

13.01.2026



Fundusze Europejskie

Zamówienia publiczne na roboty budowlane

Krzysztof Puchacz



Fundusze Europejskie
dla Śląskiego



Rzeczpospolita
Polska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



Województwo
Śląskie

Dokumentacja projektowa

- prawa autorskie;
- zgodność z PZP;
- nadzór autorski;
- DNSH/zielone zamówienia publiczne;
- opracowania koncepcyjne;
- inne wymagania.

System zaprojektuj - wybuduj

- rozliczenie prac projektowych;
- kiedy kosztorys?
- nadzór nad etapem projektowania;
- pozwolenie na użytkowanie;
- czy potrzebny kosztorys inwestorski?
- klauzule przeglądowe – etap projektowania

Określenie rodzaju zamówienia

Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane (zamówienia mieszane), do udzielenia zamówienia zamawiający powinien stosować przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.

Ustalenie tego co jest głównym przedmiotem zamówienia odbywa się w dwóch wariantach;

- a) w przypadku zamówień obejmujących równocześnie usługi i dostawy (np. dostawy urządzenia i jego serwis) główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości (usług lub dostaw) jest wyższa;
- b) w przypadku zamówień obejmujących równocześnie usługi i usługi społeczne wskazane w załączniku XIV do dyrektywy klasycznej (np. usługa transportowa oraz usługa hotelarska)) główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości (danego rodzaju usług) jest wyższa;

c) w przypadku innych połączeń (np. dostawy i roboty budowlane) główny przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie część przedmiotu zamówienia jest wynikiem podstawowej potrzeby zamawiającego, a która jest elementem subsydiarnym (zależnym).

Szczególną uwagę należy zwrócić na ryzyko wadliwego zastosowania art. 27 ustawy które prowadzi do niestosowania przepisów ustawy o wyższej wartości. Sytuacja taka będzie miała miejsce np. w przypadku gdy zamówienie mieszane obejmujące dostawy (jako główny przedmiot zamówienia) i roboty budowlane (jako jego element subsydiarny) o wartości przekraczającej progi unijne dla dostaw a nieprzekraczającej progów unijnych dla robót budowlanych zostanie przez zamawiającego zakwalifikowane do robót budowlanych - co w konsekwencji spowoduje zastosowanie obniżonego reżimu prawnego (np. dostawa urządzenia i jego montaż obejmujący prace instalacyjne będące robotami budowlanymi).

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2024 r. KIO/KD 24/23. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 20 października 2022 r. KIO/KD 28/22

Szacowanie wartości zamówienia

Szacowanie wartości robót budowlanych podlega regułom szczególnym. Mając na uwadze definicję robót budowlanych wskazaną w art. 7 pkt 21 pzp należy przyjąć, że robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy PZP są:

- 1) realizacja obiektu budowlanego;
- 2) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w załączniku Nr II do dyrektywy klasycznej.

Powyższe oznacza, że nie sumują się wartości robót polegających na realizacji obiektu budowlanego oraz robót wykonywanych na istniejącym innym obiekcie budowlanym (odrębne zdefiniowanie obu tych zakresów determinuje potraktowanie ich jako innych rodzajów zamówień). Ocenie – w świetle zasad szacowania wartości zamówienia - należy natomiast poddać sytuacje w których:

- 1) równolegle realizowane są obiekty budowlane;
- 2) równolegle realizowane są roboty na wielu obiektach.

Szacowanie wartości zamówień które obejmują **wykonanie** obiektu budowlanego odbywa się co do zasady odrębnie dla każdego z obiektów który może **odrębnie od pozostałych spełniać swoją funkcję gospodarczo-techniczną**.

Szacowanie wartości zamówień na roboty polegające na **wykonaniu robót budowlanych na istniejących obiektach budowlanych** w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych powinno być wykonywane wg następujących reguł cyt. *„kryteriami służącymi do oceny, czy różne roboty budowlane stanowią jedno zamówienie, nie będą kryteria odnoszące się do gospodarczych lub technicznych funkcji „obiektu”, gdyż różne roboty budowlane nie stanowią wykonania „obiektu budowlanego”.* Podstawowym kryterium pozwalającym na ustalenie, czy określone prace składają się na jedno zamówienie na roboty budowlane, czy też stanowią zamówienia odrębne, będzie przede wszystkim **rodzaj planowanych prac budowlanych**. Ponadto istotna dla oceny będzie okoliczność, czy dane zamówienia na roboty budowlane były możliwe do przewidzenia w tym samym czasie, czy wchodziły one w zakres jednego programu (projektu) unijnego lub krajowego (a zatem możliwość ich przewidzenia), czy podmiotem udzielającym był ten sam zamawiający. Odmienna lokalizacja realizowanych prac budowlanych nie przesądza o odrębnym ustalaniu wartości tych robót, a tym samym uznaniu, że każda z nich stanowi odrębne zamówienie. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Red. Hubert Nowak, Mateusz Winiarz. UZP 2021.

W przypadku planowania robót budowlanych na jednym obiekcie powinny być szacowane bez względu na ich rodzaj (por. uchwała KIO/KD 23/23 z dnia 3 stycznia 2024 r. w której Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, zgodnie z którym w kontrolowanym postępowaniu mamy do czynienia z jednym budynkiem (obiektem budowlanym) w ramach którego wykonywane mają zostać roboty, bez znaczenia zdaniem Izby w związku z tym jest to, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia w przypadku zamówienia dotyczą remontu i późniejszej planowanej przebudowy. W obu zadaniach roboty budowlane nakierowane są na osiągnięcie tego samego celu gospodarczego, jakim jest polepszenie warunków korzystania z tego samego budynku).

Dobór właściwej metody ustalenia wartości zamówienia (art. 34-35 ustawy) zależy od przedmiotu zamówienia.

Wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:

- kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane;
- planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

Sposób sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz programu funkcjonalno-użytkowego wskazuje rozporządzenie wykonawcze wydane na podstawie art. 43 ust. 2 ustawy.

Czy w przypadku stosowania prawa opcji przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględniono największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji?

Prawo opcji jest co do zasady możliwością zwiększenia zakresu przedmiotowego zamówienia lub przedłużenia okresu realizacji umowy na skutek jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego z koniecznością podporządkowania się warunkom realizacji zamówienia (po wykorzystaniu prawa opcji) przez wykonawcę. Zastosowanie prawa opcji powoduje, że wykonawca składając ofertę nie ma pewności, co do rzeczywistego (końcowego) zakresu realizowanego zamówienia i może to utrudnić mu skalkulowanie ceny ofertowej. Z jednej strony wykonawca posiada pewność, co do zakresu podstawowego realizacji zamówienia (wskazanego wyraźnie w opisie przedmiotu zamówienia), z drugiej strony musi być gotowy świadczyć więcej lub dłużej (w zakresie przewidzianego przez zamawiającego prawa opcji), a decyzję o tym czy prawo opcji zostanie zastosowane podejmie zamawiający w trakcie trwania kontraktu. Stosując prawo opcji zamawiający ma obowiązek uwzględnienia w wartości zamówienia wartości maksymalnego przewidzianego zakresu prawa opcji (art. 31 ust. 2 ustawy).

Czy ustalona wartość zamówienia była aktualna w momencie wszczęcia postępowania?

Zgodnie z art. 36 ust 1 i ust. 2 ustawy wartość zamówienia jest aktualna przez 3 miesiące w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi oraz 6 miesięcy w przypadku zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane. Okres ten liczy się od momentu ustalenia wartości zamówienia (data ustalenia wartości zamówienia wskazana jest w protokole z postępowania) do momentu wszczęcia postępowania. W przypadku zamówień udzielanych w częściach powyższe terminy odnoszą się do wszczęcia pierwszego z postępowań. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie (np. nagły wzrost cen na rynku), zamawiający przed wszczęciem postępowania powinien dokonać zmiany wartości zamówienia. Ustalenie wartości zamówienia wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane jest naruszeniem art. 36 ust. 1 ustawy. Niedokonanie zmiany ustalonej wartości zamówienia, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, stanowi naruszenie art. 36 ust. 2 ustawy.

Czy kosztorys jest spójny z projektem?

- błędy projektowe
- rezygnacja z realizacji części zamówienia;
- błędy w kosztorysowaniu – RNC;
- nieaktualne kosztorysowanie – RNC;

Wyrok z dnia 9 lutego 2023 r., sygn. akt: KIO 185/23

Zdaniem Izby przeszacowanie wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania może być uznane za oczywistą okoliczność, z której wynika rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, w przypadku, gdy ceny całkowite złożonych w postępowaniu ofert są zbliżone oraz są znacząco niższe od tej wartości.

Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez:

- 1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
- 2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, **w kolejności preferencji (art. 101 ust. 1 pkt 2-4, ust. 3 i ust. 4).**

Kolejność punktów odniesień:



Polska norma przenosząca normę europejską

Norma innego kraju EOG przenosząca normę europejską

Europejska Ocena Techniczna EAD <https://www.eota.eu/eads>

Wspólna Specyfikacja Techniczna - rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 1025/2012

Norma międzynarodowa

Specyfikacje techniczne pozostałe (instytucje normalizacyjne)



Inne systemy referencji technicznych (europejskie organizacje normalizacyjne)

Polska Norma

Krajowa ocena techniczna

Polska specyfikacja techniczna

Krajowa deklaracja zgodności

Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, **pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.**

KIO 2257/22 wyrok z dnia 13 września 2022 r.

Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający w okolicznościach sprawy obowiązany był ustanowić w postanowieniach SWZ parametry minimalne dotyczące oferowanych rozwiązań równoważnych. Podkreślić należy, iż przepis art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych, lecz jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym oraz użycia określenia "lub równoważne", czemu Zamawiający dał wyraz w postanowieniu punktu 4.2 SWZ.

Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia i zamieszczenia go w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia należy zamieścić wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów (art. 99 ust. 2 ustawy). Innymi słowy zamawiający nie powinien ujmować w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, które stwarzają dla wykonawcy bariery w dostępie do zamówienia i których potrzeby realizacji zamawiający nie jest w stanie uzasadnić.

Naruszenie przepisów o opisie przedmiotu zamówienia (art. 99-101 ust. 1 ustawy) ustawy może wypełnić znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jeśli może mieć negatywny wpływ na konkurencję.

Zgodnie z art 99 ust. 4 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy łącznie wystąpią trzy przesłanki:

- a) zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób,
- b) wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"
- c) zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Jeśli zamawiający ustali po ogłoszeniu postępowania, że opis przedmiotu zamówienia zawiera wady ma obowiązek dokonania jego korekty. Zmiany opisu przedmiotu zamówienia mające istotny wpływ na przygotowanie oferty lub dokonywane bezpośrednio przed terminem składania ofert wymagają przedłużenia tego terminu (art. 286 ust. 3 ustawy).

Przykład:

Wykonawca zwraca się do zamawiającego z wnioskiem o zmianę SWZ w zakresie jednego z parametrów opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że ten parametr w jego ocenie nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego a jednocześnie powoduje brak możliwości złożenia oferty przez tego wykonawcę oferty w postępowaniu. Jeśli zamawiający dokona zmiany tego parametru, powinien wydłużyć termin składania ofert (zmiana istotna dla procesu przygotowania ofert poprzez umożliwienie złożenia oferty wykonawcy).

Czy zamawiający opisując przedmiot zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagał zatrudnienia przez wykonawcę i podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy?

Zgodnie z art. 95 ustawy, w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane zamawiający ma obowiązek wskazać czynności, których wykonywanie ma charakter stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § Kodeksu pracy i zobligować wykonawców jak i podwykonawców do zatrudnienia osób je wykonujących na podstawie umowy o pracę. Wymóg ten nie obowiązuje przy zamówieniach na dostawy. Zamawiający we wzorze umowy załączonej do SWZ powinien wskazać:

- 1) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;
- 2) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób;
- 3) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

Czy w przypadku zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia wykonano odpowiednio: za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej odbioru i wykonania robót budowlanych lub programu funkcjonalno - użytkowego?

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą:

- dokumentacji projektowej
- oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB).

Zakres dokumentacji projektowej oraz STWIORB zawarte są w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2021 r. nr 2454).

Czy prawidłowo zastosowano aspekty społeczne/środowiskowe związane z opisem przedmiotu zamówienia?

Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia.

Zamawiający realizujący zamówienie współfinansowane z budżetu Unii Europejskiej mogą zostać zobowiązani do stosowania klauzul społecznych lub środowiskowych w umowie o dofinansowanie. Ich niezastosowanie przez zamawiającego w wprowadzonych przez niego postępowaniach zakupowych może prowadzić wówczas do uznania wydatków za niekwalifikowalne.

Czy w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządzono z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, chyba że nie jest to uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia?

Zgodnie z art. 100 ust. 1 ustawy w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników. W przypadku, gdy wymagania te wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.

Czy w opisie przedmiotu zamówienia podano prawidłowe kody CPV?

Zgodnie z art. 99 ust. 3 ustawy do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Należy pamiętać, że wyszukiwarki ogłoszeń o zamówieniach publicznych działają w oparciu o kody CPV, stąd ich niewskazanie powoduje, że dane ogłoszenie może nie być widoczne dla zainteresowanych wykonawców.

Czy uzasadniono niedokonanie podziału zamówienia na części?

Zamawiający ma prawo do nabycia przedmiotu zamówienia:

- a) w ramach jednego postępowania bez możliwości składania ofert częściowych;
- b) w ramach jednego postępowania z możliwością składania ofert częściowych (jeśli przedmiot zamówienia jest podzielny);
- c) w ramach kilku postępowań (jeśli przedmiot zamówienia jest podzielny).

W przypadku nabycia przedmiotu zamówienia w jednym postępowaniu bez możliwości składania ofert częściowych, zgodnie z art 91 ust. 2 ustawy zamawiający ma obowiązek wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Dokumenty zamówienia definiowane są w art. 7 pkt 3 ustawy), w przypadku trybu podstawowego jest to specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Czy użyto znaków towarowych?

Zakaz używania znaków towarowych jest bezwzględny.

Wyjątek stanowi łączne spełnienie trzech przesłanek:

- a) brak możliwości obiektywnego opisu bez znaków
- b) dopuszczenie rozwiązań równoważnych;
- c) Wskazanie kryteriów równoważności.

Kontrola UZP sygn. KND/162/22/DKZP
Uchwała KIO sygnatura KIO/KD 11/23

Dowództwo Komponentu Wojsk Specjalnych przekazało Zamawiającemu dokumentację tj. Wymagania Techniczno-Użytkowe (WTU) nr 74/DKWS — bielizna specjalna letnia WS oraz WTU nr 75/DKWS bielizna zimowa specjalna WSI dla wojsk specjalnych (zawarto wymagania dotyczące dzianiny zasadniczej wykonanej z przędzy Nilit® Aquarius i Nilit® Bodyfresh - bez jednoczesnego wskazania, że może to być materiał równoważny jak i podania kryteriów równoważności) oraz zamieszczone zostało wymaganie, iż „nie dopuszcza się stosowania zamiennych rozwiązań surowcowych, środków pomocniczych lub innych wariantów technologii wykonania materiału bez uzyskania potwierdzenia zgodności wykonania wyrobu z wymaganiami określonymi w zestawieniu wymagań techniczno-użytkowych”.

Cyt. KIO „Krajowa Izba Odwoławcza nie kwestionuje obowiązków związanych z koniecznością zastosowania się do otrzymanego rozkazu, wskazać jednocześnie należy, że przesłanka poddania się rozkazowi nie może w świetle brzmienia art. 99 ustawy Pzp usprawiedliwiać odstąpienia od zasad odnoszących się do sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Dyscyplina finansów publicznych

Art. 17 ust. 1 pkt 1

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

Brak STWIORB – Ministerstwo Klimatu i Środowiska

DFE-WNSR.322.33.2024.MB
3246261.14619239.11960172
Warszawa, 10-04-2025

Kryteriów oceny tego, czy doszło do nieprawidłowości polegającej na skonstruowaniu niewystarczającej lub nieprecyzyjnej definicji przedmiotu zamówienia, mającej skutek odstraszający i potencjalnie ograniczającej konkurencję, dostarcza Taryfikator (pkt 12). Aby zaszła przesłanka do nałożenia korekty i tym samym zobowiązania Beneficjenta do zwrotu środków, należało w niniejszej sprawie rozważyć czy opis w ogłoszeniu lub SWZ był: **1) niewystarczający lub niedokładny 2) mógł uniemożliwić oferentom pełne określenie przedmiotu zamówienia.** Przy czym obie przesłanki powinny być spełnione łącznie. W ocenie Ministra Klimatu i Środowiska, Strona naruszyła art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie do zamówienia na roboty budowlane specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednocześnie Organ uznaje, że w analizowanych okolicznościach jest to **uchybie o charakterze formalnym i nie stanowi nieprawidłowości** w rozumieniu Rozporządzenie ogólnego.

Kryteriów oceny tego, czy doszło do nieprawidłowości polegającej na skonstruowaniu niewystarczającej lub nieprecyzyjnej definicji przedmiotu zamówienia, mającej skutek odstraszający i potencjalnie ograniczającej konkurencję, dostarcza Taryfikator (pkt 12). Aby zaszła przesłanka do nałożenia korekty i tym samym zobowiązania Beneficjenta do zwrotu środków, należało w niniejszej sprawie rozważyć czy opis w ogłoszeniu lub SWZ był: **1) niewystarczający lub niedokładny 2) mógł uniemożliwić oferentom pełne określenie przedmiotu zamówienia.** Przy czym obie przesłanki powinny być spełnione łącznie. W ocenie Ministra Klimatu i Środowiska, Strona naruszyła art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie do zamówienia na roboty budowlane specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednocześnie Organ uznaje, że w analizowanych okolicznościach jest to **uchybiecie o charakterze formalnym i nie stanowi nieprawidłowości** w rozumieniu Rozporządzenie ogólnego.

Minister Klimatu i Środowiska dokonując oceny wymienionych okoliczności oparł się w głównej mierze na analizie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Kopia ekspertyzy, którą przedstawiła Strona, nie stanowiła dowodu przesądzającego w sprawie. Organ nie znalazł podstaw do podważenia jej ustaleń, jednak nie przyznał dokumentowi dużej mocy dowodowej, ze względu na fakt, iż ekspertyzę należy traktować jako opinię prywatną, która jedynie wzmacnia stanowisko Strony. Ze wskazań doświadczenia życiowego wynika, że Strona przedstawia jedynie te opinie biegłych, które pokrywają się jej stanowiskiem. Organ ustalił, że w toku postępowania potencjalni Oferenci składali wnioski o wyjaśnienie do opisu przedmiotu zamówienia. Łącznie na platformie zakupowej Zamawiającego opublikowanych zostało 14 zapytań wraz z odpowiedziami Zamawiającego. Publikacja nastąpiła więc zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy Pzp. Poza zapytaniami o możliwość wydłużenia terminu na składanie ofert, które należy ocenić jako wnioski o zmianę **SWZ**, pytania miały na celu doprecyzowanie, wyjaśnienie istniejących zapisów SWZ, przykładowo: terminu złożenia podmiotowym środków dowodowych, doprecyzowania wymagań technicznych instalacji czy niezgodności zapisów SWZ z Wytycznymi do budowy systemów elektroenergetycznych w PGE Dystrybucja S.A. - TOM 1A „Linie kablowe 110 kV”. Jedynie jedno pytanie dotyczyło elementu, który nie był zawarty w elemencie niedokładny lub niewystarczający. Poza tym Pytający nie prosili o uzupełnienie dokumentacji postępowania o elementy, które nie zostały w niej opisane. Żadne z zapytań nie dotyczyło braku STWiORB. Zamawiający udzielił wyjaśnień na wszystkie zapytania, **nawet gdy, zgodnie z art. 135 ust. 5 ustawy Pzp, nie miał takiego obowiązku, ze względu na niewpłynięcie wniosku o wyjaśnienia w terminie wskazanym w art. 135 ust 2 ustawy Pzp.**

W związku z postępowaniem nie skorzystano ze środków ochrony prawnej. Daje to podstawę sądzić, iż zarówno oferenci, jak i inne podmioty mające interes w uzyskaniu zamówienia nie zarzucały Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Gdyby istnieli przedsiębiorcy, którzy nie mogli skonstruować ważnej oferty i wziąć udziału w postępowaniu, ze względu na niepełny lub niewystarczający opis przedmiotu zamówienia, to w pierwszej kolejności powinni skorzystać z prawa do składania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, a w drugiej kolejności właśnie poprzez odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej powinni zabezpieczyć swój interes. KIO, stwierdzając naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, a nawet w określonych okolicznościach unieważnić w całości lub w części już zawartą umowę z wykonawcą. W niniejszej sprawie żaden podmiot nie podjął opisanych działań. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Należy uznać tę wartość za średnią, nie wykraczającą poza normę w postępowaniach równych lub przekraczających wartość progów unijnych.

Oceniając czy opis przedmiotu zamówienia, który był rozproszony w dokumentacji postępowania, mógł uniemożliwić oferentom pełne określenie przedmiotu zamówienia należy wziąć pod uwagę, iż obie strony postępowania, a więc także oferenci, są profesjonalnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych. Organ przyjmuje za swoje stanowisko Strony, iż typowy uczestnik rynku zamówień publicznych zainteresowany złożeniem oferty w ocenianym postępowaniu, dokonałby dokładnej analizy treści SWZ w celu ustalenia reguł dostępu do zamówienia publicznego. Za przyjęciem oceny Strony przemawiają wskazania doświadczenia życiowego. W celu skonstruowania oferty, przedsiębiorca powinien odszukać w dokumentacji zamówienia wszystkie elementy, które umożliwią wycenę robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia, a także określają warunki, na jakich zamówienie ma być zrealizowane. Przy założeniu, że opis przedmiotu zamówienia był wystarczający i dokładny, to znaczy wykonawcy przedstawiono w dokumentacji postępowania pełny i precyzyjny zakres informacji, można wymagać od przedsiębiorcy, który jest profesjonalistą, że odnajdzie poszukiwane przez siebie informacje w dokumentacji. Choć niesporządzenie STWiORB należy uznać za niewłaściwe działanie Zamawiającego, trudno w świetle doświadczenia życiowego stwierdzić, że jego brak uniemożliwił pełne określenie przedmiotu zamówienia, ale że określenie przedmiotu zamówienia było w tych okolicznościach utrudnione. Przy czym podstawą do stwierdzenia w ramach postępowania nieprawidłowości jest jedynie sytuacja, kiedy stanie się to niemożliwe.

Przygotowanie SWZ

Czy zamawiający wskazał w SWZ opis sposobu przygotowania oferty?

Stosownie do art. 281 ust. 1 pkt 12) ustawy w SWZ zamawiający zobowiązany jest podać opis sposobu przygotowania oferty. W SWZ powinny znaleźć się informacje wskazujące jakie elementy powinna zawierać treść oferty oraz w jaki sposób należy przygotować tą treść aby zapewnić porównywalność ofert oraz możliwość weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego. Wymogi te powinny być jednoznaczne i precyzyjne.

Czy w SWZ wskazano sposób obliczenia ceny?

Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 16) w SWZ należy wskazać sposób obliczenia ceny. Jest on uzależniony od specyfiki danego zamówienia. Może on być ujęty w formularzu ofertowym składającym się na treść SWZ

Kosztorys – ryczałt,

Czy w SWZ prawidłowo wskazano kryteria oceny ofert?

Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 17) w SWZ powinny zostać wskazane kryteria oceny ofert zaś zgodnie z art. 247 ustawy w SWZ należy określić wagę, jaką zamawiający przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Kryteria powinny być określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Powinny gwarantować obiektywną ocenę ofert, jednak należy pamiętać, że w przypadku tzw. kryteriów niemierzalnych (estetyka, smak itp.) nie można zagwarantować w pełni obiektywnej oceny ofert. Zgodnie z art. 242 ust. 2 kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (a contrario swoboda ograniczona np. regułami oceny subiektywnej jest dopuszczalna).

Dobór właściwego wariantu zestawu kryteriów oceny ofert zostawiony jest w rękach zamawiającego z zastrzeżeniem, że przypadku zamawiających publicznych zastosowanie wariantu z ceną, jako jedynym kryterium oceny ofert (i pozostałych wariantów w udziale ceny, w których waga kryterium ceny przekracza 60%) wymaga od zamawiającego określenia w opisie przedmiotu wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Oznacza to, że zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych budując kryteria oceny ofert może zachować się na dwa sposoby. Pierwszy z nich to sytuacja, w której zamawiający przyjmie kryterium ceny oraz dodatkowo co najmniej jedno inne kryterium i w tym układzie kryterium ceny ma wagę 60% lub niższą. Ten wariant - określony w ustawie jako wariant podstawowy (art. 246 ust. 1 ustawy) - nie wymaga od zamawiającego dodatkowych uzasadnień w świetle art. 246 ust. 2. Drugi sposób zachowania się zamawiającego, to określenie ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert lub ceny oraz co najmniej jednego innego kryterium - przy czym w tym układzie kryterium ceny ma wagę wyższą niż 60%. Ten wariant - określony w ustawie jako wariant wyjątkowy (art. 246 ust. 2 ustawy) - wymaga podjęcia przez zamawiającego dodatkowej czynności polegającej na wskazaniu w dokumentach zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 241 ustawy, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy pamiętać, że zgodnie z art. 241 ust. 3 kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Czy zamawiający wskazał w SWZ informację o warunkach udziału w postępowaniu?

Zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 2 w SWZ powinna się znaleźć informacja o warunkach udziału w postępowaniu, o ile zamawiający je przewiduje, zamawiający nie ma obowiązku ustanawiania warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2).

W przypadku gdy zamawiający podejmie decyzję o określeniu warunków udziału w postępowaniu powinien zapewnić aby były proporcjonalne i związane przedmiotem zamówienia (art. 112 ustawy). Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji do uzasadnionych oczekiwań związanych z realizacją zamówienia. Orzecznictwo TSUE wskazuje, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga wykonania tzw. testu proporcjonalności (Wyrok TSUE z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, nr sprawy C 414/97. KIO 2737/17), czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

- **Obiekty zabytkowe - omówienie**
- **Problemy z ustaleniem zakresu uprawnień osób pełniących samodzielne funkcje w budownictwie-
omówienie**

Czy zamawiający wskazał w SWZ katalog podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunków udziału w postępowaniu zgodny z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy?

Definicja podmiotowych środków dowodowych znajduje się w art. 7 pkt 17 ustawy. Pod tym pojęciem rozumie się dokumenty służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (tzw. oświadczenie wstępne).

Katalog podmiotowych środków dowodowych zawiera rozporządzenie wykonawcze do ustawy wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy. Zgodnie z treścią art. 273 ust. 1 pkt 2) ustawy, w postępowaniach poniżej progów unijnych zamawiający ma prawo do żądania dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu (nie jest to jednak jego obowiązek). Jeśli z tego uprawnienia skorzysta powinien zastosować przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Omówienie rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Grupa warunków wg ustawy	Właściwy środek dowodowy wg rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych
Art. 113	§ 6
Art. 114	§ 7
Art. 115	§ 8
Art. 116	§ 9

Czy Zamawiający wymagał zabezpieczenia należytego wykonania umowy?

Żądanie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 449 - 453 ustawy) nie jest obowiązkowe. Informacja o zabezpieczeniu pojawi się w SWZ (art. 281 ust. 2 pkt 19 ustawy) tylko wówczas gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia do jego żądania.

Czy prawidłowo określono wysokość żadanego zabezpieczenia?

Zgodnie z art. 452 ustawy wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Zabezpieczenie ustala się co do zasady w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia. Wysokości zabezpieczenia nie zmienia się w trakcie realizacji umowy w przypadku zmiany wynagrodzenia wykonawcy ze względu na to, że jego wysokość odniesiona jest do ceny ofertowej a nie kontraktowej. W przypadku zastosowania prawa opcji kwotę zabezpieczenia odnosi się % do ceny ofertowej uwzględniającej opcję.

Czy zamawiający zamieścił w SWZ informacje o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonał takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 ustawy?

Zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 15) ustawy w SWZ należy zamieścić informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 ustawy. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę lub poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Ani art. 121 ustawy, ani art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej nie precyzują terminu „kluczowe zadania”. Jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę ograniczenia podwykonawstwa, upoważniając go do uwzględniania takich czynników, jak charakter, zakres, znaczenie lub przeznaczenie robót budowlanych, usług czy dostaw. Zamawiający musi ściśle określić zakres kluczowych zadań. Niedopuszczalne są klauzule, które nakładają ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej kluczowego charakteru odnośnych zadań. Orzecznictwo wskazuje na to, że ograniczenie podwykonawstwa może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia; por Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 21 marca 2017 r. III SA/Lu 826/16.

Ocena i badanie ofert

Poprawienie oczywistych omyłek pisarskich w ofercie.

Ustawa nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Brzmienie art. 223 ust. 2 pkt 1) ustawy nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Ewentualny brak zgody nie jest także sam w sobie powodem do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie.

Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy. Dla obowiązku poprawienia omyłki rachunkowej nie ma wpływu fakt, że w jej efekcie doszło do zmiany liczby punktów przyznanej danej ofercie w kryteriach oceny ofert w tym do zmiany kolejności ofert. Ewentualny brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki rachunkowej nie jest także sam w sobie powodem do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Obowiązek poprawienia nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy uzależniony jest od wystąpienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści,
- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający który dokona poprawienia omyłki o której mowa w art 223 ust. 2 pkt 3 wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Gdyby wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował dokonaną poprawkę, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy.

Zbadanie oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy pamiętać, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania (KIO 989/22).

Przepisy ustawy wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Orzecznictwo wskazuje, że „wykazać” oznacza znacznie więcej a niżeli „wyjaśnić”. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy też uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Nie będą zatem spełniać przesłanki zawartej w przywołanym przepisie gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia, prowadzące się jedynie do polemiki. Wskazywanie w wyjaśnieniach na relacje poszczególnych cen ofertowych, czy to do wartości zamówienia, czy też średniej ceny arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest informacją zupełnie nieprzydatną dla wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niska, gdyż Zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy te wszystkie informacje już posiada. Wykonawca w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny winien dostarczyć Zamawiającemu nowe, szersze niż wynikające z jego oferty informacje, mające upewnić Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena została skalkulowana na rentownym dla niego poziomie i zawiera wszystkie wymagane koszty (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2021-08-31, XXIII Zs 71/21).

Przepisy ustawy Pzp nie określają liczby wezwań do wyjaśnień ceny oferty, które mogą zostać wystosowane do wykonawcy. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wystosowane przez zamawiającego wezwanie miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne winny zostać przez wykonawcę wyjaśnione, czy też budziły wątpliwości zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 489/19, wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 480/19, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 466/17).

Weryfikacja ofert w zakresie sposobu obliczenia ceny (w tym prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Skutkujące odrzuceniem oferty są błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania np. w procedurze poprawienia omyłki rachunkowej. Jedną z najczęściej występujących podstaw odrzucenia oferty jest zastosowanie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT. Wzorzec zachowania zamawiającego w zakresie oceny prawidłowości stawki VAT określił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11. Jeśli zamawiający narzucił stawkę VAT w dokumentach zamówienia, powinien ocenić przed odrzuceniem oferty, czy nie zajdą przesłanki poprawienia omyłki o której mowa w art 226 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jeśli stawka VAT nie została określona w dokumentach zamówienia a wykonawca wskazuje stawkę niezgodną z przepisami prawa podatkowego - zachodzi podstawa odrzucenia oferty (chyba, że zajdą przesłanki zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający poprawi stawkę podatku VAT w odniesieniu do nieistotnej części świadczenia wynikającego z oferty). Aktualne orzecznictwo KIO wskazuje, że dla wystąpienia podstaw odrzucenia oferty nie ma znaczenia w jaki sposób błędnie zastosowano stawkę VAT tj. czy zamiast stawki preferencyjnej (lub zwolnienia z podatku) zastosowano podstawową czy też odwrotnie.

Ocena oświadczenia wstępnego.

Do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu (zawsze) i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (o ile zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu). Oświadczenie to składa się na formularzu zgodnym z wymaganiami zamawiającego wskazanym w SWZ. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie składa każdy z wykonawców. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z własnym oświadczeniem także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (podpisane przez ten podmiot lub jego pełnomocnika), potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Oświadczenie składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej (art. 63 ust. 1 ustawy). Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia jest ono niekompletne lub zawiera błędy, zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (art 128 ust.1), chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na jego złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Należy zweryfikować przede wszystkim, czy zamawiający zastosował art. 128 ust. 1 ustawy gdy:

- a) wykonawca nie złożył oświadczenia;
- b) oświadczenie nie zostało złożone we właściwej formie;
oświadczenie podpisała osoba niewłaściwie umocowana do wykonania tej czynności;
- c) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie oświadczenia nie złożył przynajmniej jeden z nich;
- d) w przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów wykonawca nie złożył oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby;
- e) oświadczenie jest niekompletne lub wadliwe (np sprzeczne z treścią innych dokumentów złożonych z ofertą np. zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby lub oświadczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia o którym mowa w art 117 ustawy).

Ocena prawidłowości korzystania z zasobów innych podmiotów w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Regulacje dotyczące sposobu wykazywania warunków udziału w postępowaniu poprzez korzystanie z zasobów innych podmiotów zawiera art. 118 ustawy. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (korzystanie z zasobów nie obejmuje warunku posiadania uprawnień do prowadzenia działalności, który to warunek wykonawca musi wykazać samodzielnie).

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby jest zobowiązany do złożenia - wraz z ofertą - zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby powinno potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby powinno gwarantować rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia (należy pamiętać, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane);
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby przekazywane jako dokument elektroniczny podpisać powinien ten podmiot, lub jego pełnomocnik podpisem kwalifikowanym. W przypadku przekazywania odwzorowania cyfrowego dokumentu podpisanego własnoręcznie przez podmiot udostępniający zasoby, postać elektroniczna tego odwzorowania powinna zostać podpisana podpisem kwalifikowanym przez wykonawcę (paragraf 7 ust. 3 pkt 2) rozporządzenia wydanego na podstawie art. 70 ustawy).

Ustawa w art. 122 i 123 wskazuje na możliwości zmiany sposobu wykazywania warunku udziału w trakcie trwania postępowania. Wykonawca korzystający z zasobów innego podmiotu na żądanie zamawiającego ma prawo zastąpienia go innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu – w sytuacji gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa tego podmiotu nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Wykonawca, który składając ofertę nie polegał na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby nie może - po upływie terminu składania – zmienić decyzji i skorzystać z tej możliwości (art. 123).

Zamawiający powinien zweryfikować przede wszystkim, czy w przypadku:

- a) gdy zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie zawiera wszystkich wymaganych w art. 118 ust. 4 informacji;
 - b) gdy podmiot udostępniający zasoby nie zobowiązał się do wykonania usług lub robót do których niezbędne jest przekazanie zasobów;
 - c) gdy sposób przekazania zasobów nie zapewnia realnego do nich dostępu;
 - d) gdy zobowiązanie zostało złożone w niewłaściwej formie lub niewłaściwie podpisane;
 - d) zobowiązanie (lub inny dowód) nie zostało w ogóle złożone;
- zastosował art. 128 ust. 1 ustawy.

Ocena prawidłowości wykazania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie składających ofertę.

Art. 117 ustawy wskazuje sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy go czytać łącznie z art. 58 ustawy. Zgodnie z generalną zasadą ujętą w art. 58 ust. 5 nowej ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać łącznie. Od tej zasady ustawa w art. 117 przewiduje wyjątki:

- a) warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane;
- b) w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane

Należy zwrócić uwagę, że art. 117 ust. 2 dotyczy każdego rodzaju zamówienia, zaś art. 117 ust. 3 jedynie usług i robót budowlanych. Przykłady:

- a) w postępowaniu w którym przedmiotem są dostawy i zamawiający określił warunek uprawnień (np. koncesja na sprzedaż) oraz warunek doświadczenia w realizacji dostaw, wykonawcy składający wspólnie ofertę muszą wykazać spełnienie warunku w ten sposób, że dostawy wykona podmiot posiadający koncesję (w tym zakresie drugi z wykonawców wykazujący doświadczenie może je zaangażować poprzez doradztwo i nadzór nad realizacją świadczenia przez podmiot posiadający koncesję);
- b) w postępowaniu w którym przedmiotem są usługi a zamawiający określił warunek uprawnień (np. zezwolenie na ich wykonywanie) oraz doświadczenie w realizacji usług, wykonawcy składający wspólnie ofertę muszą wykazać spełnienie warunku w ten sposób, że usługi wykona podmiot posiadający łącznie odpowiednie zezwolenie i doświadczenie;
- c) w postępowaniu w którym przedmiotem są roboty budowlane a zamawiający określił jedynie warunek doświadczenia w realizacji robót, wykonawcy składający wspólnie ofertę muszą wykazać spełnienie warunku w ten sposób, że roboty wykona podmiot posiadający wymagane doświadczenie;
- d) w postępowaniu w którym przedmiotem są dostawy i zamawiający określił warunek doświadczenia w realizacji dostaw (bez warunku uprawnień do prowadzenia działalności) art. 117 nie ma w ogóle zastosowania (wykonawcy nie składają oświadczeń o których mowa w art. 117 ustawy).

Aktualność zachowują tezy wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. (sprawa C387/14 ESAPROJEKT) wskazujące, że zasada równego traktowania wykonawców powinna być interpretowana w ten sposób, że nie dopuszcza się aby wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi, więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego. Analogicznie można ta kwestię rozpatrywać w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których każdy wykonał jedno zamówienie w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu wymaga wykonania (powtórzenia) dwóch zamówień.

Weryfikacja podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z treścią art. 274 ust. 1 ustawy zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ (zasady określania katalogu podmiotowych środków dowodowych w SWZ wskazano w części dotyczącej przygotowania postępowania).

Wykonawca wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych powinien złożyć dokumenty aktualne na dzień złożenia (o oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień a w efekcie mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia).

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku stosowania art. 274 jeżeli może uzyskać podmiotowe środki dowodowe za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków lub gdy podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Dotyczy to np. informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub informacji z Centralnego Rejestru Informacji o Działalności Gospodarczej.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę w terminie wyznaczonym (art. 128 ustawy nie określa terminu minimalnego) odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z przepisu art. 274 i 128 ust. 2 ustawy wynika wyłącznie norma określająca, na jaki dzień mają być aktualne podmiotowe środki dowodowe, wobec czego również ten przepis nie może być uznany za przepis zabraniający przedłużenia określonego w wezwaniu, o którym mowa w art. 274 lub 128 terminu do złożenia, poprawienia czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca, który otrzymał w trybie art. 274 lub 128 wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych może – zamiast ich złożenia – powołać się na dokumenty będące w posiadaniu zamawiającego, pod warunkiem, że potwierdzi (w terminie wyznaczonym w wezwaniu o którym mowa w art. 274 i później 128 ustawy) ich prawidłowość aktualność (dotyczy to np. posiadania przez zamawiającego dokumentów złożonych w innym postępowaniu, lub złożonych na wcześniejszym etapie postępowania np. łącznie z ofertą).

Przesłanka wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w sytuacji, w której wykonawca pomimo wezwania skierowanego do niego w trybie art. 274 i art. 128 nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Odrzucenie oferty wykonawcy będzie miało miejsce zarówno w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży fizycznie wymaganych środków dowodowych, ale także wówczas, gdy treść złożonych dowodów nie będzie potwierdzała warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia lub dowody te nie będą posiadały wymaganej prawem formy (np. brak podpisu elektronicznego przy oświadczeniu wstępnym). Przykładem zastosowania przesłanki wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy jest sytuacja, w której wykonawca na wezwanie w trybie art. 274 nie złoży w wyznaczonym terminie wykazu robót mającego potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a następnie w terminie wyznaczonym w trybie art. 128 uzupełni wykaz zawierający dane o doświadczeniu nieodpowiadającym wymaganiom wskazanym w warunku udziału w postępowaniu.

Klauzule abuzywne

Klauzula Nr 1

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Klauzula ta odnosi się do regulacji zawartej w art. 476 kodeksu cywilnego, który przewiduje dwa rodzaje opóźnienia: opóźnienie zwykłe i zwłokę. Przez zwłokę rozumiane jest opóźnienie kwalifikowane (brak spełnia świadczenia w terminie spowodowany okolicznościami, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności).

Art. 433 ustawy określa, że zasadą odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie zamówienia w umowach o zamówienie publiczne powinna być instytucja zwłoki.

Zamawiający ma prawo odpowiedzialność tą ująć w sposób odmienny jedynie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Klauzula Nr 2

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Rozwiązanie to w istocie dąży do ograniczenia katalogu kar umownych ujmowanych w zawieranych umowach do zachowań wykonawcy ściśle związanych z przedmiotem umowy. Każda kara umowna dotycząca zachowania bezpośrednio lub pośrednio związanego z wykonywanym zamówieniem nie będzie naruszała klauzuli Nr 2. W umowie nie powinny znajdować się zapisy o karach za działania lub zaniechania oderwane od świadczenia umownego. Przykładem zapisu zakazanego może być klauzula przewidująca nałożenie kary umownej za niewykonanie czynności serwisowych kupionego sprzętu w sytuacji, gdy SWZ ani umowa nie przewidywały, że serwisowanie sprzętu będzie elementem świadczenia wykonawcy.

Klauzula Nr 3

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Klauzula ta ogranicza zastosowanie art. 473 kodeksu cywilnego który pozwala na to, aby dłużnik przez umowę przyjął odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jako przykład klauzuli abuzywnej należy uznać zapis umowny określający odpowiedzialność wykonawcy za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia, jeżeli nie zgłosił co do niego uwag w trakcie toczącego się postępowania (zgodnie z art. 99 za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia odpowiada zamawiający).

Klauzula Nr 4

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Wielu zamawiających zamieszcza we wzorach umów klauzule przewidujące możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o tym, na jaką ilość wyrobów złoży zamówienia w okresie obowiązywania umowy. Dodatkowo zastrzega się, że w przypadku złożenia zamówień na ilość niższą niż przewidziana w umowie, wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia.

Przykładowe klauzule: *„Zamawiający zastrzega prawo zmniejszenia liczby zamawianych wyrobów w każdym zadaniu w ramach zawartej umowy – w zależności od bieżących potrzeb”; „Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania zamówień w ilościach uzależnionych od rzeczywistych potrzeb i posiadanych środków oraz do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym. Wykonawcy nie służą z tego tytułu żadne roszczenia”.*

KIO w swoim orzecznictwie podkreśla, że do stwierdzenia naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy nie jest konieczne, aby w umowie zawarto postanowienia wskazujące *expressis verbis* na uprawnienie zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia. Możliwość takiego ograniczenia może wynikać z konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu ustalenia wynagrodzenia. Jeśli zamawiający podał w dokumentach zamówienia szacowaną (a więc niepewną) ilość prac do wykonania, a jednocześnie zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie za faktycznie wykonaną pracę, to w toku realizacji zamówienia może okazać się, że tej pracy będzie mniej niż przewidywano. W konsekwencji wykonawca nie ma żadnej pewności co do wysokości wynagrodzenia, które otrzyma i zapisy te należy uznać za klauzulę abuzywną. KIO podkreśla, że aby temu zapobiec, przepis art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia, a więc taką, co do której profesjonalny zamawiający może mieć pewność, że zostanie wykonana.

Uchwała KIO z dnia 1 lipca 2022 r. KIO/KD 19/22

Co ciekawe, aktualne orzecznictwo KIO wyłącza stosowanie art. 433 pkt 4 pzp do umów ramowych.

Wyrok KIO z dnia 4 maja 2022 r. KIO 765/22

- ✓ kara umowna z tytułu odstąpienia powinna się odnosić do wartości zakresu robót, od których Zamawiający odstępuje, a nie do całkowitego wynagrodzenia wykonawcy KIO 2762/21
- ✓ kara umowna za brak uwzględnienia przez wykonawcę uwag zamawiającego do przedłożonego przez wykonawcę Harmonogramu rzeczowo – finansowego w terminie 3 dni roboczych od daty ich otrzymania od Zamawiającego, jest nieproporcjonalna biorąc pod uwagę że Zamawiający ma 7 dni na zatwierdzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, Zamawiający powinien zachować równość stron i przyjąć jako zasadę w powyższym zakresie termin 7 dni KIO 2762/21
- ✓ w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy – Izba stwierdziła, że dla zachowania proporcjonalności i równowagi stron uzasadnione jest powiązanie wysokości kary umownej z wysokością wynagrodzenia należnego podwykonawcy, co do zapłaty którego wykonawca się nie wywiązał KIO 2809/21
- ✓ przyjęcie w umowie zapisu nakładającego na wykonawcę obowiązek uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego cyt. „wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, jak również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową”. KIO 2809/21

- ✓ zapis, że obowiązek zapłaty kar umownych za bezpodstawne rozwiązanie umowy obciąża wyłącznie Wykonawcę jest klauzulą abuzywną. Zdaniem KIO zasada proporcjonalności, a także sposób ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umowy w sposób równomierny, nakazują, aby również Zamawiający podlegał karze umownej za bezpodstawne rozwiązanie umowy. KIO 2864/21, KIO 2872/21
- ✓ sposób waloryzacji umowy, począwszy od trzeciego roku jej obowiązywania, narusza równowagę ekonomiczną stron umowy. KIO 2864/21, KIO 2872/21
- ✓ zapis „Wykonawca powinien wkalkulować w cenę ofertową (brutto) wszystkie jej składniki tj. m.in. wszystkie elementy przedmiotowego zamówienia przedstawione w niniejszej SWZ ze szczególnym uwzględnieniem zasad obliczania rekompensaty wskazanych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy” jest klauzulą abuzywną KIO 2864/21, KIO 2872/21
- ✓ za klauzulę abuzywną KIO uznało zapis cyt. „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania w ramach wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1, obowiązków spoczywających na nim, w tym wynikających z Umowy, przepisów prawa, aktów administracyjnych i zasad sztuki budowlanej, a także wszelkich prac niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót objętych Umową, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie dokumentacji projektowej, obowiązujących przepisów techniczno - budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia”. KIO 2809/21

- ✓ Izba za klauzulę abuzywną uznała uprawnienie zamawiającego do wielokrotnych rewizji dokumentacji projektowej, nawet w stosunku do części już odebranych
- ✓ stawka 0,1% wynagrodzenia dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót odniesiona do wartości tych robót szacowaną na ok. 500 000 000 mln zł (co przy przyjętej stawce 0,1 % daje ok. 500 000 zł za każdy dzień zwłoki) jest nadmierna i rażąco wygórowana i stanowi naruszenie art. 433 pzp.
- ✓ przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za prace niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia aczkolwiek nieujęte w dokumentacji projektowej KIO uznało za klauzulę abuzywną. Wg KIO wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do zgłaszania zamawiającemu dostrzeżonych uchybień dokumentacji zagrażających prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek ten materializuje się w trakcie prowadzenia prac i nie jest nieograniczony. Jak wskazuje orzecznictwo np. Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138/16 „Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie.” Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 24 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt VII AGa 53/18, Sąd Apelacyjny w Rzeszowie z dn. 26 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt I Aga 13/19, Sąd Apelacyjny w Katowicach w sprawie o sygn. akt V Aca 442/13 z dn. 22 listopada 2013 r.

Zmiany umów

Art. 454:

Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana:

- 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;
- 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;
- 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.

Art. 455 ust.1 zmiana 1:

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

Art. 455 ust.1 zmiana 2:

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

- a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w klauzulach przeglądowych, lub
- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1;

Art. 455 ust.1 zmiana 3:

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
- b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
- c) wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków;

Art. 455 ust.1 zmiana 4:

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Art. 455 ust. 2 – zmiana 5

Dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Mając na względzie treść motywu 107 akapit drugi dyrektywy klasycznej oraz ustawy pzp należy wskazać, że akty te odwołują się do ogólnej wartości zmian umowy, a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegającym na zwiększeniu wynagrodzenia.

Powyższe podkreśla stanowisko doktryny, zgodnie z którym: *koniecznie jest zatem łączne uwzględnianie **skumulowanej wartości poszczególnych zmian**. W świetle przywołanych regulacji na gruncie art. 455 ust. 2 Pzp nie znajduje zatem uzasadnienia zarówno: potrącanie wartości zmian dokonanych in minus ze zmianami in plus, jak również pomijanie w obliczeniach zmian zmniejszających wartość umowy, np. z uwagi na zaniechanie realizacji określonych świadczeń i opieranie się tylko na zmianach tę wartość zwiększających.*

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH KOMENTARZ pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021 r.

Powyższe potwierdza również porównanie art. 455 ust. 2 PZP, który mówi o wartości zmiany, z art. 455 ust. 1 pkt 1), 3) i 4), które wprost wskazują na zmianę ceny.

Dla uproszczenia, sposób liczenia wartości zmiany zgodny z art. 455 ust. 2 wymaga określenia wartości robót zaniechanych i odrębnie wartości robót dodatkowych, a następnie dokonać sumy tych wartości. Oznacza to, że zaniechanie robót o wartości 10 % wartości pierwotnej umowy, a następnie wprowadzenie robót dodatkowych o takiej samej wartości, stanowi zmianę o 20 % mimo braku wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Taryfikator

Poz. 10

W umowie w sprawie zamówienia wprowadzono modyfikacje (w tym ograniczenie zakresu zamówienia) niezgodne z art. 72 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE albo niezgodne z art. 454-455

Pzp. = 25%

Dyscyplina finansów publicznych

Art. 17 ust. 1c

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy na usługi społeczne i inne szczególne usługi lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Fundusze Europejskie

DZIĘKUJĘ ZA UWAGĘ



Fundusze Europejskie
dla Śląskiego



Rzeczpospolita
Polska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



Województwo
Śląskie