu „rażącą stratą”. Sąd Apelacyjny trafnie powołał się na orzeczenia Sądu Najwyższego, w których przyjmowano ogólnie, że **za rażącą stratę w rozumieniu art. 632 § 2 k.c. nie można uważać „utrąty planowanego zysku”, a także „utrąty dochodu”** (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1998 r., III CKN 821/97, OSP 1999, Nr 1, poz. 9; por. też np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 25/06, nie publ.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 968/12, OSN-ZD 2014, z. 1, poz. 18). Sąd Apelacyjny trafnie założył, że omawiana strata powinna mieć charakter transakcyjny, tzn. ma być poniesiona w związku z

konkretną transakcją w ramach określonego stosunku obligacyjnego (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, nie publ.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2005 r., V CSK 589/14, nie publ.).

Link do wyroku z Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2015 r., I CSK 901/14
<http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/i%20csk%20901-14-1.pdf>

29. Na zamawiającym i wykonawcy ciąży obowiązek zabezpieczenia u siebie prawidłowego działania faksu.

Wyrok z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1098/15

Izba ustaliła, że zamawiający zwrócił się za pośrednictwem faksu do wykonawcy C. (obecnego odwołującego) o udzielenie do upływu określonego terminu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mogących mieć wpływ na wysokość ceny na podstawie wprowadzenia do wyliczenia art. 90 ust. 1 P.z.p. (...). **Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy C. potwierdzenia otrzymania tej przesyłki. Zamawiający jednak uznał, że powiadomienie doszło do wykonawcy C., gdyż zamawiający otrzymał automatyczny wydruk ze swojego faksu - tzw. "okejkę".** Gdy w wyznaczonym terminie zamawiający nie otrzymał wyjaśnień od wykonawcy C., zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 3 P.z.p., który brzmi "Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Natomiast wykonawca C. stwierdził, że w czasie, gdy zamawiający przysyłał do wykonawcy C. przedmiotowy faks miał awarię urządzenia faksującego. Faks przekazywał do nadawcy informację (»ok«), że faks doszedł do odbiorcy, ale w rzeczywistości nie dochodziło do przyjęcia wiadomości przez to urządzenie, a tylko wysłanie błędnego komunikatu. Niezwłocznie po wykryciu zaistniałej awarii wykonawca C. przystąpił do naprawy swojego urządzenia faksującego, ale i tak upłynęło kilka godzin, w których czasie urządzenie było zepsute i nie przyjmowało faksów jednocześnie wysyłając fałszywą informację, że odbiorca przyjął przesyłkę faksową. Odwołujący podkreśla, że nie wysłał do zamawiającego potwierdzenia otrzymania wiadomości o zobowiązaniu do przekazania w określonym terminie wyjaśnień dotyczących

wysokości ceny zaproponowanej w ofercie. W związku z tym, że do wykonawcy C. nie dotarło wezwanie do złożenia wyjaśnień cenowych, wykonawca C. nie wystosował takich wyjaśnień, a zamawiający po upływie terminu na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę C. odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art. 27 ust. 2 P.z.p., który brzmi »Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania«. Ponadto w rozpoznawanej sprawie istotna była treść postanowienia cz. VIII ust. 3 zdanie pierwsze str. 11 specyfikacji, z którego to postanowienia - zdaniem odwołującego - strony mogły odczytać obowiązek przekazywania potwierdzeń otrzymania faksów cyt. "Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy przekazywać będą w formie pisemnej faksem lub drogą elektroniczną z zachowaniem zasad określonych w ustawie P.z.p."

(...)

Izba stwierdza, że w związku z brakiem ustanowienia konsekwencji w specyfikacji lub w przepisach prawa za niewystosowanie potwierdzenia otrzymania faksu (a nawet z ogólnego postanowienia specyfikacji - cz. VIII ust. 3 zdanie pierwsze - nie wynika, że zamawiający wprowadził obowiązek potwierdzania otrzymania faksów czy maili), nie można wymagać od zamawiającego, aby szczególnie traktował czynności i sytuacje, gdzie nie otrzymał potwierdzenia otrzymania faksu, a tylko posiada "ok", że skutecznie wystosował jakąś przesyłkę faksową.

Natomiast to podmiot, u którego wystąpiła awaria sprzętu, powinien w jakiś sposób zareagować. Jednym z działań jest zgłoszenie awarii do odpowiednich służb technicznych i udostępnienie sprzętu serwisantowi. Ale te działania tylko mogą wywrzeć wpływ na przyszłość. Do faktów już zaistniałych taki podmiot np. mógł powiadomić wszystkie podmioty, z którymi prowadzi istotne kontakty za pośrednictwem faksu, o awarii i jej usunięciu oraz poprosić tych kontrahentów, aby wystosowali do tego podmiotu ponownie wiadomości, które wysłali w ciągu godzin, gdy urządzenie nie przyjmowało przesyłek i mimo to wysyłało fałszywe komunikaty o przyjęciu informacji.

Ugruntowanym orzecznictwem Izby to na każdej ze stron ciąży obowiązek zabezpieczenia u siebie prawidłowego działania faksu, co syntetycznie zostało przedstawione w wyroku Izby z 27 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1258/11 "(...) Izba wskazuje za orzecznictwem: "(...) Odwołujący miał świadomość, iż Zamawiający może przekazać, zgodnie z art. 27 (. P.z.p.), zawiadomienia, informacje faksem. Zatem do jego obowiązków należało zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania faksu. Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wynika, iż Odwołujący nie zabezpieczył prawidłowego funkcjonowania faksu. W tej sytuacji (...) Zamawiający nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń teletransmisyjnych w siedzibie Odwołującego. (...) (wyrok ZA z dnia 15 stycznia 2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-12/07, tudzież wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 427/09".

Odwołujący wskazał naruszenie art. 61 k.c. Wobec posługiwania się faksem przez strony należy stwierdzić, że do stanu faktycznego można zastosować oba paragrafy tego przepisu, art. 61 § 1 k.c. brzmi »Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej«, a art. 61 § 2 k.c., brzmi "Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią".

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zamawiający nie rozpatrując kwestii braku potwierdzenia otrzymania przez wykonawcę C. wezwania do wyjaśnień zagadnień cenowych i zadowolając się jedynie potwierdzeniem tworzonym przez faks, czynił to w zakresie należytej staranności wykazywanej w tym postępowaniu, bo również w innych przypadkach wykonawcy nie wystosowywali do zamawiającego specjalnych potwierdzeń, zdejając się jedynie na potwierdzenia generowane automatycznie przez urządzenie faksujące, co potwierdzało wprowadzenie informacji do środka komunikacji faksowej w taki sposób, żeby wykonawca mógł zapoznać się z treścią tej informacji.

(...)

Fakt złożenia pytania przez wykonawcę C. nie miał wpływu na przeprowadzenie procedury przetargowej przez zamawiającego ze starannością, jaka była stosowana przez zamawiającego w

całości postępowania i - co wynika ze stanowisk stron podczas rozprawy - w innych postępowaniach tego typu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zamawiający - po wystosowaniu faksem w sposób przyjęty w postępowaniu żądania wyjaśnień cenowych, otrzymaniu potwierdzenia dojścia tego dokumentu do wykonawcy C. i bezskutecznym odczekaniu na upływ terminu na złożenie tych wyjaśnień miał wprost obowiązek odrzucić ofertę odwołującego i tym samym zamawiający nie naruszył żadnych przepisów wskazanych przez odwołującego. W związku z tym w ocenie Izby, zarzut pierwszy - art. 90 ust. 3 w związku z art. 14 P.z.p. oraz w związku z art. 61 k.c. oraz zarzut drugi - naruszenia art. 27 ust. 2 P.z.p. - nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Link do wyroku z dnia 12 czerwca 2015 r., KIO 1098/15:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2015_1098.pdf

- 30. Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy, jeżeli ma wątpliwości, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.**

Wyrok z dnia 3 lutego 2016 r., KIO 68/16

Odnosząc się do wymagań Zamawiającego w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym według wymagań SIWZ warunek miał zostać spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje sprzętem specjalistycznym spełniającym normy emisji spalin EURO 3 (rok produkcji 2000-2004) w określonej przez Zamawiającego ilości. Zamawiający nie doprecyzował, jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie spełnienia warunku, dlatego wykonawca mógł zakładać, że składane przez niego dowody rejestracyjne mają potwierdzać rok produkcji, a nie stan techniczny pojazdu. **Zamawiający nie wskazał, że wymagany sprzęt ma być sprawny technicznie i oceny tego stanu technicznego będzie dokonywał w oparciu o dowody rejestracyjne.**

W ocenie Izby stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w podstawie wykluczenia wychodzi ponad żądanie zawarte w SIWZ, a Zamawiający tym samym rozszerza postawiony warunek udziału w postępowaniu. **W ocenie Izby - nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec niedoprecyzowania wymagań postawionych w SIWZ. Odnosząc się do uzupełnionego sprzętu**

w ocenie Izby wykonawca wykazał - niezależnie od powyższych rozważań - stan techniczny pojazdów wykazywanych, gdyż złożył aktualne kserokopie dowodów rejestracyjnych wraz z przeglądem technicznym - również aktualnymi poświadczeniami za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby wykonawca dodatkowo w uzupełnieniu wskazał pojazd, który spełnia wymagania SIWZ - nadmiarowo, a do którego Zamawiający nie odniósł się w podstawie wykluczenia. **Ponadto wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstaw do wykluczenia, Zamawiający wykluczając wykonawcę musi mieć pewność - i to wykazać - że wykonawca nie spełnia postawionego warunku.** W ocenie Izby mogła zaistnieć sytuacja, w której wykonawca przekazał Zamawiającemu potwierdzone za zgodność z oryginałem kserokopie dowodów rejestracyjnych z lat poprzednich - i w ocenie Izby powyższe nie może stanowić - wątpliwości co do wiarygodności takich dokumentów, skoro Zamawiający ich nie żądał w SIWZ i nie weryfikował tych oryginałów. Jak wcześniej wskazano wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy wykluczenia - w szczególności w taki sposób jak uczynił to Zamawiający.

Na marginesie - odnosząc się do wezwania Zamawiającego, wezwanie Zamawiającego powinno być precyzyjne. Za wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09 oraz KIO/UZP 1980/09 - iż "(...) bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (...).

Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w wykazie osób Odwołującego B. samo żądanie uzupełnienia, polega jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, i to w sposób niepełny, ponieważ Zamawiający pominął przytoczenia ewidentnie niespełnionego w pierwszym spełnionym wykazie tego wykonawcy, warunku legitymowania się przez wymienione osoby minimum 3 letnim doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie. Wezwanie należy uznać za nieprecyzyjne, ograniczające się do wykazania sposobu spełniania wymagań, bez przywołania stosownego warunku udziału, dla którego zostały ustanowione. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowości ich wypełnienie przez innych uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z grupy wskazanej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1

ustawy P.z.p.". W niniejszym stanie faktycznym wezwanie Zamawiającego nie było precyzyjne, nie wskazywało, który pojazd wymagany przez Zamawiającego nie spełnia jego wymagań. Tym bardziej stanowisko Odwołującego - w niniejszym stanie faktycznym - wydaje się być uzasadnione.

Link do wyroku z dnia 3 lutego 2016 r., KIO 68/16:

ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_0068.pdf

31. Szkolenia z ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zapraszamy na szkolenia z zamówień publicznych organizowane przez ogólnopolską firmę szkoleniową [EKSPERT sp. z o. o., Udorpie 83C, 77 - 100 Bytów](#)

Informacje o szkoleniach są dostępne na stronie internetowej:

http://www.szkoleniaekspert.pl/szkolenia_otwarte.html?category=12

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl

INFO NOWE PZP jest materiałem szkoleniowym dedykowanym uczestnikom szkoleń przeprowadzanych przez ogólnopolską firmę szkoleniową [EKSPERT sp. z o. o., Udorpie 83C, 77 - 100 Bytów](#).