

8.08.2024



**Fundusze Europejskie**

# Zamówienia publiczne na roboty budowlane

**Krzysztof Puchacz**



Fundusze Europejskie  
dla Śląskiego



Rzeczpospolita  
Polska

Dofinansowane przez  
Unię Europejską



Województwo  
Śląskie

# Konflikt interesów

- Na wzór rozwiązań prawnych zawartych w dyrektywach europejskich ustawa posługuje się pojęciem konfliktu interesów. Należy przez to rozumieć każdą sytuację, w której bezstronność lub niezależność osób działających po stronie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest lub może być postrzegana jako zagrożona z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.
- Ustawodawca określił zamknięty katalog osób objętych obowiązkiem badania pod kątem konfliktu interesów w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

# Konflikt interesów

Do katalogu tego zaliczono:

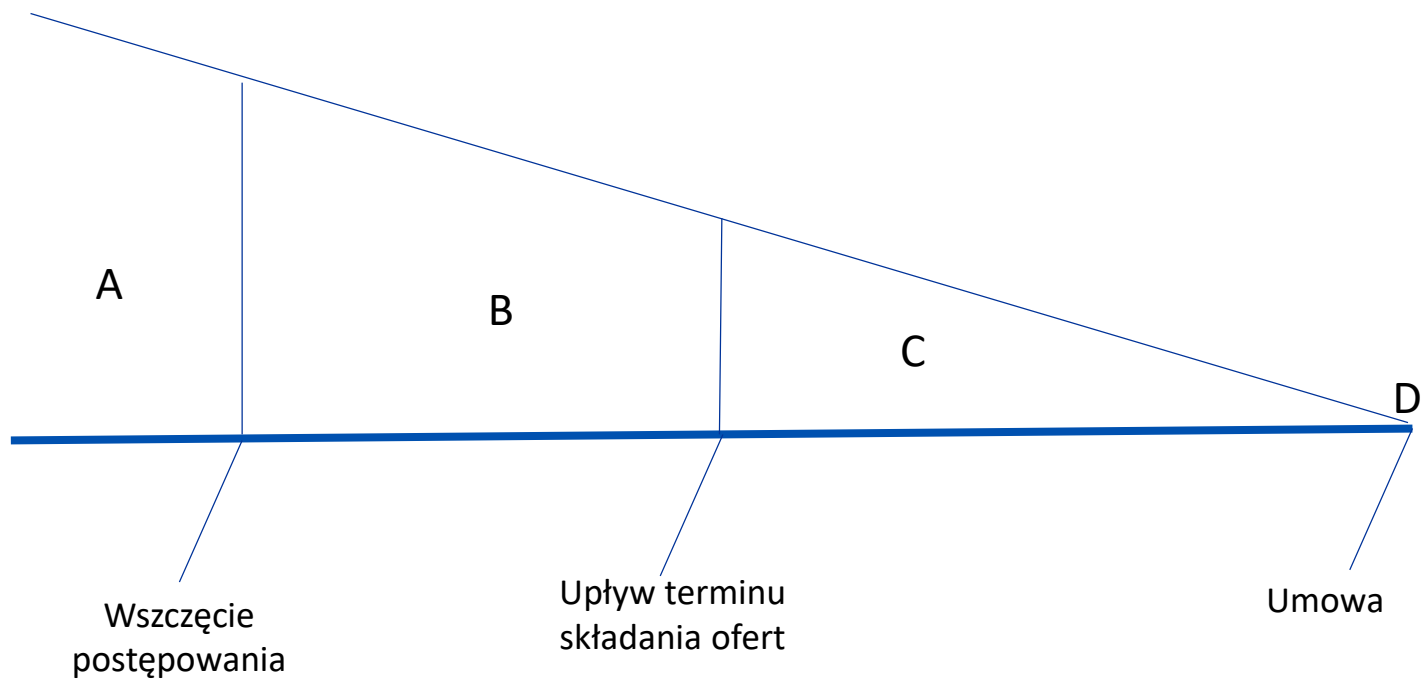
- kierownika zamawiającego;
- członków komisji przetargowej;
- inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, po stronie zamawiającego lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania;
- osoby udzielające zamówienia.

# Konflikt interesów

Wykonawca - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która:

- oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług (A)
- ubiega się o udzielenie zamówienia (B)
- złożyła ofertę (C)
- zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (D)

# Konflikt interesów



# Konflikt interesów

Wszystkie osoby wskazane w ustawie będą musiały złożyć oświadczenia o występowaniu lub braku występowania ww. okoliczności pod rygorem odpowiedzialności za złożenie fałszywego oświadczenia. Nowa ustawa wskazuje moment, w którym te oświadczenia powinny zostać złożone.

1. Oświadczenie o okolicznościach wskazanych w art. 56 ust. 3 (skazanie za określone tam przestępstwa) składa się przed rozpoczęciem czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania.
2. Oświadczenie o okolicznościach wskazanych w art. 56 ust. 2 składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o ich istnieniu.
3. Oświadczenie o braku istnienia tych okoliczności nie później niż przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

# Konflikt interesów

Opinia UZP:

<https://www.gov.pl/web/uzp/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen-o-ktorych-mowa-w-art-56-ust-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>

***Nie będzie** zobowiązany do złożenia oświadczeń o których mowa w art. 56 ust. 4 Pzp pracownik zamawiającego **przygotowujący opis przedmiotu zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane** lub np. autor dokumentacji projektowej, czy też broker ubezpieczeniowy doradzający zamawiającemu na etapie przygotowywania dokumentów zamówienia. Z odmienną sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy osoba np. sporządzająca opis przedmiotu zamówienia, następnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie udzielała wyjaśnień do treści SWZ, czy też będzie weryfikowała zgodność złożonej oferty z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Taka osoba będzie wykonywała czynności związane z przeprowadzeniem postępowania i w konsekwencji powinna złożyć oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust. 4 ustawy Pzp.*

# Konflikt interesów

## Taryfikator

Poz. 21

- Każdy przypadek, w którym stwierdzono **nieujawniony lub niewystarczająco ograniczony** konflikt interesów, zgodnie z art. 24 dyrektywy 2014/24/UE (lub art. 35 dyrektywy 2014/23/UE, lub art. 42 dyrektywy 2014/25/UE), a danemu oferentowi udzielono danego zamówienia lub danych zamówień. = 100% (np. wykonywanie czynności związanych z postępowaniem przez osobę w warunkach braku bezstronności połączone z udzieleniem zamówienia danemu wykonawcy) *Uwaga dla kontrolerów: Konflikt interesów mógł zaistnieć już na etapie opracowywania projektu w zakresie, w jakim etap ten miał wpływ na dokumentację zamówienia/postępowanie o udzielenie zamówienia.*

Poz. 16

- Przedmiotowa dokumentacja (określona w mających zastosowanie przepisach) jest **niewystarczająca, aby uzasadnić udzielenie zamówienia, czego skutkiem jest brak przejrzystości.** = 25% (np. samo niezłożenie oświadczenia).



# Konflikt interesów

- Komisja Europejska w treści załącznika Nr 1 do decyzji 3452 (taryfikator) podkreśla, że konflikt interesów należy badać także na etapie opracowywania dokumentacji przetargowej w zakresie, w jakim etap ten miał wpływ na treść tej dokumentacji (innymi słowy należy badać czy autor dokumentacji podczas jej przygotowywania nie był w konflikcie interesów rozumianym jako związek z przyszłym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem tego zamówienia i czy nie przygotował tej dokumentacji w sposób ułatwiający temu wykonawcy dostęp do zamówienia). **Kontrolerzy i audytorzy weryfikujący sposób realizacji projektów współfinansowanych z perspektywy budżetowej 2021-2027 są uprawnieni do weryfikacji, czy wobec osoby przygotowującej opis przedmiotu zamówienia (lub inny kluczowy dla wykonawców element dokumentacji postępowania) nie zachodziły przesłanki konfliktu interesów, w zakresie wskazanym w 24 dyrektywy 2014/24/UE.**

# Konflikt interesów

## Przykład Nr 1

Członek komisji przetargowej jest w związku małżeńskim z pracownikiem wykonawcy (stosunek faktyczny łączący członka komisji z wykonawcą, który może budzić wątpliwości co jego bezstronności), a fakt wybrania oferty tego wykonawcy przekłada się na awans lub uzyskanie gratyfikacji finansowej dla małżonka członka komisji przetargowej (interes osobisty lub majątkowy członka komisji, pozostającego z tą osobą w stosunku małżeństwa).

## Przykład Nr 2

Kierownik zamawiającego w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonał na rzecz wykonawcy usługę, za którą otrzymał wynagrodzenie.

# Konflikt interesów

## Przykład Nr 3

Beneficjent udzielił zamówienia na roboty budowlane wykonawcy S. Kiedy rozpoczęto prace, S zwrócił się do beneficjenta o wyrażenie zgody na zastąpienie pierwotnie wyznaczonego dostawcy podsypki innym przedsiębiorstwem - F, powołując się na względy ekonomiczne i mając na tę zmianę zgodę podmiotu nadzorującego dany projekt. Wkrótce potem S zwrócił się do beneficjenta o kolejne zezwolenie – na zastąpienie używanego materiału budowlanego, żwiru, podsypką kamienną, i przedstawił sprawozdania z badań tego zastępczego materiału budowlanego, który także miał być dostarczany przez F. Przeprowadzone przez organ audytowy dochodzenie wykazało, że przedsiębiorstwo F było własnością dwóch osób, z których każda miała po 50% udziałów. Jedną z nich był zięć kierownika zamawiającego, będącego beneficjentem projektu. Organ audytowy stwierdził, że istnieje konflikt interesów, ponieważ dokumenty, w których zaakceptowano przedsiębiorstwo F jako dostawcę materiałów budowlanych, zostały podpisane przez kierownika zamawiającego, którego łączyło powinowactwo pierwszego stopnia z jednym ze współwłaścicieli F.

# Konflikt interesów

Beneficjenci środków z budżetu UE w perspektywie 2021-2027 powinni spodziewać się coraz częstszego wykorzystywania podczas kontroli systemu [ARACHNE](#), który gromadzi dane dotyczące realizowanych projektów współfinansowanych ze środków UE i ma wspomagać instytucje kontrolujące. Poprzez zastosowane algorytmy przeliczeniowe system kalkuluje ryzyko wystąpienia ewentualnego konfliktu interesów. Łącząc wewnętrzne dane, dotyczące projektów finansowanych ze środków unijnych, dostarczone przez państwa członkowskie, z zewnętrznymi danymi publicznie dostępnymi, system przetwarza je w celu identyfikacji powiązań i oblicza na tej podstawie oceny ryzyka dla każdego projektu, beneficjenta, umowy i wykonawcy. W analizie uwzględniane są wskaźniki ryzyka o których mowa w wytycznych KE „Guidance note on the use of Arachne” np. powiązania między beneficjentami i wykonawcami lub podwykonawcami; powiązania między wykonawcami; rejestracja wielu firm pod tym samym adresem; wykonawcy zaangażowani w wiele projektów beneficjenta.

# Konflikt interesów

## Kodeks Karny

- art. 56 ust. 4 PZP
- Osoby, o których mowa w ust. 1 i 3, składają, **pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia**, oświadczenie **w formie pisemnej** o istnieniu albo braku istnienia okoliczności, o których mowa odpowiednio w ust. 2 lub 3.
- Przed odebraniem oświadczenia, kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył czynności w postępowaniu, **uprzedza osoby składające oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia.**

# Klasyfikacja przedmiotu zamówienia

Urząd Zamówień Publicznych przeprowadził w 2022 r. kontrolę postępowania pn. „Wykonanie zagospodarowania i odnowy terenów zieleni w krajobrazie miejskim”.

Przedmiotem zamówienia było wykonanie zagospodarowania terenu (roboty ziemne, ciągi komunikacyjne, sieć elektryczna, obiekty małej architektury, ogrodzenie) oraz usług pielęgnacji i nasadzeń zieleni. Wartość zamówienia była niższa od progów unijnych dla robót budowlanych i wyższa od progów unijnych dla usług.

Zamawiający zakwalifikował zamówienie jako roboty budowlane i zastosował reżim krajowy.

Zdaniem UZP zamówienie powinno być prowadzone według przepisów dla usług, więc zamawiający powinien zastosować reżim unijny.

# Klasyfikacja przedmiotu zamówienia

Zdaniem UZP przedmiotowe zamówienie obejmowało dwa rodzaje zamówień, tj. usługi (pielęgnacja i nasadzenia zieleni) oraz roboty budowlane, a więc postępowanie należało prowadzić według tych przepisów, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia. Prezes Urzędu podkreślił, iż ustalenie głównego przedmiotu zamówienia następuje co do zasady w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnych, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy.

Jednocześnie UZP wskazał, że przy ustalaniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, można również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów. W kontrolowanym stanie faktycznym UZP stwierdził, że w rzeczywistości główny przedmiot zamówienia stanowiły usługi. Podkreślono, że właściwym przedmiotem i głównym celem umowy w sprawie zamówienia publicznego była realizacja zadania polegającego na wykonaniu zagospodarowania i odnowy terenów zieleni, które to zadanie ma charakter usługowy, niemieszczący się jako całość w definicji robót budowlanych.

# Klasyfikacja przedmiotu zamówienia

Ze stanowiskiem UZP zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 20 października 2022 r. (KIO/KD 28/22), oddalając zastrzeżenia zamawiającego.

*Zdaniem Izby „lektura zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że Zamawiający skoncentrował się zasadniczo na relacji wartości zadań o charakterze usługowym względem zadań o charakterze robót budowlanych objętych kontrolowanym zamówieniem”. Zdaniem KIO „w przypadku zamówień obejmujących zarówno usługi oraz roboty budowlane przesądzające znaczenie ma cel zamówienia. Jeśli jest nim wykonanie usług, a niezbędne do tego jest również wykonanie robót budowlanych, ale to wykonanie usług spełnia zasadniczy cel zamawiającego, to wówczas zamówienie udziela się według przepisów właściwych dla usług”.*

KIO oparło swoją uchwałę także na stanowisku Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pełniącego rolę Instytucji Wdrażającej dla projektu stwierdzającego, iż „najważniejszą składową projektu musi być utworzenie terenów zieleni, co w głównej mierze wiąże się z nasadzeniami zieleni. (...) Głównym elementem i celem projektu jest usługa nasadzenia zieleni (wraz z robotami koniecznymi do ich wykonania w ramach przygotowania terenu pod nasadzenia)”.



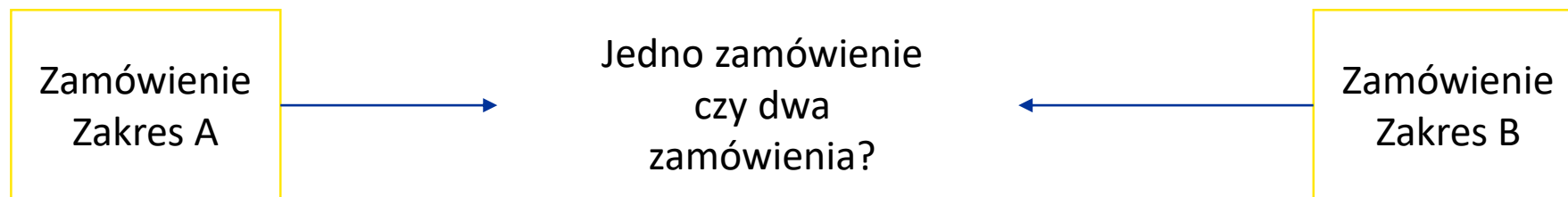
# Szacowanie wartości zamówienia

## **Cel czynności polegającej na ustaleniu wartości zamówienia.**

Ustalenie wartości zamówienia publicznego jest czynnością podejmowaną przez zamawiającego w celu ustalenia reżimu prawnego decydującego o sposobie wyboru wykonawcy tego zamówienia.

- Zgodnie z art. 28 ust. 1 PZP podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

# Szacowanie wartości zamówienia



Przepisy ustawy Pzp jak również regulacje dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych **nie zawierają przepisów określających w sposób bezpośredni zasad kwalifikacji określonych świadczeń w ramach zamówień jednorodzących**, których realizacja powinna zostać poprzedzona wszczęciem jednego postępowania lub postępowań opartych na dyspozycji art. 30 ustawy Pzp, lub zamówień odrębnych udzielanych w ramach niezależnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

# Szacowanie wartości zamówienia

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

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

# Szacowanie wartości zamówienia

## Realizacja obiektu budowlanego.

W przedmiocie definicji obiektu budowlanego wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 5 października 2000 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej (C-16/98). Przedmiotowy wyrok zapadł na gruncie dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 199, str. 84), lecz znajduje on zastosowanie również na gruncie obu obecnie obowiązujących dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE. Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla odpowiedzi, czy mamy do czynienia z zamówieniem na jeden obiekt budowlany należy przypisać okoliczności, czy wynik całości robót budowlanych lub inżynierskich może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

# Szacowanie wartości zamówienia

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 listopada 2011 r. (V SA/Wa2555/10) i Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu kasacyjnym z dnia 23 stycznia 2013 r. dotyczącym ww. wyroku WSA (II GSK 1956/11) uznały, że pięć obiektów realizowanych w ramach jednego projektu UE z których każdy może spełniać samodzielne funkcje techniczne i gospodarcze stanowi odrębne zamówienia publiczne, bowiem możliwe jest korzystanie z każdego z nich w sposób niezależny od pozostałych. Sąd wskazał ponadto, że ich realizacja wiązała się także z inną lokalizacją oraz z koniecznością przygotowania odrębnej dokumentacji technicznej, w tym uzyskania odrębnych pozwoleń na budowę. Sądy podkreśliły, że fakt, że każdy z tych obiektów zamówiony został przez ten sam podmiot i miał być realizowany na terenie tego samego miasta, pod wspólną nazwą projektu nie może przesądzać o tym, iż objekty te powinny zostać objęte tym samym zamówieniem.

# Szacowanie wartości zamówienia

Obecne stanowisko UZP odzwierciedla tezy ww. orzecznictwa sądów administracyjnych *„wyznacznikiem obowiązku łącznego szacowania wartości zamówienia będzie zatem obiekt budowlany, jeżeli przedmiotem robót będzie wykonanie obiektu budowlanego (ewentualnie zaprojektowanie i wykonanie obiektu). Poprzez obiekt budowlany należy rozumieć zgodnie z art. 7 pkt 14 Pzp wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych. Obiektem może być zatem przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie za obiekt budowlany należy uznać także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp.*

- Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Red. Hubert Nowak, Mateusz Winiarz. UZP 2021.

# Szacowanie wartości zamówienia

## **Wykonanie robót budowlanych na istniejących obiektach budowlanych.**

Zgodnie z przepisami art. 7 pkt 21 ustawy PZP zamówieniem na roboty budowlane jest także wykonanie robót budowlanych określonych w załączniku Nr II do dyrektywy klasycznej. W tym przypadku chodzi o roboty wykonywane na już istniejących obiektach budowlanych (w odróżnieniu od zamówień objętych pkt 3.1 ekspertyzy). Na uwagę zasługuje fakt, że w tym przypadku ustawodawca nie posłużył się pojęciem obiektu budowlanego a dowołał się do załącznika Nr II do dyrektywy klasycznej. Oznacza to, że ustawodawca nie pozwala zamawiającemu na automatyczne odrębne ustalania wartości zamówień na roboty budowlane realizowane na odrębnych obiektach budowlanych.

# Szacowanie wartości zamówienia

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych *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 wchodzą 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.



# Szacowanie wartości zamówienia

Prace polegające na opracowaniu dokumentacji projektowych robót budowlanych stanowią szczególny rodzaj zamówień na usługi, które w sposób bezpośredni związane są z określonym zakresem robót budowlanych. Zamówienia na usługi przygotowania dokumentacji projektowych powinny zatem korzystać z autonomii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takim zakresie w jakim korzystają z niej roboty budowlane, stanowiące rezultat określonych prac projektowych. Innymi słowy, odrębne zamówienie na usługi projektowe (wykonanie dokumentacji projektowych) stanowić będzie zakres dokumentacji odnoszącej się do określonego zamówienia na roboty budowlane. W konsekwencji zasadnicze znaczenie dla ustalenia zakresu zamówienia na usługi projektowe dla robót budowlanych w każdym przypadku będzie określenie samoistnego zakresu zamówienia na roboty budowlane.

Opinia Prawna UZP z dnia 11.10.2021 r.

# Szacowanie wartości zamówienia

Analogicznie, z uwagi na ścisłe powiązanie świadczeń, zamówienie na roboty budowlane powinno stanowić punkt odniesienia dla ustalenia zakresu oraz wielkości zamówienia na świadczenie usług nadzoru nad realizacją tych robót. Jeżeli usługa ta dotyczy robót budowlanych polegających na wykonaniu obiektu budowlanego (w rozumieniu art. 7 pkt 14 ustawy Pzp) usługa nadzoru inwestorskiego obejmować będzie nadzór nad wykonaniem tylko tego obiektu. Powyższe zachowuje aktualność także w sytuacji, gdyby w skład usługi nadzoru obiektu wchodziły różne branże budowlane, nad którymi ma być świadczony nadzór inwestorski.

Opinia Prawna UZP z dnia 11.10.2021 r.

# Szacowanie wartości zamówienia

Beneficjent, realizując projekt UE wykorzystuje oszczędności, które uzyskał po zakończeniu pierwszego zakupu, do zamówienia dodatkowej ilości świadczeń (pierwotnie nieujętych rzeczowo w projekcie). Urząd Zamówień Publicznych odmówił przeprowadzenia kontroli uprzedniej ze względu na zbyt niską wartość zamówienia finansowanego z uzyskanych oszczędności **(która wg UZP nie podlega sumowaniu z wcześniejszym zamówieniem)**.

Cyt. stanowisko UZP „*należy założyć, że rozpoczynając realizację projektu, nie mógł on (zamawiający – przyp. autora) przewidzieć, że realizowane zamówienia przyniosą określone oszczędności, które to zostaną przeznaczone na kolejne dostawy. W takim przypadku mamy do czynienia z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość jest szacowana odrębnie. Okoliczność, iż zamawiający szacował wartość przedmiotowego zamówienia z oszczędności, które powstały na skutek realizacji zamówienia, nie oznacza, iż wartość takiego zamówienia winna być szacowana łącznie z zamówieniem już zrealizowanym. Należy bowiem podkreślić, iż do wartości zamówienia, które nie było planowane, nie dodaje się wartości zamówień już udzielonych, nawet jeśli zamówienie takie finansowane będzie w ramach jednego programu współfinansowanego ze środków UE*”. **Pismo UZP DKZP.WKZ5.440.15.2023.JR dot. KU/15/23/DKZP**

# Szacowanie wartości zamówienia

## Taryfikator

Poz. 2

■ Projekt dotyczący robót budowlanych lub proponowany zakup pewnej ilości dostaw lub usług zostaje sztucznie podzielony na kilka zamówień. W rezultacie wartość każdego zamówienia dotyczącego części robót budowlanych / dostaw / usług jest niższa niż próg określony we właściwych przepisach, co służy uniknięciu publikacji we właściwym publikatorze (Dz. Urz. UE, BZP, BK) ogłoszenia dotyczącego całości prac, usług lub dostaw.

*Uwaga dla kontrolerów: Takie samo podejście stosuje się również odpowiednio do zamówień podlegających jedynie krajowym przepisom dotyczącym zamówień publicznych oraz w przypadku, gdy dzięki sztucznej podziałowi robót budowlanych / dostaw / usług uniknięto publikacji ogłoszeń ich dotyczących zgodnie z tymi przepisami*

# Opis przedmiotu zamówienia

## ■ Taryfikator

Poz. 12

Opis w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewystarczający lub niedokładny i może uniemożliwiać potencjalnym oferentom/kandydatom pełne określenie przedmiotu zamówienia, co może mieć skutek odstraszający, potencjalnie ograniczający konkurencję.

*Uwaga dla kontrolerów: np. na podstawie skarg lub zawiadomień złożonych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia ustalono, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest niewystarczająca, aby umożliwić potencjalnym oferentom określenie przedmiotu zamówienia. Liczba zapytań składanych przez potencjalnych oferentów nie jest jednak wskaźnikiem istnienia nieprawidłowości, o ile instytucja zamawiająca udzieli na nie stosownych odpowiedzi zgodnie z art. 47 ust. 3 i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.*

# Opis przedmiotu zamówienia

- W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że treść art. 99 ustawy nie oznacza konieczności zapewnienia przez zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenie miał możliwość złożenia oferty. Każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak **wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać**, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Przykładem może być wymaganie, aby zamawiany samochód osobowy posiadał system antykolizyjny lub monitoring martwego pola. Nie każdy pojazd posiada takie rozwiązanie. Jednak jest ono uzasadnione z punktu widzenia obowiązku pracodawcy zapewnienia bezpieczeństwa pracownikom podczas wykonywania przez nich obowiązków służbowych.

# Opis przedmiotu zamówienia

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.

# Opis przedmiotu zamówienia

## ■ 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”*.



# Opis przedmiotu zamówienia

## ■ 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*”.

# Opis przedmiotu zamówienia

## Taryfikator

Poz. 2

Wymagane są konkretne znaki towarowe/marki/normy bez dopuszczenia równoważnego znaku towarowego lub marki przez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”, z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

# 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

# Opis 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.

# Kryteria oceny ofert

- Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
- 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
- Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia
- Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej

# Kryteria oceny ofert

Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, **jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.**



# Kryteria oceny ofert

## Taryfikator

Poz. 9

■ Ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji zamówienia **nie opisano wystarczająco dokładnie** kryteriów udzielania zamówienia ani ich wagi, co skutkuje bezzasadnym ograniczeniem konkurencji (tj. brak wystarczających szczegółów mógł mieć dla potencjalnych oferentów **skutek odstraszający**). = **10%**

# Warunki udziału w postępowaniu

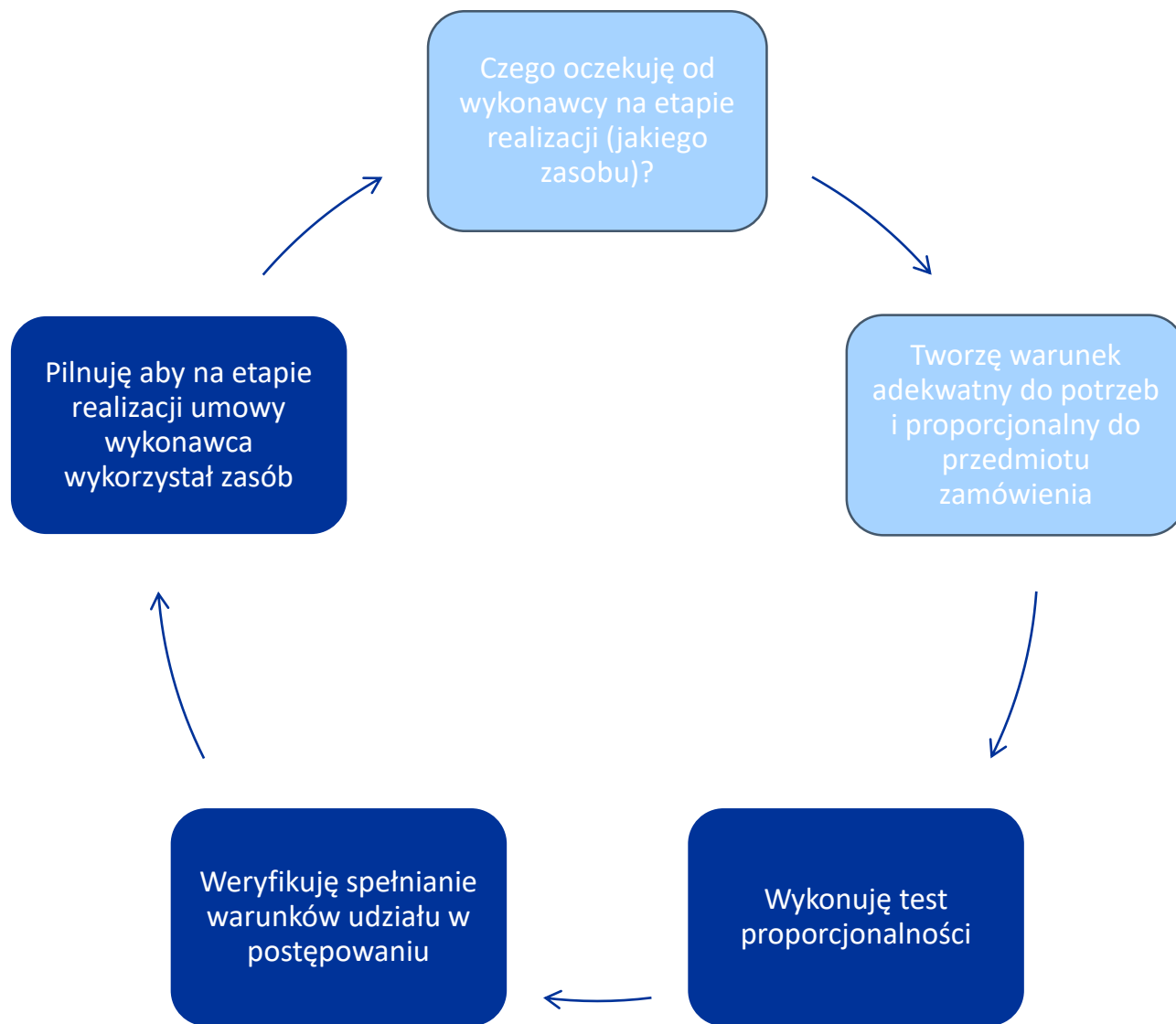
92

## ROZPORZĄDZENIE RADY MINISTRÓW

z dnia 29 stycznia 1937 r.

o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego.

§ 3. Zamówienie na dostawę lub robotę może być udzielone osobom fizycznym i prawnym, wykazującym się w zakresie przemysłu i handlu świadectwem przemysłowym, w zakresie wolnych zajęć zawodowych inżynierów i innych techników kwalifikacjami, wymaganymi przez przepisy, normujące prawo wykonywania w tym zakresie specjalnych prac, w zakresie rzemiosła — kartą rzemieślniczą, a w zakresie rolnictwa zaświadczeniem izby rolniczej lub towarzystwa rolniczego o przynależności do zawodu rolniczego. Osoby te, jeżeli nie są organizacjami rzemieślniczymi o charakterze zarobkowym, powinny wykazać się co najmniej jednoroczną egzystencją gospodarczą. Wyjątek od tej ostatniej zasady jest dopuszczalny tylko wówczas, gdy dla danej dostawy lub roboty nie można znaleźć innej osoby lub jeżeli tego wymaga wzgląd na interesy obrony Państwa.



# Warunki udziału w postępowaniu

*Dokonując interpretacji wszystkich przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu i dowodów na ich potwierdzenie, należy mieć na względzie cel, jaki przyświecał ustawodawcy uchwalającemu wskazane normy. Celem tym jest wybór wykonawcy, który spełnia wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - **daje gwarancję należytego wykonania zamówienia.***

**Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2022 r. KIO 325/22**

# Warunki udziału w postępowaniu

## **Wymóg ustawowy (art. 112 pzp):**

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

*Postawienie jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia ogranicza konkurencję w tym sensie, że zawęża krąg wykonawców mogących złożyć oferty do wykonawców, którzy posiadają określone doświadczenie. Okoliczność, że jeden z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie spełnia warunku, nie zobowiązuje do obniżenia wymogów przez zamawiającego. Warunek udziału w postępowaniu określa się w **korelacji do przedmiotu zamówienia**, a nie do potencjału konkretnego wykonawcy.*

**Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2023 r. KIO 844/23**

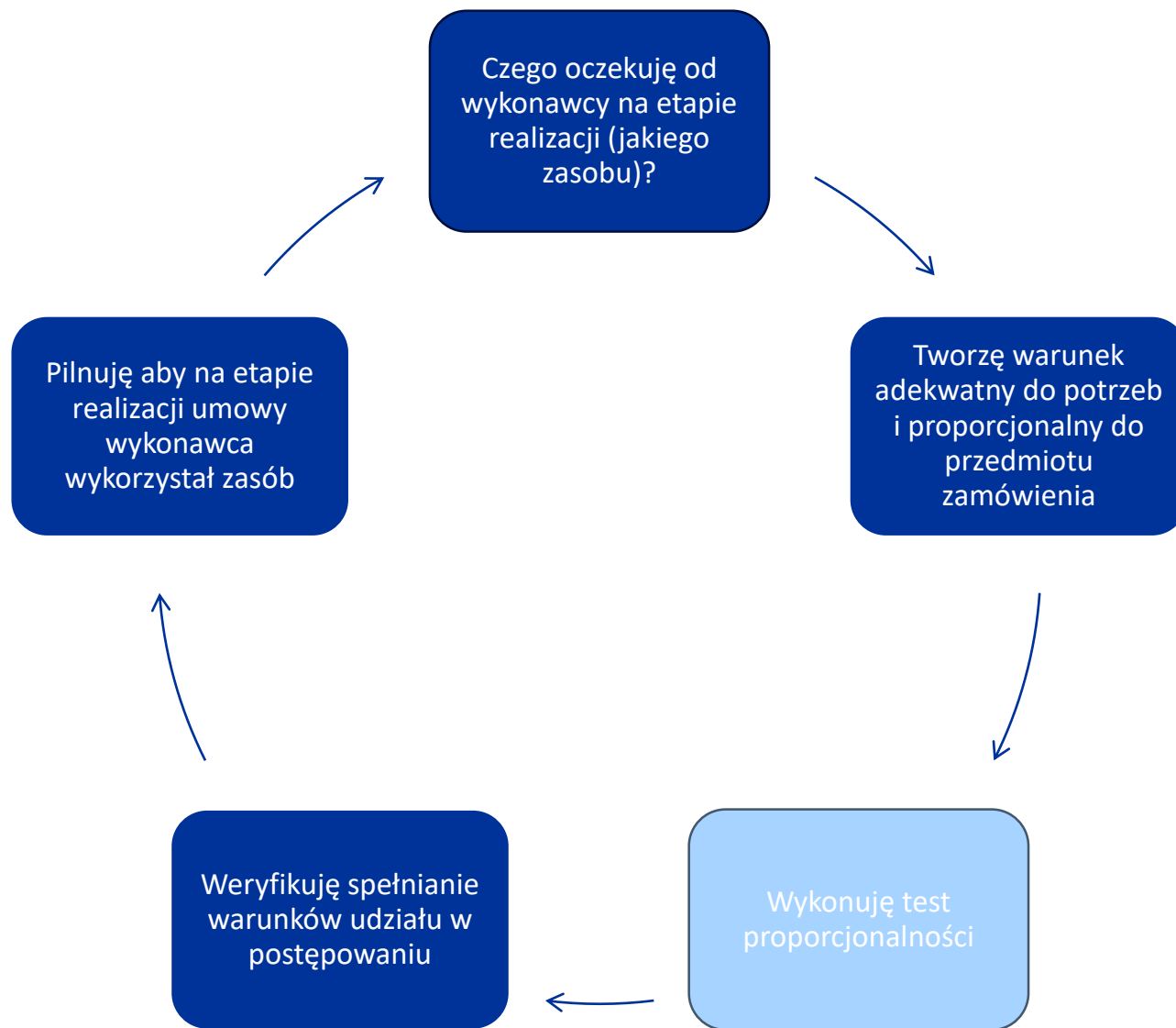
# Warunki udziału w postępowaniu

## Wymóg ustawy (art. 16 pzp):

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia **w sposób proporcjonalny**.

*Wszelkie działania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być **adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów**. Zasada ta oznacza jednak jedynie tyle, że zamawiającemu nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp do wzięcia udziału w danym postępowaniu.*

**Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2023 r. KIO 1492/23**



# Warunki udziału w postępowaniu

*Ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. **testu proporcjonalności**, czyli wykazania, że podjęte działania są **adekwatne i konieczne** do osiągnięcia wybranego celu.*

*Wyrok TSUE z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, nr sprawy C 414/97.*



# Warunki udziału w postępowaniu

Test proporcjonalności –ćwiczenie.





Przedmiot zamówienia:

Wykonanie budowy odcinka kanalizacji i odcinka wodociągu.

Warunek:

Wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert minimum jednego zamówienia obejmującego odcinek kanalizacji i wodociągu.

# Warunki udziału w postępowaniu

-  Wykonawca który wykonał jedno zamówienie obejmujące odcinek wodociągu i kanalizacji.
-  Wykonawca który wykonał cztery zamówienia obejmujące wodociąg oraz (odrębnie) dwa inne zamówienia obejmujące kanalizację.
-  Konsorcjum wykonawców z których jeden wykonał pięć zamówień obejmujących odcinki wodociągu a drugi cztery zamówienia obejmujące odcinki kanalizacji.
-  Wykonawca, który wykonał trzy zamówienia obejmujące wodociąg i korzysta z zasobów innego podmiotu, który wykonał trzy zamówienia obejmujące kanalizację.

# Warunki udziału w postępowaniu



Wykonawca który wykonał jedno zamówienie obejmujące odcinek wodociągu i kanalizacji.



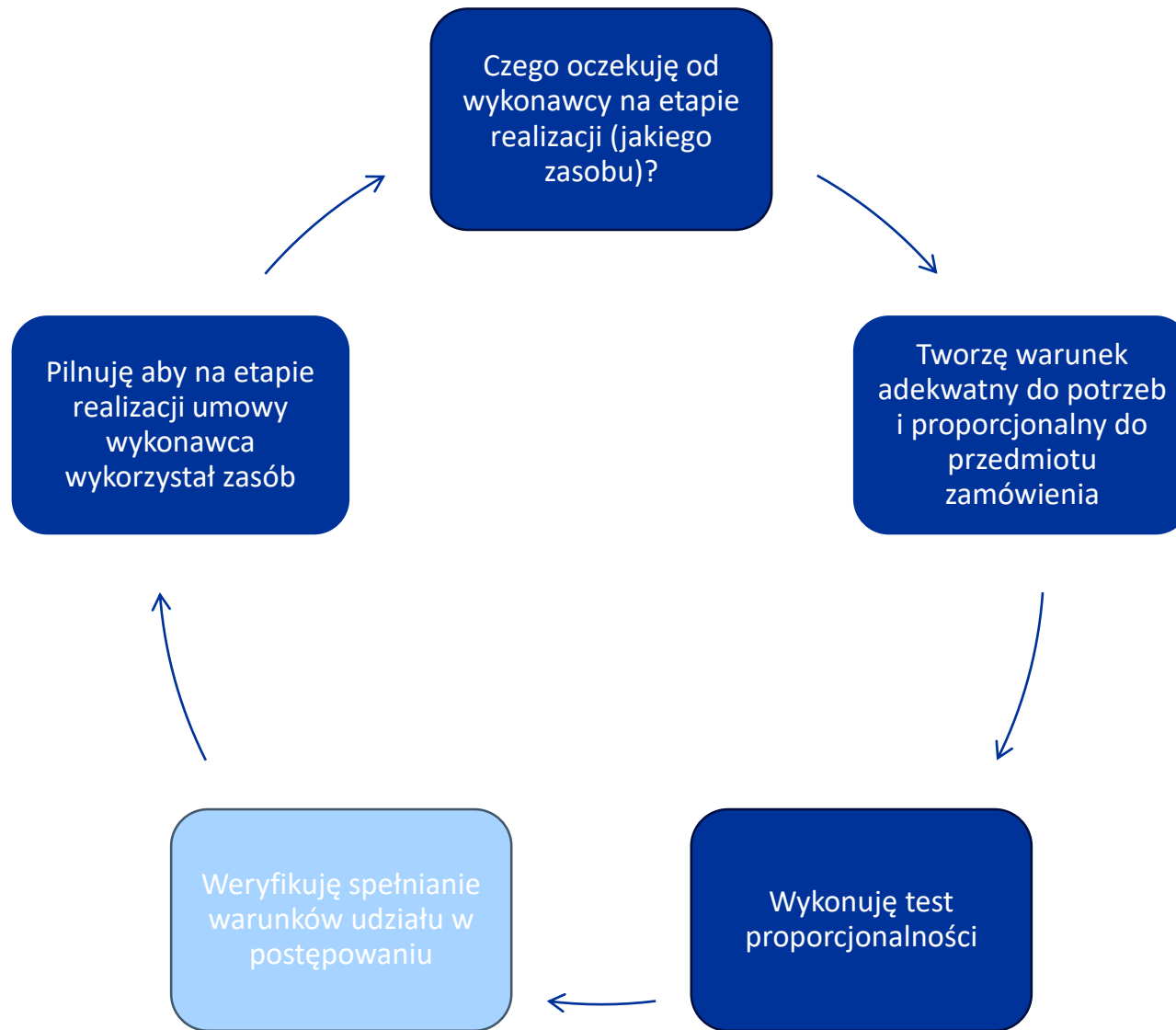
Wykonawca który wykonał cztery zamówienia obejmujące wodociąg oraz (odrębnie) dwa inne zamówienia obejmujące kanalizację.



Konsorcjum wykonawców z których jeden wykonał pięć zamówień obejmujących odcinki wodociągu a drugi cztery zamówienia obejmujące odcinki kanalizacji.



Wykonawca, który wykonał trzy zamówienia obejmujące wodociąg i korzysta z zasobów innego podmiotu, który wykonał trzy zamówienia obejmujące kanalizację.



# Warunki udziału w postępowaniu

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 co od zasady **warunki udziału w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać łącznie.**

# Warunki udziału w postępowaniu

Wykazywanie warunków w konsorcjum odbywa się zatem kumulatywnie **z zastrzeżeniem** **tez wynikających wyroku TSUE C 387/17** a dotyczących warunku doświadczenia opartego na powtarzalności.

Warunek: Doświadczenie zdobyte przez wykonanie min 2 robót.

## ***NIEWŁAŚCIWIE***

*Pierwszy konsorcjant /wykonawca/ = 1 robota*

*Drugi konsorcjant /udostępniający zasoby/ = 1 robota*

*Razem: 2 roboty*

## ***WŁAŚCIWIE***

*Pierwszy konsorcjant /wykonawca/ = 2 roboty*

*Drugi konsorcjant /udostępniający zasoby/ = nie ma doświadczenia*

# Warunki udziału w postępowaniu

Krajowa Izba Odwoławcza orzeka o konieczności "implementacji" tez zawartych w tym orzeczeniu do SWZ, jeśli zamawiający chce skorzystać z argumentacji TSUE zawartej w przedmiocie pytania czwartego ww. orzeczenia.

*KIO w pierwszej kolejności zauważyło, że zamawiający postawił warunek doświadczenia w ujęciu wymagającym dwukrotnego powtórzenia określonej roboty. Nie określił szczególnego sposobu oceny warunku przez konsorcjum. Na etapie oceny i badania ofert uznał, że konsorcjum w którym każdy z konsorcjantów wykonał po jednym zamówieniu nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Kio wskazało, że błędem zamawiającego było nie określenie szczególnego sposobu spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tych okolicznościach wg KIO brak jest podstaw do wymagania na etapie badania i oceny ofert od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, by spełnili w ściśle określony sposób – postulowany przez Zamawiającego – warunek udziału w postępowaniu, co do którego Zamawiający nie ustanowił szczególnych wymagań w zakresie dokonywania oceny jego spełniania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie.*

**Wyrok KIO z 22 września 2022 r. KIO 2342/22**

# Warunki udziału w postępowaniu

Art. 117 nowej ustawy wskazuje sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy go czytać łącznie z nowym art. 58 ustawy. Obie jednostki redakcyjne nowej ustawy stanowią odpowiednik dotychczasowego art. 23 pzp. 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.



# Warunki udziału w postępowaniu

Od tej zasady ustawa w art. 117 przewiduje wyjątki:

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;**

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 wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.**

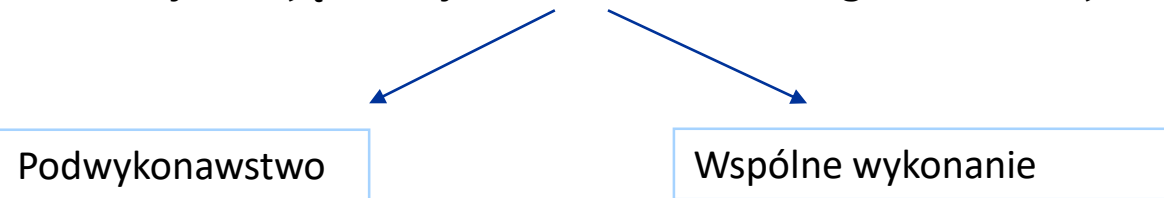
# Warunki udziału w postępowaniu

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie zatem wymagała od zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego na etapie oceny i badania ofert. W związku z powyższym ustawodawca zobligował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do złożenia **wraz z ofertą** oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

# Warunki udziału w postępowaniu

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.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te **wykonają roboty budowlane** lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.



# Warunki udziału w postępowaniu

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, ma obowiązek złożenia **wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą** (dotychczas ustawa nie wskazywała wprost momentu złożenia tego dowodu), zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W ustawie w art. 118 ust. 4 wprost wskazano jaką minimalną treść powinno posiadać zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (dotychczas wymogi te wskazane były w § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm). a

# Warunki udziału w postępowaniu

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).

# Warunki udziału w postępowaniu

## **Wyrok KIO z 22 czerwca 2023 r. (KIO 1627/23) dotyczące interpretacji art. 123 i 118 PZP.**

Przełamanie dotychczasowej linii orzeczniczej KIO (np. KIO 510/22, 1174/20, 284/23) zgodnie z którą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby prezentujące zakres prac które wykona jako podwykonawca nie może zostać zmienione w trakcie trwania postępowania ze względu na naruszenie art. 123 ustawy pzp.

Podczas postępowania prowadzonego przez jednego z naszych klientów zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wskazywało na zbyt wąski zakres podwykonawstwa w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu a tym samym nie mogło być uznane za prawidłowe. Zamawiający zastosował art. 128 ust. 1 wzywając wykonawcę do poprawienia zobowiązania, co wykonawca uczynił. Działanie zamawiającego stało się przedmiotem odwołania do KIO (odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 123 ustawy pzp)..

# Warunki udziału w postępowaniu

Kluczowe dla literalnej wykładni art. 118 i 123 ustawy pzp jest w tej sytuacji rozstrzygnięcie zakresu używanych w PZP pojęć: „zdolność” i „zasób” oraz „sposób udostępnienia wykonawcy zasobu”. Opierając się na założeniu racjonalnego ustawodawcy należy przyjąć, że używając w jednym akcie prawnym trzech różnych pojęć nie nadaje im tożsamego znaczenia. Art. 118 wskazuje precyzyjnie, że doświadczenie jakie posiada podmiot udostępniający zasoby jest jego zdolnością, zaś wykorzystanie tej zdolności odbywa się poprzez wyodrębnienie skonkretyzowanego zasobu, który zostaje przekazany i wykorzystany na etapie realizacji zamówienia (w przypadku robót budowlanych jest to ich wykonanie). Techniczny i prawny sposób transferu zasobu oznacza zaś sposób udostępnienia zasobów (np. umowa o podwykonawstwo). Do podobnych wniosków prowadzi analiza treści art. 63 dyrektywy. Zakaz ujęty w regulacji art. 123 dotyczy jedynie ZDOLNOŚCI podmiotu udostępniającego zasoby (wykładnia literalna). Przepis ten w żadnym miejscu nie powołuje się na pojęcie zasobów. Jest to rozwiązanie ze strony ustawodawcy celowe. Gdyby racjonalny ustawodawca chciał, aby zakaz ten obejmował również zasoby (w tym sposób i zakres ich transferu) – wskazałby je tym przepisem, gdyż w art. 118 używa ww. pojęć odrębnie nadając im inne zakresy znaczeniowe.

# Warunki udziału w postępowaniu

Użyte w art. 123 ustawy pzp pojęcie „zakresu zdolności” nie może być utożsamiane z pojęciem „zakresu zasobu”. Zakres zdolności w niniejszej sprawie (warunek oświadczenia) należy odnieść do regulacji art. 116 ustawy pzp wskazującej, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia (1), kwalifikacji zawodowych (2), doświadczenia (3), potencjału technicznego (4) wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeśli bowiem w art. 123 ustawodawca posługuje się pojęciem „zakresu zdolności” zaś w innym przepisie ustawy (art. 116) opisując zdolność techniczną i zawodową (będącą jednym z czterech obszarów warunków udziału w postępowaniu) wskazuje, że dzieli się na cztery grupy potencjałów to naturalnym w procesie wykładni gramatycznej jest odniesienie tego pojęcia do tych właśnie zakresów. Innymi słowy, jeśli z oferty i dokumentów złożonych wraz z ofertą wynika, że wykonawca samodzielnie wykazuje warunek potencjału kadrowego (kwalifikacje zawodowe kadry) zaś polega na zasobach podmiotu trzeciego na zdolności doświadczenia - to art. 123 pzp zabrania zmiany zakresu zdolności, a więc rozszerzenia polegania na zasobach innego podmiotu na warunek potencjału kadrowego, co do którego wykonawca pierwotnie wskazał, że spełnia go samodzielnie.



# Warunki udziału w postępowaniu

Art. 123 dopuszcza tym samym zmianę zasobu, w ramach którego dojdzie do realnego transferu zdolności, gdyż takie rozwiązanie nie przeczy ratio legis tego przepisu (nie dochodzi do zmiany sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu ani zmiany zakresu zdolności). A jeśli ustawodawca dopuszcza zmianę zasobu tym bardziej dopuszcza techniczną zmianę jaką jest zmiana sposobu jego udostępnienia poprzez rozszerzenie proponowanego zakresu podwykonawstwa.

W przedmiotowej sprawie przed upływem terminu składania ofert wykonawca powołał się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia i po upływie terminu składania ofert tego nie zmienił. Dokonana przez wykonawcę zmiana dotyczyła jedynie zakresu podwykonawstwa, a więc zasobu (technicznego sposobu transferu zasobów) a nie zdolności - co w ocenie KIO nie narusza art. 123 pzp.

# Warunki udziału w postępowaniu

W orzeczeniu z dnia 5 czerwca 2020 r. Sygn. akt BDF1.4800.9.2020 GKO uznała, że jeżeli do kierowania robotami budowlanymi wystarczające są uprawnienia z ograniczeniami (ze względu na treść przepisów o samodzielnych funkcjach w budownictwie), wymaganie dysponowania osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy i posiada uprawnienia bez ograniczeń jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

*„Przesądzenia o proporcjonalności warunku nie można jednak ograniczyć do prostego porównania jego treści do przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim ustalić jakie względy legły u podstaw nadania warunkowi określonego brzmienia. W tym zakresie skład orzekający stwierdził, że argumentacja wskazująca na specyficzny reżim technologiczny wykonania ocieplenia budynku jest gołosłowna”.*

# Ocena i badanie ofert

## **Oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

Art. 226 ust. 1 pkt 8) zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Jednocześnie art. 224 ust. 6 ustawy za ofertę zawierającą rażąco niską cenę uważa także ofertę złożoną przez wykonawcę:

- który nie udzielił wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy
- który złożył wyjaśnienia w trybie art. 224 ustawy, jednak nie uzasadniają one rażąco niskiej ceny.

W efekcie nowe przepisy zawierają jedną podstawę odrzucenia oferty, która będzie miała zastosowanie w trzech sytuacjach:

- a) stwierdzenia rażąco niskiej ceny,
- b) braku wyjaśnień wykonawcy
- c) wadliwości wyjaśnień wykonawcy (ich treść nie potwierdza realności ceny).

# Ocena i badanie ofert

Przepisy p.z.p. wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. „Wykazać” oznacza znacznie więcej a niżeli „wyjaśnić”. Nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. 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 oszacowania przedmiotu 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 nowych, szerszych niż wynikające z jego oferty informacji, mających 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**

# Ocena i badanie ofert

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**

Zamawiający ma prawo do szczegółowego wyjaśnienia ceny jednostkowej, nie może jednak postępować w sposób formalny, licząc na to, że wykonawca zrealizuje jego ukryte intencje, a nie wyraźnie przez niego wyartykułowane uzasadnione oczekiwania.

## **KIO 117/22**

# Ocena i badanie ofert

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 rozwiały 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).

# Ocena i badanie ofert

## **Oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.**

Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.

Jeżeli natomiast wykonawca określił stawkę VAT prawidłowo (tj. przyporządkował przedmiot zamówienia do odpowiedniej stawki VAT), a popełnił tylko błąd rachunkowy, polegający np. na błędnym sumowaniu prawidłowej wartości netto i stawki VAT, błąd taki nie będzie stanowił, co do zasady, błędu w obliczeniu ceny, a omyłkę rachunkową podlegającą poprawieniu przez zamawiającego.

**Omówienie wyroku SN z 20.10.2011 III CZP 52/11** Uchwała z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11

# Ocena i badanie ofert

## KIO 3404/21

Wykonawca ma obowiązek zastosować prawidłową stawkę VAT, tj. taką, jaka wynika z obowiązujących przepisów. Tym samym nie jest uprawnieniem wykonawcy dokonanie wyboru stawki VAT przy kalkulacji ceny ofertowej. W konsekwencji zastosowanie przez Odwołującego stawki VAT 23% zamiast 8% było niedopuszczalne. Odwołujący w świetle obowiązujących przepisów podatkowych obowiązany był do zastosowania do obliczenia ceny brutto stawki ośmioprocentowej, a zastosowanie stawki podstawowej stanowiło błąd w obliczeniu ceny

## KIO 497/23

Nie jest bowiem możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadto przyjmując czysto hipotetycznie, że zamawiający uprawniony byłby do poprawienia oferty odwołującego, poprzez zmianę stawek VAT do zgodnej z SWZ (z czym nie można się zgodzić), to zamawiający musiałyby wybrać ofertę niezgodną z ustawą, ofertę zawierającą nieprawidłowe stawki VAT. Z mocy prawa czynność taka byłaby nieuprawniona.



# 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 spełnienia 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.

# Klauzule Abuzywne

## **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.

# Klauzule Abuzywne

## 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).

# Klauzule Abuzywne

## 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”*.

# Klauzule Abuzywne

## Czy w umowie występują klauzule abuzywne?

Ustawa Prawo zamówień publicznych obliguje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do podawania do publicznej wiadomości (na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu zamówień publicznych) przykładowych postanowień umownych, które mogą być niezgodne z art. 433 ustawy PZP. Informacje podawane przez UZP mają być swoistym katalogiem klauzul abuzywnych których zamawiający powinni unikać (przy czym przepisy nie zobowiązują zamawiających do uwzględnienia uwag tam zawartych). W wykonaniu ustawowego obowiązku do chwili obecnej Prezes UZP opublikował 12 orzeczeń KIO stwierdzających użycie klauzul abuzywnych

Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r. sygn. akt KIO 2762/21

Wyrok KIO z dnia 18 października 2021 r. sygn. akt KIO 2809/21

Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3107/21

Wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 2864/21 KIO 2872/21

Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3233/21

Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3260/21

Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3481/22

Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2204/23

Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3121\_23

Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3212\_23

Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3247\_23

Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3509\_23 KIO 3515\_23

# Klauzule Abuzywne

- ✓ 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

# Klauzule Abuzywne

- ✓ 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

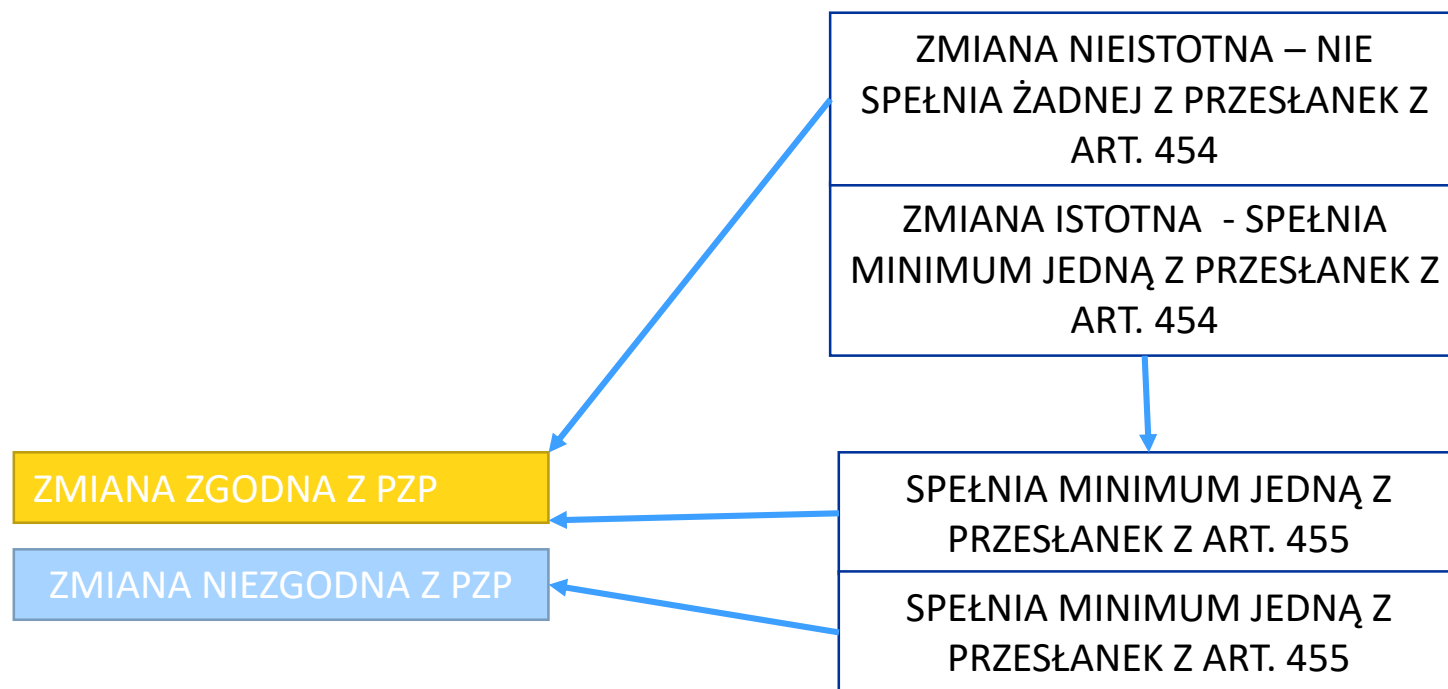
# Klauzule Abuzywne

- ✓ 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

Schemat analizy możliwości zmian umowy o zamówienie publiczne.



# Umowy

## Czy właściwie zastosowano art. 455 ust. 2 ustawy w przypadku robót zamiennych?

Dopuszczalne są 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: *konieczne 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.**

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 innych robót (dodatkowych) o takiej samej wartości, stanowi zmianę o 20 % mimo braku wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. 82

# Umowy

## Skutki ugody w świetle zakazu zmian umowy o zamówienie publiczne.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 28 maja 2021 roku (I GSK 1785/18) uznał, że ugoda pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wyniku której dochodzi do miarkowania kar umownych, nie stanowi zmiany umowy zawartej w reżimie prawa zamówień publicznych i nie jest sprzeczna z pzp.

Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, skoro kara umowna może zostać zmiarkowana wyrokiem sądu, to kwestia ta może zostać objęta również ugoda sądową. Stanowisko, zgodnie z którym miarkowanie kar umownych może być dokonane wyłącznie w postępowaniu sądowym nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa oraz w związku z przeważającym obecnie prymatem pozasądowego sposobu rozwiązywania sporów. Zwrócono uwagę, że skoro w analizowanej sprawie czynność prawna w postaci ugody sądowej ingerowała w wysokość roszczenia o zapłatę kary umownej z tytułu konkretnego przejawu nienależytego wykonania umowy, to zawarcie ugody nie stanowiło ingerencji w umowny stosunek zobowiązaniowy, a tym bardziej - w jego źródło, którym są postanowienia zawartej umowy. Taka ugoda nie wpływa bowiem na zobowiązanie mające źródło w zgodnych oświadczeniach woli (w postanowienia zawartej umowy). Jej przedmiotem jest roszczenie odszkodowawcze powstałe w wyniku opóźnienia w realizacji obowiązków umownych, które - w wyniku zastrzeżenia kary umownej - ma zryczałtowaną wysokość.



Fundusze Europejskie

**DZIĘKUJĘ ZA UWAGĘ**



Fundusze Europejskie  
dla Śląskiego



Rzeczpospolita  
Polska

Dofinansowane przez  
Unię Europejską



Województwo  
Śląskie