

**MINISTERSTWO ROZWOJU REGIONALNEGO  
DEPARTAMENT KOORDYNACJI WDRAŻANIA  
FUNDUSZY UNII EUROPEJSKIEJ**

**Problemy związane z udzielaniem zamówień publicznych w projektach  
współfinansowanych z funduszy strukturalnych  
(analiza przyczyn, propozycje rozwiązań)**

## SPIS TREŚCI:

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. PRZYCZYNA PRZYGOTOWANIA OPRACOWANIA .....</b>  | <b>3</b>  |
| <b>2. CEL POWSTANIA OPRACOWANIA .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>3. ŹRÓDŁA INFORMACJI NA POTRZEBY OPRACOWANIA .....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>4. PROBLEMY OGÓLNE.....</b>   | <b>5</b>  |
| 4.1. SKOMPLIKOWANIE SYSTEMU .....  | 5         |
| 4.2. BRAK DEFINICJI .....  | 5         |
| 4.3. CZĘSTE ZMIANY PRZEPISÓW .....   | 6         |
| 4.4. KONTROLE .....  | 7         |
| 4.5. NIESPÓJNOŚĆ ORZECZNICTWA I PROBLEMY Z INTERPRETACJĄ PRZEPISÓW .....   | 7         |
| <b>5. SZCZEGÓŁOWE KWESTIE, KTÓRE SPRAWIAJĄ NAJWIĘCEJ PROBLEMÓW PODCZAS PRZEPROWADZANIA POSTĘPOWANIA O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE.....</b>  | <b>7</b>  |
| 5.1. KRYTERIA OCENY OFERT .....  | 8         |
| 5.2. RAŻĄCO NISKA CENA .....   | 8         |
| 5.3. POLEGANIE NA ZASOBACH OSÓB TRZECICH W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.....  | 12        |
| 5.4. PODZIAŁ ZAMÓWIENIA.....   | 14        |
| 5.5. SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA .....  | 17        |
| 5.6. ZAKAZ WPROWADZANIA ISTOTNYCH ZMIAN UMOWY.....   | 18        |
| 5.7. WADIUM .....  | 20        |
| 5.8. UZUPEŁNIENIE DOKUMENTÓW .....   | 22        |
| 5.9. WPIS DO REJESTRU EWIDENCJI DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ .....  | 25        |
| 5.10. ZAMÓWIENIE UDZIELANE W CZĘŚCIACH .....   | 27        |
| 5.11. PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA PROCEDURY ZAMÓWIENIA W TRYBIE „Z WOLNEJ RĘKI” .....  | 28        |
| 5.12. ROBOTY ZAMIENNE.....   | 29        |
| 5.13. WYNAGRODZENIE RYCZAŁTOWE A ROBOTY DODATKOWE .....  | 31        |
| 5.14. TARYFIKATOR .....  | 33        |
| 5.15. UMOWY RAMOWE .....   | 35        |
| 5.16. STAWKA PODATKU VAT .....   | 37        |
| 5.17. KONIECZNOŚĆ WSTRZYMANIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO DO MOMENTU PODPISANIA UMOWY O DOFINANSOWANIE.....   | 39        |
| <b>6. POSTULOWANE ZMIANY W PRZEPISACH – STANOWISKO UZP DO MOŻLIWOŚCI WPROWADZENIA ZMIAN .....</b>  | <b>40</b> |
| 6.1. DIALOG TECHNICZNY .....   | 40        |
| 6.2. PODZIAŁ NA ETAPY POSTĘPOWANIA W TRYBIE DIALOGU KONKURENCYJNEGO .....  | 40        |
| 6.3. KWOTA PROGOWA .....   | 41        |
| 6.4. PODWYKONAWSTWO .....  | 42        |
| 6.5. TERMIN UZUPEŁNIANIA DOKUMENTÓW .....  | 42        |
| 6.6. ZAOSTRZENIE PRZEPISÓW UMOŻLIWIĄJĄCYCH ELIMINACJĘ NIEUCZCIWYCH WYKONAWCÓW .....  | 43        |
| 6.7. POTWIERDZENIE WYMOGÓW JAKOŚCIOWYCH.....   | 44        |
| <b>7. PROPONOWANE DZIAŁANIA W CELU ROZWIĄZANIA WYSTĘPUJĄCYCH PROBLEMÓW I UNIKNIĘCIA ICH W PRZYSZŁOŚCI. ....</b>  | <b>44</b> |
| 7.1. INWESTOWANIE W KADRY, KTÓRE ODPOWIADAJĄ ZA ZAMÓWIENIA W INSTYTUCJI, PRZYCZYNĄ PROBLEMÓW JEST CZĘSTO BRAK WIEDZY, ITP. (SZKOLENIA, STUDIA, SYSTEMY MOTYWACYJNE, ITP.)..... | 44        |
| 7.2. WIĘKSZA STARANNOŚĆ PRZYGOTOWANIA PROCEDURY UDZIELANIA ZAMÓWIENIA I JEJ PRZEPROWADZANIA.....   | 45        |
| 7.3. PROBLEM NIESPÓJNOŚCI ORZECZNICTWA KIO I INNYCH ORGANÓW. ....  | 45        |
| 7.4. ANALIZA I EWENTUALNA ZMIANA PROCEDUR WEWNĘTRZNYCH INSTYTUCJI W ZAKRESIE UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ .....   | 46        |
| <b>8. PODSUMOWANIE .....</b>   | <b>47</b> |

W związku z przyjętą przez Komitet Monitorujący PO KL rekomendacją o charakterze horyzontalnym, która zobowiązała IK NSRO do przeprowadzenia analizy zagadnień związanych procedurami udzielania zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych, po zebraniu z instytucji poszczególnych stopni zarządzania informacji o podstawowych problemach zarówno o charakterze ogólnym jak i specyficznych dla poszczególnych instytucji, poniżej przedstawiono analizę przekazanych zagadnień.

## 1. Przyczyna przygotowania opracowania

Podstawą dla przygotowania niniejszego opracowania był wynik badania mającego na celu ocenę sposobu zarządzania i wdrażania Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (POKL), które uwzględniało stan realizacji Programu w 2009 r. Jedną z rekomendacji sformułowanych w treści ww. badania nałożyła na IZ PO KL obowiązek przeprowadzenia kompleksowej **analizy problemu wydłużających się procedur przetargowych**, określenie ich głównych przyczyn i przedstawienie na tej podstawie wniosków dotyczących niezbędnych zmian w prawie zamówień publicznych i/lub w sposobie przeprowadzania przetargów w instytucjach wdrażających PO KL. Komitet Monitorujący PO KL uznał, że problem długotrwałości procedur udzielania zamówień publicznych ma charakter horyzontalny i w związku z tym przyjął rekomendację wskazującą na potrzebę „przeprowadzenia analizy, wspólnego omówienia i sformułowania wniosków z różnymi IZ oraz podjęcia niezbędnych działań – zgodnie z przyjętymi wnioskami”, która skierowana została do IK NSRO.

Niewątpliwie należy zgodzić się z zawartym we wspomnianym wyniku badania stwierdzeniem. Jednak, jak słusznie zauważyli jego autorzy wskazując na potrzebę podania głównych przyczyn opóźniających się procedur przetargowych, stan ten jest jedynie skutkiem spotykanych powszechnie problemów w zakresie stosowania przepisów prawa zamówień publicznych przez beneficjentów programów operacyjnych. O tym, jak poważne są to problemy, najlepiej świadczą statystyki dotyczące nieprawidłowości stwierdzanych w ramach realizowanych z wykorzystaniem funduszy strukturalnych projektów. Nieprawidłowości będące konsekwencją błędów popełnianych przez beneficjentów w trakcie realizowanych przez nich procedur udzielania zamówień publicznych są niezmiennie najliczniejszą kategorią nieprawidłowości. Jak wskazują statystyki, w perspektywie finansowej 2004-2006 stanowiły ok. 28% wszystkich nieprawidłowości zgłoszonych do Komisji Europejskiej, natomiast w perspektywie finansowej 2007-2013 stanowią 34%<sup>1</sup>.

Jedną z przyczyn powyższego stanu rzeczy jest znaczne skomplikowanie przepisów regulujących dziedzinę zamówień publicznych, wśród których wymienić należy przede wszystkim *ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*<sup>2</sup> (na gruncie krajowym), oraz *Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji*

---

<sup>1</sup>Źródło: Analiza Ministerstwa Finansów pt. Nieprawidłowości w wykorzystaniu funduszy strukturalnych w ramach perspektywy finansowej 2007-2013 zgłoszone do Komisji Europejskiej za okres 1 stycznia 2009 r. - 30 czerwca 2010 r. Dane wyłącznie do użytku służbowego.

<sup>2</sup> Tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 ze zm., dalej PZP

*procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi*<sup>3</sup> (tzw. dyrektywę klasyczną) i *Dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*<sup>4</sup> (tzw. dyrektywę sektorową).

Niniejsza analiza została opracowana w oparciu o informacje przekazane do IK NSRO przez Instytucje Zarządzające poszczególnymi programami operacyjnymi. Informacje te zawierają wybrane opinie i spostrzeżenia instytucji zaangażowanych we wdrażanie i kontrolę programów operacyjnych na temat obowiązujących w dziedzinie prawa zamówień publicznych rozwiązań. Wskazują one również główne, zdaniem wspomnianych instytucji, problemy, które wpływają na tak negatywny obraz zamówień publicznych. Autorzy dokumentu uporządkowali otrzymane informacje, dzieląc je w istocie na 3 kategorie – **problemy ogólne**, tj. skomplikowanie systemu zamówień publicznych, niespójność orzecznictwa, częste zmiany przepisów, brak części definicji oraz wielość kontroli i problemy interpretacyjne; **szczegółowe kwestie**, które sprawiają najwięcej problemów, a do których przyporządkowali poszczególne, zgłaszane przez instytucje, problemy oraz **kwestie**, które jednocześnie zawierają **postulat zmiany przepisów** w danym zakresie. W przypadkach, w których było to możliwe, podjęto również próbę wyjaśnienia zgłaszanych wątpliwości. W tym celu wykorzystano dostępną literaturę, a także orzeczenia organów właściwych w zakresie wydawania opinii i orzeczeń w dziedzinie prawa zamówień publicznych.

Przekazane przez instytucje i zaprezentowane w dalszej części dokumentu informacje oraz opisy napotkanych problemów składają się na swego rodzaju dwuwymiarowy obraz sytuacji w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych, prowadzonych w ramach projektów współfinansowanych w ramach programów operacyjnych. Z jednej strony, zgodnie z założeniami autorów niniejszego dokumentu, wskazują one podstawowe kwestie problemowe z punktu widzenia beneficjentów, które wydają się generować największą ilość błędów i nieprawidłowości. Z drugiej natomiast, co nie mniej istotne, dają one obraz wiedzy, kompetencji oraz świadomości obowiązujących przepisów wśród osób realizujących procedury udzielania zamówień publicznych w ramach projektów.

Analiza przekazanych do IK NSRO informacji wydaje się ponadto wskazywać, że wiele problemów związanych ze stosowaniem przepisów PZP sprowadza się do czynnika ludzkiego, który rozumieć należy jako brak wykwalifikowanej kadry, niewystarczającą znajomość obowiązujących przepisów, czy zaniedbania po stronie instytucji przeprowadzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz potencjalnych wykonawców.

## 2. Cel powstania opracowania

Celem niniejszego opracowania jest, na ile to możliwe, pewne uporządkowanie wiedzy na temat problemów instytucji zajmujących się wdrażaniem funduszy europejskich związanych z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Opracowanie jest próbą identyfikacji tych problemów i wyjaśnienia najbardziej newralgicznych kwestii, które powodują przedłużanie się

<sup>3</sup> Dz. U. L 134, 30/04/2004 P. 0114 – 0240 ze zm., tekst skonsolidowany dostępny w języku polskim na stronie [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

<sup>4</sup> Dz. U. L 134, 30/04/2004 P. 0001 – 0113 ze zm., tekst dostępny w języku polskim na stronie [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

postępowań. Celem jest również próba sformułowania rekomendacji/zaleceń, które mogą posłużyć usprawnieniu systemu zamówień publicznych.

### **3. Źródła informacji na potrzeby opracowania**

IK NSRO zwróciła się z prośbą do wszystkich Instytucji Zarządzających Programami Operacyjnymi o przekazanie szczegółowych informacji nt. występujących problemów. Odpowiedzi udzieliło 22 Instytucje Zarządzające. Ponadto, za pośrednictwem IZ POKL oraz IZ POiŚ, wpłynęły również uwagi poszczególnych instytucji z niższych poziomów zarządzania – IP/IPII.

IK NSRO dokonała analizy przekazanego materiału, skatalogowała wybrane problemy i ich przyczyny. Dokonany został również przegląd literatury i orzecznictwa w zakresach wskazywanych jako problematyczne. W zakresie postulowanych zmian legislacyjnych konsultowano się z Urzędem Zamówień Publicznych<sup>5</sup>. Efekty powyższych działań zostały zawarte w niniejszym opracowaniu.

### **4. Problemy ogólne**

Do kategorii problemów o charakterze ogólnym zaliczono uwagi dotyczące funkcjonowania samego systemu zamówień publicznych, które Instytucje podnosiły jako utrudniające przeprowadzanie postępowań o zamówienie publiczne i generujące gros błędów:

#### **4.1. Skomplikowanie systemu**

Beneficjenci wskazują na duże skomplikowanie systemu zamówień publicznych, zbyt zawiłe procedury, wielość dokumentów niezbędnych do zgodnego z przepisami przeprowadzenia postępowania. Problemem w tym przypadku wydaje się być nie tyle sama ustawa PZP, której kolejne nowelizacje zmiernają w kierunku uproszczenia procedur i zmniejszenia liczby wymaganych dokumentów, ile wewnętrzne przepisy w ramach Instytucji, luki w procedurach, wymóg tworzenia dodatkowych dokumentów, brak współpracy, niedostateczna informacja i pomoc przy prowadzonych przetargach oraz niesprawnie zorganizowana obsługa prawna lub jej brak.

#### **4.2. Brak definicji**

Instytucje wskazują na istotny z ich punktu widzenia problem, który w znacznym stopniu utrudnia poprawną realizację procedur udzielania zamówień publicznych, tzn. na brak zdefiniowania w PZP części pojęć, które w praktyce stwarzają duże wątpliwości interpretacyjne.

Odnosząc się do powyższego spostrzeżenia należy jednak stwierdzić, że większość pojęć, które instytucje wskazują jako przykłady potwierdzające teorię mówiącą o braku definicji, została w wystarczającym stopniu dookreślona w praktyce orzeczniczej i sformułowane w ten sposób definicje nie są ze sobą sprzeczne. Istnieje gros wyroków Krajowej Izby Odwoławczej<sup>6</sup>, Sądów Okręgowych czy też opinii UZP precyzujących, co należy rozumieć pod pojęciami np. : rażąco niskiej ceny, oferty

---

<sup>5</sup> dalej: UZP

<sup>6</sup> dalej: KIO

równoważnej, różnicy między błędem w obliczeniu ceny, który skutkuje odrzuceniem oferty, a oczywistą omyłką rachunkową czy też usług lub dostaw powtarzających się okresowo.

Powyższy problem jest, jak się zdaje, przejawem tendencji do uściślenia każdej dostrzeżonej niejasności w PZP przez jej nowelizację, dającego złudne poczucie, że wprowadzenie zamkniętej definicji rozwiąże wszystkie problemy interpretacyjne. Jednak należy pamiętać, że nie sposób w ustawie ustalić wszystkich możliwych sytuacji, które można by określić jako np. omyłkę rachunkową. Ponadto podkreślenia wymaga, że klauzule generalne pozwalają na bardziej elastyczne stosowanie prawa, umożliwiając zastosowanie pewnego stopnia dowolności w wykładni przepisów.

Trzeba również mieć świadomość, że wprowadzenie nawet najbardziej racjonalnego przepisu zawierającego definicję, nie ustrzeże osób stosujących ten przepis od popełniania błędów, będących np. wynikiem prób „twórczego”, czyli nietypowego i niedopuszczalnego z punktu widzenia przepisów ich wykorzystania. A jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie z powszechnie panującymi opiniami, to właśnie częste zmiany w prawie powodują największe trudności interpretacyjne. Część problemów, których przyczyną - jak zgłaszały instytucje - jest brak w PZP definicji, została w dalszej części niniejszego dokumentu dookreślona i, w miarę możliwości, wyjaśniona.

Jak wskazuje UZP, niektóre pojęcia nie mają swoich definicji w PZP ze względu na fakt, że są pojęciami z zakresu innych dziedzin prawa i z uwagi na zastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych niemal we wszystkich obszarach działalności rynkowej nie jest możliwe i celowe wprowadzenie do PZP definicji wszystkich pojęć, które mogą wystąpić w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a które są właściwe dla innych dziedzin prawa<sup>7</sup>.

#### **4.3. Częste zmiany przepisów**

Instytucje, dosyć niekonsekwentnie, wskazywały z jednej strony jako podstawowy problem wciąż zmieniające się przepisy, z drugiej postulując potrzebę kolejnych zmian. Niemniej, problem częstej zmiany przepisów dotyczy nie tylko prawa zamówień publicznych, ale stanowi bolączkę dotyczącą całego systemu prawa w Polsce. W efekcie adresaci norm prawnych stale zaskakiwani są nowymi rozwiązaniami, tracą poczucie pewności prawa, a znajomość przepisów staje się przywilejem specjalistów. Problem ten, w większości wypadków, nie wynika z przepisów dotyczących stanowienia samego prawa, ale z praktyki organów prawotwórczych. Zmiany przepisów wprowadzane są niejednokrotnie w pośpiechu, mają za zadanie jedynie prowizoryczne usunięcie luk w prawie, albo chwilowe zastąpienie norm ewidentnie błędnych etc. Nie wspominając o niewłaściwym formułowaniu przepisów z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej. Rozwiązaniem byłoby wprowadzanie w przepisach tylko zmian dogłębnie przemyślanych, niebudzących (w miarę możliwości) wątpliwości, konsultowanych z ekspertami w danej dziedzinie oraz podmiotami mającymi stosować dane prawo etc. Obecnie jest prowadzona dyskusja na temat problemów i konieczności niezbędnych zmian w systemie tworzenia prawa w Polsce w ramach Forum Debaty Publicznej „Sprawne i służebne państwo”. Trudno jednak określić czy prace te będą prowadziły kierunku wprowadzenia praktycznych rozwiązań, mogących usprawnić przebieg procesu legislacyjnego.

---

<sup>7</sup> UZP/DP/O-EZG/34082/4309/12

#### **4.4. Kontrole**

Instytucje wskazują na problem kontroli przeprowadzanych u beneficjentów w zakresie zamówień publicznych. Kontrole te są bardzo często dokonywane w tym samym czasie, różne instytucje kontrolne dochodzą do odmiennych wniosków, wykazując uchybienia, których wcześniejsze kontrole nie stwierdziły albo nie potwierdzając zarzutów wcześniejszych kontroli. Obsługa kontroli wymaga od zamawiających zaangażowania zasobów ludzkich, co z kolei utrudnia normalne funkcjonowanie jednostek. Instytucje nie podważają konieczności przeprowadzania kontroli, wskazują jednak często niekompetencję osób kontrolujących czy powielanie przeprowadzanych czynności. Sprzeczne podejście różnych instytucji kontrolujących nie sprzyja dodatkowemu zadaniu kontroli jakim jest wymiar edukacyjny.

Niemniej należy podkreślić, że zamówienia publiczne stanowią newralgiczny punkt procesu realizacji projektów współfinansowanych z funduszy europejskich i, mimo upływu lat, nadal generują największy odsetek nieprawidłowości zgłaszanych Komisji Europejskiej, mających bardzo konkretny wymiar finansowy. Tym samym będą nadal najczęstszym przedmiotem zainteresowania służb kontrolnych, zarówno krajowych jak i unijnych.

#### **4.5. Niespójność orzecznictwa i problemy z interpretacją przepisów**

W opinii instytucji, które przekazały uwagi nt. systemu zamówień publicznych do IK NSRO, jedną z największych wad tego systemu jest niespójność orzecznictwa KIO. Problem z wypracowaniem jednolitej linii orzeczniczej powoduje, zarówno wśród zamawiających, wykonawców jak i instytucji kontrolnych, bardzo duże rozbieżności interpretacyjne. Podkreślenia wymaga fakt, że orzecznictwo często jest niespójne również z interpretacjami UZP, czy wyrokami sądów.

Problemy związane z jednolitą interpretacją przepisów nie dotyczą jedynie wspomnianego już orzecznictwa, ale dotyczą również dokumentów takich jak wytyczne dla beneficjentów poszczególnych programów operacyjnych oraz wytyczne systemowe. Instytucje wskazują również, że wydawane wewnątrz poszczególnych urzędów regulaminy zamówień publicznych niejednokrotnie wprowadzają rozwiązania przedłużające postępowanie i wymagają większej ilości dokumentów, niż wynika to z zapisów PZP.

### **5. Szczegółowe kwestie, które sprawiają najwięcej problemów podczas przeprowadzania postępowania o zamówienie publiczne**

Instytucje zgłosiły szereg problemów dotyczących poszczególnych kwestii zawartych w prawie zamówień publicznych. Są to problemy zarówno interpretacyjne, jak i dotyczące umiejętności stosowania poszczególnych przepisów. Część z nich wynika z problemów wskazanych powyżej – tzn. niejednolitej interpretacji przepisów i niespójności orzecznictwa. Problemy te oraz próby ich rozwiązania przedstawiono poniżej.

## 5.1. Kryteria oceny ofert

**Art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.**

Jak wynika z praktyki, powszechnie stosowanym, a najczęściej jedynym kryterium oceny oferty stosowanym przez zamawiającego, jest kryterium ceny. Jedną z przyczyn takiej sytuacji jest nieumiejętność stosowania w postępowaniu jakościowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie wiedzą bowiem, jak należy skonstruować kryteria, aby faktycznie gwarantowały one wysoką jakość oferowanych towarów, usług czy też robót, przy korzystnej cenie. Brak jest również umiejętności przypisania odpowiednich wag do poszczególnych kryteriów oceny oferty. Dodatkowo, jak wskazują instytucje, stosowanie innych kryteriów niż cena bywa kwestionowane podczas kontroli. Obawa, że zastosowanie często niemierzalnych kryteriów oceny spowoduje falę odwołań i, tym samym, znacznie przedłuży procedurę wyłonienia wykonawcy powoduje, że nie licząc się ryzykiem uzyskania w wyniku przeprowadzenia postępowania oferty najtańszej, ale w ogólnym rozliczeniu nie najkorzystniejszej, zamawiający ograniczają się do stosowania jednego kryterium – kryterium ceny. Należy w tym miejscu podkreślić, iż informacje przekazane przez instytucje wydają się wskazywać, że nieumiejętność stosowania innych niż cena kryteriów wynika z braku wykwalifikowanej kadry. Problem ten dotyczy zarówno urzędów administracji publicznej, jak i pozostałych beneficjentów podlegających przepisom PZP.

Dokumentem mogącym w dużym stopniu ułatwić beneficjentom wykorzystywanie kryteriów jakościowych, jest przygotowane przez UZP opracowanie pt. *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego*. Celem opracowania jest przekazanie zamawiającym niezbędnej wiedzy i zapoznanie ich z praktycznymi przykładami formułowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający ich zgodność z PZP, a w konsekwencji przełamanie obaw zamawiających przed ich stosowaniem.

## 5.2. Rażąco niska cena

**Art. 90. 1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.**

**2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.**



**3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.**

Większość instytucji zwraca uwagę na konieczność doprecyzowania przepisów mówiących o „rażąco niskiej cenie”. Obowiązujące przepisy nie stanowią wg nich wystarczającego zabezpieczenia przed praktykami wykonawców, polegającymi na przedstawianiu ofert o bardzo niskich cenach, których firmy po uzyskaniu zamówienia nie są w stanie świadczyć w oczekiwanym standardzie lub też w rzeczywistości nie są w stanie wykonać kontraktu. Ponadto, część kontraktów realizowanych jest w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, co zdaniem instytucji powoduje trudności po stronie zamawiającego w ocenie, czy zaoferowana cena była ceną rażąco niską. Potwierdzeniem problemów interpretacyjnych w omawianym zakresie są niejednolite wyroki KIO. PZP zawiera wprawdzie przepisy nakazujące odrzucenie oferty przez zamawiającego, jeżeli zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak w praktyce powyższe regulacje wywołują wątpliwości. Instytucje wskazują, że spowodowane jest to tym, iż znaczenia terminu rażąco niskiej ceny nie definiują ani przepisy prawne z zakresu zamówień publicznych, ani też regulacje wspólnotowe. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości<sup>8</sup> również nie ma definicji rażąco niskiej ceny.

Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, iż przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę<sup>9</sup>. Rażąco niska cena to cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych, nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego oraz racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców<sup>10</sup>. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Obowiązek odrzucenia takiej oferty jest więc spowodowany z jednej strony obawą o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś – brakiem zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję. Cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia<sup>11</sup>.

Art. 90 ust. 1 pkt 3. stanowiący, że „*zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*”, przerzuca obecnie w pewnym stopniu konieczność udowodnienia, że cena nie jest ceną rażąco niską, na oferenta. Zamawiający ocenia przedstawione dowody i, jeśli potwierdzają wcześniejsze ustalenia, ofertę odrzuca. Na zamawiającym jednak ciąży obowiązek obiektywnej oceny przedstawionych wyjaśnień.

Jak wynika z Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09, „*wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich*

---

<sup>8</sup> dalej: ETS

<sup>9</sup> Wyrok KIO/UZP 1492/08

<sup>10</sup> Orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z 06.09.2002 r. sygn. akt V Ca 1020/02

<sup>11</sup> Wyroki: KIO/UZP 68/07, KIO/UZP 109/09, KIO/UZP 131/09, KIO/UZP 1511/08

potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską”. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający nie jest zobowiązany do szukania dowodów świadczących o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast dokonanie obiektywnej i rzetelnej oceny wyjaśnień. Z ust. 3 wynika wyraźnie, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli dokonana ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę, powinien zatem dokonać negacji twierdzeń wykonawcy, wykazując, iż wymienione przez wykonawcę czynniki cenotwórcze obiektywnie nie wpływają na poziom ceny oferty lub nie mogą obiektywnie zredukować go w stopniu przyjętym w kalkulacji. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny<sup>12</sup>. Argumenty muszą być **precyzyjne i wyczerpujące**, a więc nie ma możliwości domagania się wyjaśnienia wcześniejszych wyjaśnień - raz złożone wyjaśnienia są już podstawą do np. odrzucenia oferty. Zgodnie z treścią normy prawnej interpretowanej z przepisu ust. 2 cytowanego wcześniej artykułu PZP, zamawiający dokonując oceny wyjaśnień, czy przedstawiona przez wykonawcę w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a nie do cen przedstawionych w ofertach przez pozostałych wykonawców, bierze pod uwagę w szczególności następujące czynniki:

- oszczędność metody wykonania zamówienia;
- wybrane rozwiązania techniczne;
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy;
- oryginalność projektu wykonawcy;
- wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Czyli wszystko, co może stanowić podstawę stwierdzenia, że cena przedstawiona przez oferenta jest ceną, za którą możliwe jest właściwe wykonanie zamówienia.

Taka konstrukcja powoduje z jednej strony odpowiedzialność wykonawcy za sporządzoną wycenę i konieczność „wytlumaczenia się” z niej, z drugiej zaś czyni zamawiającego odpowiedzialnym za obiektywną ocenę złożonych wyjaśnień, a więc i za ewentualny wybór oferty z rażąco niską ceną. Żadna z instytucji nie wskazała w jaki sposób, oprócz dopuszczalnych ustawowo, można by było ograniczyć czy wykluczyć możliwość składania przez potencjalnych wykonawców ofert z rażąco niską ceną. Obecnie takich rozwiązań nie ma – wprowadzenie obligatoryjnego odrzucenia oferty z rażąco niską ceną bez obiektywnej oceny wyjaśnień składanych przez oferenta, czy uniemożliwienie mu złożenia takich wyjaśnień ograniczało by zasadę uczciwej konkurencji. Stoi to również w sprzeczności z prawem unijnym. ETS w wyroku z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, **Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano** stwierdził, że niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej

---

<sup>12</sup> Sąd Okręgowy w Warszawie z 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06)

pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Również automatyczne odrzucanie oferty z najniższą ceną nie wyklucza możliwości zmowy potencjalnych wykonawców.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom zamawiających Urząd Zamówień Publicznych dostrzegł potrzebę i możliwość dokonania zmian w PZP, które mogłyby ułatwić korzystanie z instrumentów pozwalających uzyskać zamówienie wyższej jakości oraz wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia<sup>13</sup>. UZP stoi na stanowisku, że obecnie istniejące przepisy dotyczące wyjaśniania i odrzucania ofert dotkniętych wadą rażąco niskiej ceny wymagają doprecyzowania. I tak proponuje się, aby zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnień dotyczących **szczegółowego sposobu obliczenia ceny** w odniesieniu do całości świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, albo w odniesieniu do świadczeń częściowych, jeżeli cena zawarta w ofercie wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeśli cena zawarta w ofercie będzie niższa o więcej niż 50% od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert lub cena będzie więcej niż 20% niższa niż cena zawarta w ofercie, która została sklasyfikowana jako druga w kolejności (biorąc pod uwagę kryterium ceny), zamawiający miałby obowiązek zwrócić się do wykonawcy z żądaniem przedstawienia wyjaśnień.

UZP proponuje również doprecyzowanie kwestii wyznaczenia rozsądnego terminu na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę, biorąc pod uwagę czas niezbędny na ich przygotowanie. Wskazane jest także umożliwienie zamawiającemu żądania od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień oraz przeprowadzenia z nim konsultacji.

Na podstawie złożonych wyjaśnień lub w toku konsultacji z wykonawcą, zamawiający będzie oceniał, czy poziom ceny jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę w szczególności: oszczędność procesu produkcyjnego, sposób świadczenia usług lub metody budowania, techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia, oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych proponowanych przez wykonawcę, zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, czy też możliwość uzyskania przez wykonawcę pomocy publicznej.

Zgodnie z propozycjami UZP ciężar udowodnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę, powinien zostać przerzucony z zamawiającego na wykonawcę. Proponuje się więc przeformułowanie przesłanki odrzucenia oferty, przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, poprzez wskazanie, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90, albo jeżeli wyjaśnienia i konsultacje, o których mowa w tym przepisie, nie uzasadniają w sposób wystarczający niskiego poziomu zaproponowanej przez wykonawcę ceny w stosunku do dostawy, usługi czy roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia.

---

<sup>13</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Propozycje zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych*, Grudzień 2011 r. str. 17

### 5.3. Poleganie na zasobach osób trzecich w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

**Art. 26 ust. 2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.**

Zgodnie z opinią UZP<sup>14</sup>, wykonawca, w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia, może polegać na zasobach podmiotów trzecich. Korzystając z tego uprawnienia, jest on zobowiązany do udowodnienia zamawiającemu, że przy realizacji zamówienia będzie tymi zasobami dysponował. W konsekwencji wykonawca, który wykaże swoje prawo do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, po uzyskaniu zamówienia ma prawo do przedstawienia w tym zakresie - w miejsce dokumentów odnoszących się do wykonawcy - dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, np. wykazu pracowników i sprzętu tego podmiotu, referencji, itp. zgodnie z wymaganiami odnośnie dokumentów stawianymi przez zamawiającego.

A zatem w sytuacji, gdy wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, bez powoływania się na zasoby innych podmiotów, fakt realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy nie powoduje konieczności przedkładania przez wykonawcę żadnych dokumentów dotyczących podwykonawcy.

Natomiast, jeżeli zgodnie § 1 ust. 2 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*<sup>15</sup>, wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 *ww. rozporządzenia*, tj.:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;
- 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru (likwidacja i upadłość);
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego;
- 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS;
- 5) aktualnej informacji z KRK.

Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 PZP, do których odsyła § 2 ust. 1 przywołanego wcześniej *rozporządzenia* i tylko pod

---

<sup>14</sup> Informator UZP nr 10/2010

<sup>15</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817

warunkiem, że wykonawca, przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych, powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do wykonawców, poprzez wskazanie dokumentów analogicznych do tych, których żąda bezpośrednio od wykonawców, w zakresie określonych *rozporządzeniem*.

Jak zostało wskazane wyżej, w sytuacji, gdy wykonawca celem wykazania zdolności do realizacji zamówienia powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, PZP w art. 26 ust. 2b wymaga, by wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie on dysponował tymi zasobami w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia zasobów.

Nieżłożenie przez wykonawcę w sytuacji wyżej określonej właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie:

- wiedzy i doświadczenia, czyli ma dostęp do *know-how*, patentów, licencji itp. oraz może przedstawić wymagane doświadczenie innego podmiotu;
- potencjału technicznego – dysponuje narzędziami, wyposażeniem zakładu lub urządzeniami technicznymi, które są w posiadaniu innych podmiotów;
- osób zdolnych do wykonania zamówienia – w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot (najczęściej pracownicy zatrudnieni u przedsiębiorcy innego niż wykonawca);
- zdolności finansowych – przedstawia środki na rachunku bankowym lub zdolność kredytową innego podmiotu.

Nie jest więc dopuszczalne wykazanie się przez wykonawcę dysponowaniem zasobami w zakresie zdolności ekonomicznej oraz uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Poleganie przez wykonawcę na zasobach innego podmiotu to dysponowanie w chwili składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zasobami innych podmiotów, albo sytuacja, w której wykonawca będzie w przyszłości dysponował takimi zasobami, przy czym na dzień składania wniosku lub ofert istnieje odpowiednie zobowiązanie innego podmiotu względem wykonawcy.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, System Informacji Prawnej Lex, Wolters Kluwer Polska.

Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Przepisy PZP nie przesądzają, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w zamówieniu. Wykonawca pomimo tego, że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystywania tego potencjału na etapie realizacji umowy. Natomiast nie zmienia to faktu, że wykonawca ma obowiązek spełnienia wszelkich zobowiązań wynikających z umowy. Kwestia dysponowania w danym momencie potencjałem pochodzącym od osób trzecich daje jedynie podstawę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wobec czego kwestia udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia sprowadza się do tego, na jakiego rodzaju potencjał wykonawca się powołuje oraz zależy od specyfiki danego zamówienia. Każdorazowo należy uwzględnić charakter i specyfikę udostępnianego potencjału i okoliczność, czy jest możliwe jego przeniesienie czy udostępnienie bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia.

Zdaniem UZP potencjału ekonomicznego nie da się udostępnić: „Jeżeli chodzi o potencjał ekonomiczny, wykonawca nie może się opierać na potencjale podmiotów trzecich w zakresie w jakim wymagania te ze względu na bezpieczeństwo realizacji inwestycji przypisane są wykonawcy. Przykładowo powszechnie stosowane w praktyce wymagania ekonomiczne takie jak posiadanie odpowiedniej płynności bieżącej czy też posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy”<sup>17</sup>

#### **5.4. Podział zamówienia**

**Art. 32 ust. 2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżyć jego wartości.**

Instytucje wskazują jako budzącą wątpliwości kwestię interpretacji przepisu zakazującego **podziału zamówień w celu uniknięcia stosowania przepisów PZP**. Uważają, że stosowanie art. 32 ust. 2 PZP w jednostkach, gdzie oprócz zadań budżetowych realizowane są podobne rodzajowo zadania w ramach kilkunastu projektów unijnych o różnych okresach trwania (np. dotyczące promocji, druku, ogłoszeń w prasie, wizyt studyjnych, itp.) oraz wprowadzane są nowe projekty w trakcie danego roku budżetowego, prowadzi do paraliżu działania jednostki. Zamówienia o niewielkich wartościach realizowane są bowiem zgodnie z przepisami wynikającymi z sumy wszystkich zamówień podobnego rodzaju, zaplanowanych do udzielenia przez zamawiającego. Podkreślają, że opinia zamieszczona na stronie UZP<sup>18</sup> odnosi się do przypadku łączenia zamówień budżetowych z jednym projektem i wskazuje, kiedy zamówienia mogą być uznane za następujące po sobie i odrębne. Jednak udowodnienie instytucjom kontrolującym, że dokonany podział nie miał na celu ominięcia obowiązku stosowania przepisów PZP, lecz wynikał z przyczyn obiektywnych, wskazanych w ww. opinii prawnej, staje się w praktyce niemożliwe. Takie podejście zmusza zamawiających do agregacji zamówień

<sup>17</sup> Opinia UZP w sprawie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

<sup>18</sup> Opinia UZP : Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej.

i w efekcie prowadzenia postępowań o niewielkich wartościach w pełnych procedurach (powyżej progów unijnych). Powyższy problem ma znaczący wpływ na przedłużanie czasu trwania postępowań. W opinii beneficjentów, w większości wypadków podział jest niezbędny ze względu m.in. na nieprzewidywalność potrzeb szkoleniowych oraz specyfikę realizowanych projektów, a także z powodu szerokiego wachlarza realizowanych szkoleń, niemożliwych do przeprowadzenia w całości przez żadnego z wykonawców.

Zgodnie ze wspomnianą powyżej opinią UZP, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, które musi zostać ustalone z należytą starannością. Nie można zapominać, że analiza ta powinna być wykonana dla każdego zamówienia, a podmioty publiczne, w tym jednostki samorządu terytorialnego, muszą obligatoryjnie wziąć pod uwagę kryterium:

- tożsamości przedmiotowej zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu);
- tożsamości czasowej zamówienia (możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie);
- możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Należy pamiętać, że jeżeli dane zamówienie nie jest możliwe do zrealizowania przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z odrębnym postępowaniem. Przykładowo, gdy w ramach realizacji projektu zakupiona ma być droga i specjalistyczna aparatura medyczna oraz dostępny u wielu wykonawców sprzęt biurowy, a wykonawca oferujący ten sprzęt nie jest w stanie złożyć również oferty na aparaturę medyczną, mamy do czynienia z zamówieniem odrębnym, które nie będzie łączyło się z zamówieniem na zwykły sprzęt biurowy.

Podział nie jest możliwy gdy zamówienie może wykonać jeden wykonawca.

Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami, konieczna jest analiza okoliczności związanych z konkretnym przypadkiem. W tym celu należy się posługiwać wskazanymi wcześniej kryteriami tożsamości przedmiotowej i tożsamości czasowej zamówienia oraz możliwością wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia może być wykonany w tym samym czasie przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Jeżeli zamówienia nie mogą zostać wykonane przez tego samego wykonawcę, nawet gdy należą do tej samej grupy kodów CPV, przyjmuje się, że są zamówieniami odrębnymi. Przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich

szacunkowa wartość powinna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji projektu.

W odniesieniu do zamówień realizowanych w ramach projektu, podstawą uznania, iż mamy do czynienia z samodzielnymi zamówieniami, jest przyjęty okres realizacji projektu, który nakazuje traktować usługi, dostawy lub roboty budowlane, które mają być wykonane w ramach projektu, jako jedno zamówienie. Warunkiem kwalifikacji jest możliwość oszacowania usług, dostaw lub robót budowlanych, które mają być wykonane i sfinansowane w ramach projektu dla całego okresu jego realizacji. Nie znajdzie bowiem w tym przypadku zastosowania zasada sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Wynika to nie z przepisów PZP a *Ustawy o finansach publicznych*<sup>19</sup>.

W pierwszej kolejności przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach przedmiotowego projektu współfinansowanego ze środków UE, konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu. Jeżeli ze względów organizacyjnych zamówienia te będą udzielane w częściach w ramach odrębnych postępowań, do ustalenia wartości poszczególnych części stosować się będzie art. 32 ust. 4 PZP. Nie jest zatem możliwe podzielenie takiego zamówienia na części i oszacowanie ich wartości odrębnie dla każdej z części.

Sam fakt realizacji projektu w pewnym okresie ze wskazaniem źródła jego finansowania nie powoduje, że zamówienia udzielane w ramach tego projektu mogą być oszacowane dla całego okresu jego realizacji. Z charakteru przedmiotu zamówienia może bowiem wynikać, iż na etapie rozpoczęcia projektu nie będzie możliwe oszacowanie usług, dostaw lub robót budowlanych niezbędnych do realizacji projektu w całym okresie, tj. których rozmiar nie jest możliwy do ustalenia w momencie wszczęcia pierwszego postępowania. W konsekwencji w ramach tego samego projektu możemy mieć do czynienia z kilkoma samodzielnymi zamówieniami dotyczącymi tego samego przedmiotu. W takim przypadku nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części (art. 32 ust. 2 PZP), lecz z kilkoma odrębnymi i następującymi po sobie zamówieniami publicznymi, których wartość będzie szacowana odrębnie. Innymi słowy podział zamówienia i odrębne szacowanie wartości dla każdej z części może być uzasadnione przyczynami obiektywnymi – niemożnością oszacowania wszystkich potrzebnych usług, dostaw lub robót budowlanych.

W odniesieniu do takich zamówień, których zakres nie może być oszacowany dla całego okresu realizacji projektu, należy stosować wskazaną zasadę sporządzania rocznych planów zamówień publicznych i rocznego szacowania ich wartości. Z tych względów wartości tych zamówień będą podlegały sumowaniu z innymi tożsamymi zamówieniami udzielanymi przez zamawiającego w tym samym okresie. Dodatkowo należy wskazać, iż do omawianego przypadku zastosowanie znajdować będzie także art. 34 ust. 1 PZP, przewidujący szczególne zasady ustalania wartości dostaw i usług

---

<sup>19</sup> Dz. U. z 2009 r. nr 157 poz. 1240, ze zm.



powtarzających się okresowo. Jeżeli zatem na potrzeby realizacji projektu udzielane będą zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo, będą one podlegały sumowaniu z pozostałymi dostawami i usługami o takim charakterze. Do ustalenia wartości takiego zamówienia stosować się będzie art. 34 ust. 1 PZP.

Podsumowując, w przypadku zamówień, których zakres i wartość są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji projektu, a przy tym mogą być udzielone w ramach jednego postępowania, oszacowania ich wartości dokonuje się z uwzględnieniem całego okresu realizacji projektu.

W pozostałych przypadkach usługi lub dostawy udzielane w ramach projektu mogą być szacowane dla poszczególnych lat budżetowych.

### **5.5. Szacowanie wartości zamówienia**

**Art. 32. 1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.**

**2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżyć jego wartości.**

**3. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.**

**4. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.**

**5. Jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową.**

**6. Wartością dynamicznego systemu zakupów jest łączna wartość zamówień objętych tym systemem, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów.**

**7. Wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania umowy ramowej.**

**Art. 35. 1. Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.**

**2. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.**

**3. Prezes Rady Ministrów co najmniej raz na dwa lata określi, w drodze rozporządzenia, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień, z uwzględnieniem ogłoszonych przez Komisję Europejską w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej równowartości progów stosowania procedur udzielania zamówień.**

W celu zapewnienia właściwego szacowania wartości zamówienia zamawiający są zobowiązani m.in. do:

- przeprowadzenia rozeznania rynku wśród, min. 3 podmiotów, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia;

- udokumentowania sposobu oszacowania wartości przedmiotu przetargu (metodologię wyliczenia cen jednostkowych sprzętu i usług dodatkowych - serwisu, szkoleń oraz dostaw);
- upewnienia się czy istnieje przynajmniej trzech producentów, którzy mogą dostarczyć produkty odpowiadające specyfikacjom technicznym.

W przypadku zamówień dostaw lub usług, których ceny nie są ogólnie dostępne (prasa, Internet, ulotki), powyższe obowiązki wpływają w znaczny sposób na wydłużenie procedury przygotowania szacowanej wartości zamówienia z uwagi na wyżej wspomniany brak dostępności ofert cenowych oraz odmowy lub brak odpowiedzi na pisemne zapytania o cenę ze strony potencjalnych wykonawców. Do wydłużenia powyższej procedury przyczynić się może również fakt niedopuszczenia możliwości sporządzania notatek służbowych z przeprowadzonej rozmowy telefonicznej/indywidualnej w sprawie ceny, o którą jest dużo prościej, niż egzekwowanie od potencjalnych wykonawców/producentów odpowiedzi w formie pisemnej. Najczęściej spotykane błędy przy szacowaniu wartości zamówienia to np.: dokonywanie szacowania w terminach sprzecznych z art. 35 PZP – wskazanie jako daty szacowania daty stworzenia wniosku, szacowanie wartości zamówienia w ujęciu rocznym, dzielenie zamówienia na części i prowadzenie postępowania według wartości poszczególnych części, odrębne szacowanie wartości przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach projektu od innych zamówień w ramach danej jednostki, szacowanie wartości zamówienia wraz z wartością podatku VAT, wskazanie w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia abstrakcyjnej kwoty niezgodnej z wartością zamówienia, dzielenie zamówienia celem uniknięcia stosowania PZP. W tym kontekście wspomnieć należy również o rozbieżnościach interpretacyjnych (znajdujących się w przepisach, opiniach UZP, wytycznych) co do sposobu grupowania szkoleń na potrzeby prawidłowego sporządzenia rocznego planu szkoleń. W efekcie budzą one podejrzenia o prowadzenie działań mających na celu sztuczne dzielenie zamówień w celu uniknięcia konieczności stosowania określonych trybów. **Instytucje postulują opracowanie jednolitych wytycznych odnośnie sposobu szacowania wartości zamówienia** oraz przedłużenie trzymiesięcznego okresu przewidzianego na ustalenie wartości zamówienia, co nie wpłynie negatywnie na obowiązek ustalenia wartości zamówienia w sposób odpowiadający warunkom rynkowym, a z pewnością zapobiegać będzie nieuzasadnionemu wydłużaniu procedury udzielania zamówień publicznych;

## 5.6. Zakaz wprowadzania istotnych zmian umowy

***Art. 144. 1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.***

### **2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.**

Wątpliwości zamawiających budzi **przepis art. 144 PZP**, mówiący o zakazie wprowadzania „istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki

takiej zmiany". W praktyce często przewidzenie wszelkich okoliczności, które mogą spowodować konieczność zmiany umowy na etapie realizacji zamówienia, jest niemożliwe. Zdarzają się sytuacje, w których istnieje taka konieczność (np. w przypadku zmian niepowodujących istotnej zmiany pierwotnej oferty wykonawcy), a sytuacje takie nie były przez zamawiającego przewidziane. Powyższe przepisy PZP rodzą co najmniej dwie kwestie wymagające rozstrzygnięcia, tj.: jak odpowiednio określić warunki zmian umowy oraz co należy rozumieć pod pojęciem „istotne zmiany”. Przewidzenie możliwości zmian i właściwe określenie ich warunków już w momencie sporządzania ogłoszenia/SIWZ przez zamawiającego są problematyczne, a wręcz niemożliwe, gdyż często nie wiadomo na tak wczesnym etapie postępowania, w jakich okolicznościach i jakie zmiany należy dopuścić. Przepis art. 144 ust. 1 nie wskazuje, jakie zmiany umowy należy traktować jako zmiany istotne.

W uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI Kadencji) wskazuje się, że zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, co do których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na kraj podmiotów ubiegających się o to zamówienie ani na wynik postępowania. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa ETS, który kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, LEX nr 410027; z dnia 29 kwietnia 2004 r., C-496/99 P, *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, poz. I-03801, oraz z dnia 5 października 2000 r., C-337/98, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, poz. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 ETS wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach dotyczących zamówienia publicznego w czasie trwania procedury stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i, w związku z tym, mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 ETS stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko ETS w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. ETS wskazuje na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany, z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania zmian w umowie należy rozumieć jako zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku

rzeczy było mało prawdopodobne. Za okoliczności niemożliwe do przewidzenia mogą być uznane również zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i od nich niezależne (np. niespodziewana i szybko postępująca dekonstrukcja, niespodziewane, i szybko postępujące ograniczenie dostępności materiałów, niespodziewany i szybko postępujący wysoki wzrost cen materiałów).

## 5.7. Wadium

**Art. 46 ust. 4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie.**

Instytucje zwracają uwagę na **wątpliwości dotyczące treści art. 46 ust. 4a**, który reguluje kwestie zatrzymania wadium w sytuacji niezuzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów. Powyższe przepisy są różnie interpretowane przez KIO. Część wyroków wskazuje, iż uzupełnienie jest skuteczne poprzez samo złożenie dokumentów, niezależnie od ich poprawności. Część natomiast mówi o skuteczności wtedy, gdy złożone dokumenty są poprawne. Jednocześnie, zgodnie z przepisami, w przypadku niezuzupełnienia dokumentów przez wykonawcę, zamawiający ma obowiązek zatrzymania wadium, co w sytuacji niejednoznacznych przepisów skutkuje procesami odwoławczymi i dłuższym okresem oczekiwania na rozstrzygnięcie zamówienia.

Zgodnie z interpretacją UZP<sup>20</sup>, przez niezłożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego w świetle art. 46 ust. 4a PZP należy rozumieć nie tylko przypadek bierności wezwanego wykonawcy, gdy w ogóle nie składa dokumentu lub oświadczenia wskazanego w wezwaniu (fizyczny brak dokumentu), ale także sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Taka wykładnia art. 46 ust. 4a PZP odpowiada *ratio legis* tego przepisu. Należy jednocześnie podnieść, iż obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP było następstwem okoliczności, na które, obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc podstawa do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a PZP zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Art. 46 ust. 4a PZP ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, iż zamówienie udzielane jest temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie, po zapoznaniu się z ofertami konkurentów, bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a

---

<sup>20</sup> Opinia UZP - Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych

PZP jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W myśl zacytowanych przepisów zamawiający jest zobowiązany do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na obligatoryjne wezwanie do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, które w terminie składania wniosków albo ofert nie zostały złożone, zostały złożone z błędami lub wadliwe, nie uzupełni ich w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

UZP w dokumencie *Propozycje zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych*<sup>21</sup> podnosi, że zdarzają się przypadki zatrzymania wadium z powodu obawy przed poniesieniem odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych w okolicznościach, w których nieuzupełnienie dokumentu spowodowane zostało wystąpieniem przyczyn o charakterze obiektywnym i nie mogło wynikać z zamiaru wykonawcy nieuprawnionego wpływu na przebieg postępowania. Zdaniem UZP, przepis ten, ze względu na swój restrykcyjny charakter, podważa zasadę otwartości systemu zamówień publicznych na konkurencję. Zatrzymanie wadium w okolicznościach, w których wykonawca składa ofertę w dobrej wierze, a z okoliczności składania oferty nie wynika nastawienie na utrudnienie konkurencji, zniechęca przedsiębiorców do udziału w postępowaniach przede wszystkim ze szkodą dla samych zamawiających, którzy w warunkach ograniczonej konkurencji mają mniejsze szanse na uzyskanie rzeczywiście korzystnej oferty. Problematyczna stała się również kwestia właściwości organu, który miałby rozstrzygać o tym czy wadium zostało zatrzymane słusznie czy nie. UZP proponuje wykreślenie przepisu jako stanowiącego barierę w dostępie do systemu zamówień publicznych dla wykonawców. Propozycja ta wychodzi naprzeciw oczekiwaniom wykonawców rozpoczynających działalność w sferze zamówień publicznych oraz interesom małych i średnich przedsiębiorców, bowiem to dla nich utrata wadium zwykle jest dużym kosztem, natomiast obawa przed jego utratą często ma wpływ na mniejszy udział tej kategorii przedsiębiorców w zamówieniach publicznych.

Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 7 lipca 2011 r.<sup>22</sup> dotyczącym zatrzymania wadium wskazał przesłanki, według których należy oceniać zasadność zatrzymania wadium przez zamawiającego. Sąd Najwyższy wskazał, że przepis art. 46 ust. 4a PZP należy interpretować z uwzględnieniem reguł wykładni celowościowej mianowicie, Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, gdy - jak w sprawie rozstrzyganej przez Sąd Najwyższy - przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmywu wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdy umyślnie i celowo nie podporządkowuje się wezwaniu zamawiającego. Przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Zdaniem Sądu Najwyższego,

---

<sup>21</sup> Str.11

<sup>22</sup> sygn. akt II CSK 675/10

możliwe staje się wówczas wykorzystywanie instytucji wadium jako sposobu na uzyskanie nienależnego przysporzenia.

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku istotne jest stwierdzenie, że działanie wykonawcy jest zawinione na skutek umyślnego i celowego niepodporządkowania się wezwaniu zamawiającego i nie jest dopuszczalne aby każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, skutkowałoby powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Przy czym należy podkreślić, iż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa czyniąc z praktyki zatrzymania wadium dodatkowego źródła dochodu.

Zdaniem Sądu Najwyższego wynika, iż droga sądowa przed sądami powszechnymi jest właściwa do dochodzenia przez wykonawców zwrotu wadium zatrzymanego niezgodnie z PZP. Nie jest więc dopuszczalne odrzucanie powództw wykonawców o zwrot bezprawnie zatrzymanego wadium przez sądy powszechne z powołaniem się na okoliczność, że do rozpoznawania tego rodzaju sporów właściwa jest Krajowa Izba Odwoławcza. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie jest możliwe dochodzenie zwrotu wadium w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, gdyż takie żądanie nie jest związane z interesem w uzyskaniu zamówienia publicznego. Z tego powodu odwołanie w sprawie zwrotu wadium może zostać wyłącznie oddalone przez Izbę.

#### **5.8. Uzupełnienie dokumentów**

***Art. 26 ust. 3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.***

***4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.***

Instytucje wskazują na problem świadomego lub wynikającego z braku wiedzy składania przez oferentów niekompletnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co powoduje wydłużenie procedury.

Z obowiązku wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, zamawiający jest zwolniony z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3, bowiem wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy – nawet mimo uzupełnienia – postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1.

Mianowicie wtedy, gdy postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy lub wystąpiła taka zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6<sup>23</sup>, a także gdy wszystkie oferty będą ulegały odrzuceniu z powodów, o których mowa w art. 89 ust. 1. Powodem może być też zbyt wysoka cena oferty najkorzystniejszej lub najtańszej, ale tylko w sytuacjach, gdy bez formalnego zakończenia oceny ofert da się z całą pewnością ustalić, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Taka sytuacja możliwa jest więc wyłącznie wtedy, gdy została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, albo gdy cena najtańszej oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego. Zamawiający może odstąpić od wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów również w sytuacji, gdy mimo ich braku (lub wad) z całą pewnością da się ustalić, że warunek, który miały potwierdzać, nie jest spełniony (np. przy braku oświadczenia dokument będzie wskazywał na występujące zaległości podatkowe).

PZP pozwala na odstąpienie od żądania dokumentów również od wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. W przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia oraz zapytaniu o cenę oferty, zawierają dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wymienionych trybach, jak też w pozostałych, oferty mogą zawierać dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz pełnomocnictwa. Jeżeli zachodzą okoliczności, w których zamawiający byłby zobowiązany do wystąpienia z żądaniem uzupełnienia dokumentów, ale jednocześnie z treści ofert wynika, że podlegają one odrzuceniu, wykonywanie czynności związanych z uzupełnieniem byłoby bezcelowe<sup>24</sup>.

Należy podkreślić, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę stanowi zabezpieczenie interesów zamawiającego w przypadku, gdy np. wszyscy oferenci złożyli niekompletne oferty, co uniemożliwiłoby rozstrzygnięcie postępowania, albo taki brak dotyczy oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego. Ponadto takie wezwanie jest jednorazowe, więc w przypadku nieuzupełnienia dokumentów po wezwaniu albo przedstawienia dokumentów niewłaściwych – tj. nie potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie ma obowiązku ponownego zwracania się do wykonawców.

Planowane zmiany w zakresie sposobu potwierdzania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, tj. przede wszystkim zakresu i rodzaju żądanych przez zamawiającego dokumentów, wynikają z powszechnego przekonania o nadmiernym formalizmie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zbyt duże koszty udziału w postępowaniu, duża ilość wymaganych dokumentów, a także ryzyka związane z możliwością poniesienia strat finansowych, już na etapie samego postępowania mogą zniechęcać wykonawców do wzięcia w nim udziału<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Art. 93 ust. 1 Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli, ... pkt 6 wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;”

<sup>24</sup> Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 26 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, System Informacji Prawnej Lex Wolters Kluwer Polska.

<sup>25</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Propozycje zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych*, Grudzień 2011 r. Str. 9

UZP proponuje wprowadzenie możliwości żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie od wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Zdaniem UZP, biorąc pod uwagę fakt, iż udział w postępowaniu nie gwarantuje sukcesu w postaci uzyskania zamówienia publicznego, konieczność poniesienia kosztów związanych z wzięciem udziału w procedurze w postaci uzyskania oraz wytworzenia dużej ilości dokumentów może stanowić istotną barierę w dostępie wykonawcy do procedury udzielania zamówienia publicznego.

Dodatkowo nałożony na zamawiającego obowiązek badania i weryfikacji dokumentów złożonych przez wszystkich wykonawców przyczynia się do wydłużenia procedury i ponoszenia dodatkowych kosztów z tym związanych również po stronie zamawiającego. Proponuje się zatem zmianę przepisów art. 25 i 26 PZP dotyczących potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą zamawiający w przetargu nieograniczonym, negocjacjach bez ogłoszenia i zapytaniu o cenę żąda w celu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców jedynie oświadczeń, natomiast dokumenty zobligowany będzie złożyć jedynie ten podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Powyższe rozwiązanie dotyczyć może wyłącznie trybów wskazanych powyżej, albowiem w pozostałych trybach dokumenty są niezbędne dla zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania o zamówienie publiczne. Podobne rozwiązanie przewidziane już zostało w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759), zgodnie z którym oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany, w terminie wskazanym przez koncesjodawcę, złożyć wskazane w opisie warunków koncesji dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Termin złożenia dokumentów będzie określony w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stąd też przewiduje się konieczność dokonania zmian również w zakresie art. 92 ust. 1 PZP. Nieprzedłożenie we wskazanym przez zamawiającego terminie dokumentów, których zakres będzie wskazany już w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, lub nieuzupełnienie ich na podstawie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 4 PZP, skutkować będzie uznaniem wykonawcy pierwotnie wybranego za wykluczonego i w oparciu o analogiczne stosowanie przepisu art. 94 ust. 3 PZP – wezwaniem do złożenia dokumentów przez wykonawcę, który złożył drugą w kolejności niepodlegającą odrzuceniu ofertę. UZP proponuje również odstąpienie od obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wprowadzenie możliwości oparcia oceny zdolności wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne do jego realizacji wyłącznie na oświadczeniach. Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE jedyną obligatoryjną przesłanką wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest skazanie prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów: udział w organizacji przestępczej, korupcja, oszustwo i udział w praniu brudnych pieniędzy. Stąd też jedynym dokumentem jaki zamawiający ma obowiązek żądać w postępowaniu o wartości przekraczającej progi unijne, jest odpis z rejestru karnego.

Proponuje się zatem zmianę art. 26 ust. 1 PZP oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów sprowadzającą się do redukcji katalogu dokumentów, jakich zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawców w postępowaniach o wartości przekraczającej progi unijne, jedynie do jednego dokumentu tj. odpisu z rejestru karnego. Żądanie innych dokumentów byłoby fakultatywne. Rozwiązanie



powyższe nadal zabezpiecza zamawiającego przed wyborem wykonawcy nie spełniającego wymagań, albowiem wykonawca nadal składałby oświadczenia o spełnianiu warunków. Zdaniem UZP rezygnacja z obowiązku żądania przez zamawiających w postępowaniach powyżej wartości unijnych wszystkich dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP, może przyczynić się do zwiększenia zainteresowania wykonawców udziałem w postępowaniach z uwagi na ograniczenie stawianych wymogów formalnych oraz zmniejszenie kosztów związanych z koniecznością ciągłego uzyskiwania urzędowych zaświadczeń potwierdzających wymagane ustawą okoliczności.

UZP rozważa również możliwość wprowadzenia regulacji, która uprawniałaby do uznania dokumentów uzupełnianych przez wykonawców za aktualne na dzień ich uzupełnienia. Celem zmniejszenia rygoryzmu i odformalizowania postępowania proponuje się więc zmianę art. 26 ust. 3 PZP. Zasadą wynikającą z dyrektywy jest konieczność udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu, w związku z tym nie jest ograniczeniem uczciwej konkurencji żądanie od wykonawców dokumentów aktualnych na dzień uzupełniania dokumentów. Stąd też, uzasadnione jest dopuszczenie możliwości, aby uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumenty mogły być uznawane za aktualne również na dzień upływu terminu ich uzupełnienia.

Rozwiązanie powyższe przyczyni się do zwiększenia ilości ważnych ofert w postępowaniach, co w konsekwencji wpłynie pozytywnie na zwiększenie konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego<sup>26</sup>.

#### **5.9. Wpis do Rejestru Ewidencji Działalności Gospodarczej**

***Art. 26 ust. 3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.***

***4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.***

Instytucje wskazują na brak możliwości żądania od wykonawcy wpisu do Rejestru Ewidencji Działalności Gospodarczej (na mocy *Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający...*, które przewiduje jedynie możliwość złożenia odpisu z KRS) w celu **potwierdzenia prawa do reprezentacji wykonawcy.**

---

<sup>26</sup> Tamże, str. 10-11

W przypadku osób fizycznych, na podstawie PZP **nie ma obecnie możliwości żądania wpisu** do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej<sup>27</sup> **na etapie składania ofert**, tj. nie można żądać tego dokumentu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nawet w celu wykazania nie podlegania wykluczeniu z postępowania, czy też identyfikacji wykonawcy. Identyfikować wykonawcę może w tym przypadku odpowiednio skonstruowany formularz oferty. Nie ma jednak przeszkód do żądania wypisu z ewidencji przy podpisywaniu umowy, w celu dokładnego określenia jej stron. Jeżeli chodzi o reprezentację wykonawcy, to w wypisie z ewidencji nie wskazuje się osób uprawnionych do reprezentacji. Od 1 stycznia 2012 r. istnieje możliwość umieszczania we wniosku danych pełnomocników, jednak ustanowienie pełnomocnika i podanie jego danych do ewidencji oznacza jedynie, że w postępowaniach administracyjnych prowadzonych przed organami administracji publicznej pełnomocnik będzie mógł reprezentować przedsiębiorcę bez konieczności postępowania się, ani dołączania do akt sprawy, odrębnych dokumentów (nie obejmuje to spraw podatkowych i skarbowych), więc nie dotyczy sytuacji reprezentowania wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jeżeli wątpliwości dotyczą kwestii, czy oferta została podpisana przez wykonawcę, należy pamiętać, że wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy działający jednoosobowo oraz wspólnicy spółek cywilnych. Spółka cywilna powinna być identyfikowana tylko poprzez nazwiska wspólników, natomiast w przypadku przedsiębiorcy firma, czyli nazwa, musi zawierać imię i nazwisko przedsiębiorcy. Podpis ma przede wszystkim pozwolić wszystkim na **identyfikowanie** osoby składającej oświadczenie woli. Powinien być zatem postawiony własnoręcznie przez podpisującego, składać się co najmniej z nazwiska, mogącego przybrać postać skróconą i niekoniecznie czytelną, lecz charakterystyczną dla osoby podpisanej (to ostatnie tylko w przypadku, gdy zamawiający jest w stanie jego identyfikacji dokonać w inny sposób, np. na podstawie karty wzorów podpisów). Nie mają takiego charakteru inicjały w formie parafy. Ze względu na brak cech własnoręczności nie mogą być uznane za podpis także faksymile, odtwarzające podpis metodą fotograficzną lub drukarską.

Niekiedy wątpliwości rodzi prawidłowość umocowania osób występujących w imieniu wykonawców. Jeżeli prawidłowe pełnomocnictwo nie zostało złożone przy pierwszej czynności, np. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do postępowania, powstaje pytanie, czy dopuszczalne jest jego uzupełnienie w toku postępowania. Trzeba podkreślić, że strony stosunku cywilnoprawnego mogą żądać od swych kontrahentów dokumentów niezbędnych do zapewnienia pewności bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego. Należy do nich zaliczyć m.in. dokument pełnomocnictwa. W takim stanie rzeczy zamawiający jest uprawniony do żądania od pełnomocnika wykonawcy przedłożenia dokumentu w sposób prawidłowy dokumentującego jego umocowanie do działania w imieniu wykonawcy. Pozwala na to art. 26 PZP, który bezpośrednio odnosi się do pełnomocnictwa (... *lub którzy nie złożyli pełnomocnictw.*), nie nawiązując jednocześnie do art. 25 PZP, a tym samym do zamkniętego katalogu dokumentów, których można żądać od wykonawców na podstawie *Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający...* W zamówieniach publicznych pełnomocnictwa mogą być udzielane

---

<sup>27</sup> dalej: ewidencji

do reprezentowania we wszelkich sprawach związanych z ubieganiem się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia. W kontekście jednak uzupełniania dokumentów rozpatrywane powinny być jedynie takie pełnomocnictwa, które są niezbędne do złożenia wniosku podlegającego rozpatrzeniu lub oferty niepodlegającej odrzuceniu (na co wskazuje zakończenie pierwszego zdania przepisu art. 26 ust. 3) lub wymagane ustawowo, jak pełnomocnictwo dla wykonawców występujących wspólnie (art. 23 ust. 2 nakłada obowiązek ustanowienia takiego pełnomocnika).

Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego będzie powodowało powstanie obowiązku wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu. Interpretacji wymaga pojęcie pełnomocnictwa wadliwego. Bez wątplenia będzie to pełnomocnictwo dotknięte wadą oświadczenia woli. Ponadto wydaje się, że przez pojęcie wadliwego pełnomocnictwa PZP nakazuje rozumieć również takie sytuacje, gdy z treści dokumentu pełnomocnictwa nie wynika umocowanie pełnomocnika do wykonania czynności niezbędnej na danym etapie postępowania, tj. złożenia wniosku lub złożenia oferty. Każdy dokument pełnomocnictwa budzący wątpliwości co do zakresu umocowania lub prawidłowości umocowania pełnomocnika, powinien być uzupełniony.

Możliwość żądania pełnomocnictw lub uzupełniania wadliwie złożonych pełnomocnictw została wprowadzona nowelizacją, która weszła w życie dnia 24 października 2008 roku.

Na zakończenie należy podkreślić, iż zamawiający może tylko jeden raz wystąpić do wykonawcy o uzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, a gdy wykonawca na wezwanie nie odpowie, zamawiający zmuszony jest do wyciągnięcia w stosunku do niego konsekwencji wynikających z PZP.

#### **5.10. Zamówienie udzielane w częściach**

***Art. 4. Ustawy nie stosuje się do:...***

***8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14.000 euro.***

***Art. 6a. W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80.000 euro dla dostaw lub usług oraz 1.000.000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.***

***Art. 32. 1. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. 2. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.***

Zdaniem Instytucji w piśmiennictwie istnieją rozbieżności w zakresie możliwości zastosowania art. 6 a PZP . Literalne brzmienie przepisu nie wskazuje na możliwość zastosowania go jedynie do zamówień o dużych wartościach, tak jak określono w założeniach wprowadzających powyższy przepis. Opinie zawarte w różnych publikacjach dotyczących stosowania PZP odmiennie interpretują ww. przepis.

W niektórych z nich udzielenie zamówienia o wartości poniżej 14 tys. euro w oparciu o dokonany podział zgodny z art. 6a jest możliwe. Inne z nich podtrzymują stanowisko prezentowane powyżej, tzn. że przepis ten dotyczy tylko zamówień o wartości powyżej progów unijnych.

Art. 6a PZP w żadnym punkcie nie wskazuje progu, który musi przekroczyć wartość zamówienia, aby można go było zastosować. Artykuł ten uprawnia tylko i wyłącznie do tego, aby w przypadku udzielania zamówień w częściach (w sytuacji, gdy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres, a decyduje się udzielać zamówienia sukcesywnie np. z przyczyn gospodarczych bądź organizacyjnych) zastosować dla każdej z tych części przepisy wynikające z wartości poszczególnych części zamówienia. W przypadku gdy wartość jednej z wydzielonych części zamówienia nie przekracza kwoty 14 tys. euro oraz wynosi nie więcej niż 20% wartości całego zamówienia, można wobec niej zastosować wyłączenie spod PZP, pamiętając jednocześnie że zamawiający nie może w celu uniknięcia przepisów ustawy dokonywać podziału w celu uniknięcia przepisów PZP.

Należy ustalić, czy zamawiający dokonał podziału zamówienia w taki sposób, że na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów PZP. Nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, natomiast jest zakazany taki podział, który bez uzasadnionej przyczyny zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów PZP. Wobec powyższego trudno zgodzić się z opinią, że art. 6a nie ma zastosowania wobec zamówień cząstkowych, których wartość nie przekracza progu 14 tys. euro. Art. 6a nie mówi o konieczności zastosowania trybów właściwych dla wartości, a o stosowaniu właściwych przepisów – więc również przepisów art. 4 ust. 8 PZP, wyłączających reżim ustawy.

#### **5.11. Przesłanki zastosowania procedury zamówienia w trybie „z wolnej ręki”**

**Art. 5 ust. 1a. W przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1** (których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym), **zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:**

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;**
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;**
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;**
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.**

Beneficjenci postulują doprecyzowanie art. 5 ust. 1a poprzez wskazanie, jakie przypadki należy uznać za uzasadnione, szczególnie w zakresie art. 5 ust. 1a pkt 4 – z powodu uniemożliwienia terminowej realizacji zadań. Chodzi przede wszystkim o możliwość udzielania zamówienia w trybie „z wolnej ręki”

w przypadku opóźnień wynikających z przyczyn niezależnych od projektodawców (w kontekście realizacji projektów współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych przyczyną taką może być np. brak przekazania środków na realizację projektu).

Uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia należy uznać za wystarczające nie wtedy, gdy zamawiający udowodni istnienie korzyści wynikających z jego zastosowania, lecz gdy uprawdopodobni, że zastosowanie innego trybu tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych. Użyte w PZP sformułowanie „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych trybów, gdy zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania takich trybów byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1–4. Uprawdopodobniona możliwość ich powstania jest wystarczającym powodem do stosowania trybów negocjacyjnych. Dopuszcza się zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia lub trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy zastosowanie trybu konkurencyjnego uniemożliwiłoby terminową realizację zadań zamawiającego. Zgodnie z przesłanką zawartą w art. 5a pkt 4 udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe musi więc pozostawać w związku z zadaniami zamawiającego, co do których zachodzi konieczność ich wykonania w określonym czasie. Czas ten jest na tyle krótki, że zastosowanie innego trybu powodowałoby obiektywną niemożliwość wykonania zadań. Dla porównania terminów właściwe będzie wzięcie pod uwagę procedury prowadzonej w trybie, w którym terminy ustawowe zostały określone jako najkrótsze.

Terminowość realizacji zadań została w omawianej przesłance określona jako wartość nadrzędna. Ustawodawca nie wskazuje więc, że dla skorzystania z przesłanki konieczne jest wcześniejsze staranne działanie zamawiającego, brak winy czy przyczyn leżących po jego stronie, czy też niemożność przewidzenia jakichkolwiek zdarzeń powodujących konieczność działania pilnego, jak ma to miejsce w przypadku przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3. Należy więc uznać, że każda przyczyna, w tym nawet spowodowana niestarannością lub niedbalstwem zamawiającego, uzasadni skorzystanie z przesłanki, o ile wykaże się zagrożenie terminów oznaczonych dla realizacji zadania. Jednak dopuszczalność zastosowania trybu niekonkurencyjnego w sytuacji zawinionej przez zamawiającego może być następnie oceniana przez pryzmat uszczerbku w finansach publicznych. Jeśli okaże się, że tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki zastosowano ze względu na terminowość wykonania zadań zamawiającego, do czego jednak doprowadziło jego niedbalstwo, to co prawda nie wystąpi naruszenie przepisów PZP, ale jeżeli wydatek był wyższy (lub mniej celowy, lub mniej efektywny) od osiągniętych w trybach konkurencyjnych, to wystąpi naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dla zamawiających zobowiązanych do przestrzegania ustawy o finansach publicznych)<sup>28</sup>.

## 5.12. Roboty zamienne

***Art. 144. 1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział***

---

<sup>28</sup> Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 5 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, System Informacji Prawnej Lex Wolters Kluwer Polska.

**możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.**

## **2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.**

Instytucje wskazują, że w *ustawie z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane*<sup>29</sup> funkcjonuje **pojęcie „robót zamiennych”**, które oznacza, iż wykonawca zamówienia podstawowego zobowiązuje się do jego wykonania w sposób odmienny od określonego w umowie, w wyniku czego następuje zmiana sposobu spełniania świadczenia. PZP natomiast, z wyjątkiem regulacji zawartych w art. 144, nie wskazuje szczegółowo trybu postępowania właściwego w przypadku konieczności realizacji przez wykonawcę zamówienia w opisany wyżej sposób. Taka sytuacja powoduje poważne problemy interpretacyjne i wątpliwości co do zasad, w oparciu o które powinno być rozliczane wynagrodzenie wykonawców. Odpowiednim rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie do PZP szczegółowych uregulowań odnośnie robót zamiennych, spójnych z przepisami *ustawy Prawo budowlane*;

Odnosząc się do powyżej kwestii należy stwierdzić przede wszystkim, że definicji robót zamiennych nie istnieje w prawie budowlanym. Mówi ono natomiast o rozwiązaniach zamiennych w stosunku do w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Prawo budowlane również szczegółowo nie wskazuje trybu postępowania w przypadku konieczności prowadzenia robót zamiennych. PZP mówi o istotnych zmianach postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, a więc również o wprowadzeniu rozwiązań zamiennych, które nie wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia ale stanowią zmianę sposobu spełniania świadczenia. Roboty zamienne z całą pewnością nie mogą być traktowane jako roboty dodatkowe, które wykraczają poza opis przedmiotu zamówienia. Przeprowadzenie robót zamiennych, jako nie wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia, może zostać wprowadzone do umowy aneksem, jednak pod warunkiem, że możliwość ich prowadzenia została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zamawiający określił warunki takiej zmiany. Jeżeli chodzi o problemy dotyczące wynagrodzenia wykonawców należy przypomnieć, że do stron postępowania należy określenie rodzaju wynagrodzenia, sposobu jego obliczenia, jak również możliwości zmiany jego wysokości. Przy robotach zamiennych, w przypadku, gdy rozliczenia prowadzi się w oparciu o wynagrodzenia kosztorysowe, problem konieczności jego zwiększenia nie istnieje, bowiem podstawą takiego wynagrodzenia jest to, że ostateczne określenie ceny nastąpi w oparciu o poniesione nakłady pracy i wskazane podstawy do ustalenia wynagrodzenia faktycznie wykonanych ilości robót. Problem staje się widoczny w przypadku wprowadzenia wynagrodzenia ryczałtowego, które polega na tym, że praktycznie jest stałe i niezmienne, nawet w sytuacji, gdy w trakcie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wynagrodzenie ryczałtowe to forma wynagrodzenia zabezpieczająca zamawiającego przed żądaniami wykonawcy, dotyczącymi ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia. W przypadku dobrze opisanego przedmiotu zamówienia o niewielkim stopniu skomplikowania, jest to forma przejrzysta i korzystna również dla wykonawcy. Jednak w przypadku konieczności przeprowadzenia robót zamiennych mających wyraźny wpływ na cenę,

---

<sup>29</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2010 nr 243 poz. 1623, ze zm.

taka forma wynagrodzenia staje się dużym problemem. Kodeks cywilny w art. 632, par.1 dopuszcza zmianę wynagrodzenia ryczałtowego, lecz w procedurze sądowej, przy czym muszą być spełnione dwa następujące warunki:

- musi zaistnieć zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć,
- wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco strata.

Zamawiający, chcąc uniknąć konieczności prowadzenia procesu sądowego, powinien przewidzieć konieczność przeprowadzenia robót zamiennych i na etapie zawierania umowy wprowadzić odpowiednie klauzule, pozwalające na wyłączenie spod ryczałtu zmienionego zakresu robót i rozliczenie ich w inny sposób, np. kosztorysem. Dobrze opracowana umowa o roboty budowlane powinna zawierać starannie opracowane warunki, w których następuje zmiana należnej zapłaty. Np. w przypadku skomplikowanej inwestycji, przy której przewiduje się odstępstwa od podstawowego projektu, strony mogą zastrzec, że w sytuacji zamiany materiału budowlanego lub technologii, zakres robót, przy którym to uczyniono, wyłączony zostanie spod wynagrodzenia ryczałtowego i rozliczony zostanie po dokonaniu obmiaru kosztorysem powykonawczym.

### 5.13. Wynagrodzenie ryczałtowe a roboty dodatkowe

**Art. 632. § 1. Kodeksu Cywilnego: Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.**

**§ 2.<sup>(253)</sup> Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco strata, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.<sup>30</sup>**

Instytucje wskazują na niewystarczające uregulowanie w przepisach normujących obecnie kwestię **umów o roboty budowlane** ustawowej definicji ryczałtu oraz regulacji normatywnie określających zasady jego funkcjonowania. Pojawiają się trudności z rozstrzygnięciem, czy ustanowiona w umowie kwota wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje również koszty wykonania robót dodatkowych. Zamawiający próbują poprzez odpowiednie zapisy w umowie przenosić na wykonawcę ciężar odpowiedzialności za braki w dokumentacji projektowej. Podnoszą, że wskazane jest, by kwestie wynagrodzenia ryczałtowego wyraźnie rozstrzygnąć w postanowieniach konkretnej, zawieranej przez strony umowy.

Rozważając powyższy problem należy przede wszystkim przypomnieć, że wykonawca składając ofertę na wykonanie robót budowlanych określonych w opisie przedmiotu zamówienia na zakres robót objętych przetargiem, w przypadku, gdy wynagrodzenie za przedmiot zamówienia ma charakter ryczałtowy, zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wykonawcy są zobowiązani do wykonania pełnego zakresu robót określonych w dokumentacji projektowej, a więc w projekcie budowlanym, projektach wykonawczych oraz przedmiarze robót

---

<sup>30</sup> Dz. U. z 1964r. Nr 16, poz. 63

i informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ), jeżeli były odpowiednio wymagane i załączone, w sposób zgodny ze specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, niezależnie od faktu, czy wszystkie te elementy są ze sobą spójne (np. jeżeli załączony do SIWZ przedmiar robót zawiera mniejsze ilości robót budowlanych niż to wynika z projektu wykonawczego). Wynagrodzenie ryczałtowe jest ustalone w określonej z góry kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kosztów.

### **Roboty dodatkowe a zamówienia dodatkowe**

W wyjątkowej sytuacji, niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli w trakcie wykonania umowy wystąpi konieczność wykonania robót budowlanych, bez których nie można zakończyć wykonania przedmiotu umowy, w okolicznościach określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 PZP, możliwe jest udzielenie w drodze odrębnego postępowania zamówienia dodatkowego na roboty budowlane, nie mieszczącego się w zakresie robót opisanych w dokumentacji projektowej (definicji tej nie odpowiada zwiększenie ilości robót mieszczących się w zakresie przedmiotu zamówienia – robót dodatkowych).

Jednocześnie należy podkreślić, iż konieczność wykonania zamówień dodatkowych jest podyktowana okolicznościami, których nie można było przewidzieć, a więc takimi okolicznościami, których zamawiający, nawet przy dołożeniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowywania SIWZ podstawowego. Artykuł 67 ust. 1 pkt 5 PZP nie może znaleźć zastosowania wówczas, gdy potrzeba udzielenia zamówień dodatkowych jest wynikiem zaniedbań, czy też braku staranności zamawiającego popełnionych na etapie zamówienia podstawowego. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 22 marca 2000 r.<sup>31</sup> Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, które należy udzielić na skutek źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.

Zamówienia dodatkowe stanowią zawsze nowe zamówienie, które musi podlegać odrębnej procedurze postępowania, co wiąże się z podpisaniem odrębnej umowy na ich wykonanie. Natomiast koszty zamówień dodatkowych nie są kosztami zamówienia podstawowego, są częścią odrębnego zamówienia i przedmiotem odrębnej umowy. Kwestia wykonania zamówienia dodatkowego przez dotychczasowego wykonawcę sprowadza się do możliwości skorzystania z trybu „z wolnej ręki” przy zachowaniu przesłanki nieprzekraczania 50% zamówienia podstawowego.

W przypadku, gdy wartość zamówień dodatkowych nie przekracza 14 tys. euro i zamawiający udziela takiego zamówienia poza PZP, należy sporządzić odrębną umowę. W sytuacji gdy ich wartość przekracza 14 tys. euro, zamawiający jest zobowiązany udzielić tego zamówienia w trybie z wolnej ręki zgodnie z przepisami określonymi w PZP, a więc powinien wysłać zaproszenie do wykonawcy, przeprowadzić z nim negocjacje, zażądać przynajmniej oświadczenia z art.22 i sporządzić na tę okoliczność umowę.

Na konieczność zawarcia nowej umowy w przypadku zamówień dodatkowych wskazuje art. 140 ust. 3 PZP, który stwierdza kategorycznie, że:

---

<sup>31</sup> sygn. akt II SA 2169/99



*„Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Istotą zamówień dodatkowych jest to, że dotyczą przedmiotu nie objętego dotychczasowym zamówieniem.

*Art. 144. 1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.*

*2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.*

Ergo, aneksowanie umów dotyczy tylko i wyłącznie zamówień uzupełniających, natomiast nigdy zamówień dodatkowych.

W przypadku robót, **które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, nie wymaga się zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej, ani też umowy na roboty dodatkowe.** Natomiast roboty nie przewidziane w projekcie budowlanym, nie mogą być uznane za roboty objęte zamówieniem podstawowym. W przypadku robót, które zostały ujęte w projekcie budowlanym, ale nie zostały uwzględnione w przedmiarze wskazane byłoby zawarcie w siwz zapisów określających **zasady ich wyceny** w przypadku wystąpienia konieczności ich realizacji po zawarciu umowy.

Podsumowując roboty dodatkowe to prace, które mieszczą się w przedmiocie zamówienia, natomiast zamówienia dodatkowe to prace wykraczające poza zakres zamówienia podstawowego – te ostatnie stanowią odrębną umowę. W przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych i stosowania wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów leży po stronie wykonawcy. Problem z koniecznością przeprowadzania robót dodatkowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym sprowadza się do kwestii zasadności stosowania tego rodzaju sposobu określania wynagrodzenia przy zamówieniach na roboty budowlane, przy jednoczesnym braku pewności co do rzetelności dokumentacji projektowej. Jednocześnie należy wskazać, że strony umowy mogą ustalić różne sposoby wynagradzania wykonawcy w jednej umowie, np. ustalając wynagrodzenie ryczałtowe odnośnie części zamówienia co do której nie ma wątpliwości co do poprawności dokumentacji projektowej, natomiast wynagrodzenia kosztorysowego w części w której co do np. rzeczywistego rozmiaru koniecznych prac wątpliwości istnieją.

#### **5.14. Taryfikator**

Instytucje zwróciły uwagę, że w świetle dokumentu wydanego i zatwierdzonego przez Ministra Rozwoju Regionalnego pt.: „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”<sup>32</sup>, większość opisanych wyżej uchybień może stanowić podstawę do nałożenia korekty finansowej. Wysokość korekt powinna, co do zasady, odpowiadać wartości nieprawidłowości, która powoduje lub mogłaby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania

---

<sup>32</sup> dalej: Taryfikator

nieuzasadnionego wydatku. Taryfikator nie precyzuje pojęcia szkody. Natomiast według wykładni polskich przepisów szkoda musi wynikać z zamierzonego i zawinionego działania, zaś analiza uszczerbku powinna być rozpatrywana w odniesieniu do zasady proporcjonalności. W związku z powyższym pierwszeństwo przy ustalaniu wysokości korekty finansowej zostało przypisane tzw. metodzie dyferencyjnej. Jednakże w większości przypadków skutki finansowe określonego naruszenia są pośrednie lub rozproszone, a zatem trudne lub niemożliwe do oszacowania. W związku z tym, zdaniem części instytucji, zastosowanie stawek procentowych wskazanych w „taryfikatorze” może doprowadzać do ustalenia wysokości korekty finansowej wielokrotnie wyższej od wysokości korekty finansowej ustalonej metodą dyferencyjną, co w konsekwencji ma wymierne znaczenie dla beneficjentów i niejednokrotnie nadwyręża ich finanse.

Ponadto instytucje wskazują, że kontrole zamówień publicznych przeprowadzone przez Prezesa UZP, traktują niektóre naruszenia wyszczególnione w załączniku do „taryfikatora” jako uchybienia formalne, tj. nie stanowiące rażącego naruszenia PZP i nie mające wpływu na wynik postępowania. W takich sytuacjach niezrozumiałe są dla beneficjentów różnice w kwalifikacji uchybień w stosowaniu PZP wskazywanych przez Prezesa UZP, jako centralnego organu administracji właściwej w sprawach zamówień publicznych i instytucji zobligowanych do stosowania Taryfikatora.

Odnosząc się do powyższych spostrzeżeń należy podkreślić, że oceniając błędy i nieprawidłowości stwierdzane w trakcie realizacji projektów współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych, w tym błędy i nieprawidłowości związane z realizowanymi procedurami udzielania zamówień publicznych, nie można abstrahować z jednej strony od przepisów wspólnotowych, w tym zwłaszcza przepisów art. 2 ust. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 zawierającego definicję nieprawidłowości, z drugiej natomiast od zaleceń i praktyki stosowanej przez dysponenta środków, czyli KE, w tym zwłaszcza *Wytycznych dotyczących określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z Funduszy Strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych*<sup>33</sup>. Zestawiając definicję nieprawidłowości z zaleceniami zawartymi w przywołanych *Wytycznych* otrzymujemy dość wąskie ramy, w ramach których poruszać się mogą instytucje odpowiedzialne za kontrolę i nakładanie korekt finansowych związanych ze stwierdzonymi nieprawidłowościami. Definicja nieprawidłowości wskazuje bowiem, że jest nią naruszenie przepisów wynikające z działania bądź zaniechania podmiotu gospodarczego, mające lub mogące mieć negatywny wpływ na budżet wspólnotowy. Uwzględniając powyższe nie sposób zaprzeczyć, że naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych wypełniają przesłanki pozwalające na uznanie ich za nieprawidłowości. Należy również wskazać, że nieprawidłowości związane z zamówieniami publicznymi są szczególnie skrupulatnie śledzone, a następnie penalizowane przez KE, jako wpływające negatywnie na podstawowe zasady określone w Traktacie o Funkcjonowaniu UE. Waga, jaką KE przywiązuje do prawidłowości realizowanych procedur udzielania zamówień publicznych, znalazła odzwierciedlenie w *Wytycznych*, stanowiących podstawę dla „taryfikatora”.

---

<sup>33</sup> Dalej: Wytyczne COCOF

Ponadto warto wskazać, że szkoda nie wynika, jak wskazano powyżej, z „zamierzonego i zawinionego działania”, a odnosi się do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli. Kwestię zamierzonego działania można odnieść jedynie do stwierdzenia ewentualnej winy. Reasumując stwierdzić należy, że szkoda w budżecie UE jest określona na dwa sposoby, jako:

- szkoda rzeczywista - środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone beneficjentowi;
- szkoda potencjalna - środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta.

Podstawą nałożenia korekty nie jest więc stwierdzenie winy ale naruszenie przepisów.

### **5.15. Umowy ramowe**

***Art. 99. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.***

***Art. 100. 1. Umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego umowa taka może być zawarta na okres dłuższy.***

***2. O zawarciu umowy ramowej na okres dłuższy niż 4 lata zamawiający niezwłocznie zawiadamia Prezesa Urzędu, podając wartość i przedmiot umowy oraz uzasadnienie faktyczne i prawne.***

***3. Umowę ramową zawiera się:***

- 1) z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne;***
- 2) co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.***

***4. Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczania konkurencji.***

***Art. 101. 1. Zamawiający udziela zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową:***

- 1) wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową, na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej; przepis art. 68 ust. 1 stosuje się odpowiednio;***
- 2) wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając do składania ofert; przepisy art. 45 i 46, art. 60 ust. 2, art. 64 ust. 1 i 3 oraz art. 92 stosuje się odpowiednio.***

***2. Udzielając zamówienia, o którym mowa w ust. 1, zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli zmiana ta nie jest***

**istotna. Zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej.**

**3. Oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.**

**4. Do zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową, nie stosuje się przepisów art. 26 oraz art. 169 ust. 2.**

Instytucje wskazują, że stosunkowo rzadkie jest wykorzystanie umów ramowych w celu kontraktowania zamówień publicznych. Wynika to zapewne z niewiedzy i nieumiejętności stosowania przepisów dotyczących umów ramowych.

Umowa ramowa, jak sama nazwa wskazuje, wyznacza jedynie »ramy«, warunki przyszłych umów. Jest to porozumienie zawierane z jednym lub kilkoma przedsiębiorcami, na mocy którego ustalane są warunki dla jednostkowych zamówień, jakie mają zostać udzielone w określonym czasie, przede wszystkim warunki określające przedmiot zamówienia w ujęciu ilościowym i jakościowym, wzajemne współdziałanie stron na wypadek realizacji zamówienia jednostkowego, cenę odniesioną do świadczenia częściowego, kary umowne, warunki gwarancji jakości itd. W odróżnieniu od umowy przedwstępnej umowa ramowa nie nakłada na zainteresowanych obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej, nie jest też umową tymczasową (gasnącą w wyniku zawarcia umowy częściowej), ponieważ obowiązuje ostatecznie, aczkolwiek nie stwarza ona więzi o bezpośredniej doniosłości gospodarczej, lecz jedynie wyznacza warunki dla przyszłych umów jednostkowych. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Zgodnie z PZP zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania o charakterze konkurencyjnym, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówień w trybach:

- przetargu nieograniczonego,
- przetargu ograniczonego,
- negocjacji z ogłoszeniem.

Celem takiej procedury, przeprowadzanej w ramach jednego postępowania, jest wyłonienie jednego lub kilku wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową. Zawarcie umowy ramowej uprawnia zamawiającego do nabywania świadczeń zakontraktowanych „wstępnie” tą umową od wykonawców, z którymi ją zawarł. Następuje to w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia w zależności od tego, czy umowa ramowa była zawarta z jednym, czy też z większą liczbą wykonawców. Stosując przepisy właściwe dla ww. trybów (z wyjątkiem art. 62 i 63 oraz art. 67 ust. 1 i 2 PZP), zamawiający dopiero wtedy udziela konkretnego zamówienia, przy czym przygotowując postępowanie, jest zwolniony z obowiązku żądania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz poddania postępowania kontroli uprzedniej Prezesa UZP. Zamówienie realizacyjne powinno być udzielone na warunkach określonych w umowie ramowej. Dopuszcza się jednak ich nieistotną zmianę, z wyjątkiem kryteriów oceny ofert określonych w umowie

ramowej, które muszą być dokładnie takie, jak w tej umowie.<sup>34</sup> Zamawiający z administracji rządowej mogą udzielać zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez **centralnego zamawiającego** – jeżeli umowa ramowa to przewiduje. Centralny zamawiający może dokonywać czynności również na potrzeby innych zamawiających.

#### **5.16. Stawka podatku VAT**

**Art. 2. Ilekroć w ustawie jest mowa o:**

1) **cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.<sup>1)</sup>);**

**Art. 87. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.**

**1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**2. Zamawiający poprawia w ofercie:**

**1) oczywiste omyłki pisarskie,**

**2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,**

**3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty**

**- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.**

**Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:**

...

**6) zawiera błędy w obliczeniu ceny**

W opinii części instytucji problem stanowi ocena ofert zawierających różne stawki podatku od towarów i usług (VAT), na co wpływ ma m.in. rozbieżne orzecznictwo KIO.

Jak wynika z dwóch uchwał Sądu Najwyższego (III CZP 52/11, III CZP 53/11 – 20 października 2011 r.) **Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki**, i tym samym jest podstawą do odrzucenia oferty.

<sup>34</sup> R. Szostak "Umowa ramowa w sektorowych zamówieniach publicznych cz. I", [w:] "Zamówienia Publiczne. Doradca", nr 2/05

Zgodnie z uzasadnieniem uchwały III CZP 52/11, zamawiający w granicach określonych ustawą, ma prawo do kontroli poprawności zgłoszonych ofert, zatem badania także i niezgodności występującej pomiędzy stawkami VAT w ofercie i w SIWZ. Na ofercie spoczywa obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT. Zdaniem Sądu Najwyższego „podatek VAT jest bez wątpienia elementem cenotwórczym dlatego nie jest przekonywający argument, podnoszony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczony w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego przedstawiającego zagadnienie prawne, że ocena zastosowania przez oferentów prawidłowej stawki podatku VAT może być dokonywana wyłącznie przez Ministra Finansów lub organy kontroli skarbowej, a nie przez zamawiającego i to także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Inną kwestią jest to, że skutki prawne takiej interpretacji, tj. oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, dokonanej przez zamawiającego przy wstępnej ocenie ofert wykonawców, ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurystycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tychże wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym”.

Aby zachować zasady uczciwej konkurencji, zamawiający musi oceniać oferty, w których ceny zostały obliczone wg tych samych reguł.

Sąd Najwyższy wyróżnił dwie sytuacje:

**a) Wystąpienie oczywistej omyłki:**

Aby mogło dojść do omyłki w ofercie dotyczącej zastosowania nieprawidłowej stawki VAT, zamawiający musi wskazać w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT. Niezgodność taka, nakładała obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

**b) Błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty:**

Zdaniem Sądu Najwyższego w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Nie wystąpi bowiem wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki wystąpienia niezgodności. W takim przypadku w grę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. W takim przypadku zamawiający musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która, jako element cenotwórczy, ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny.

Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym

nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny, przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Nie ma wpływu na przesłanki odrzucenia oferty stopień winy wykonawcy składającego ofertę z wadliwą ceną. Zdaniem Sądu, nawet w sytuacji, w której obliczenie w ofercie wysokości ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie jest elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego za wszelką cenę do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przez niego przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie neguje to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie tego błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od winy zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty.

Należy również zwrócić uwagę, że dla celów ustalenia właściwej stawki podatku nie ma znaczenia specjalizacja wykonawcy świadczącego usługę, ponieważ podatek od towarów i usług ma charakter przedmiotowy, tym samym klasyfikacja usług odnosi się do rodzaju wykonywanych czynności a nie do podmiotu, który czynności te wykonuje.

#### **5.17. Konieczność wstrzymania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do momentu podpisania umowy o dofinansowanie.**

***Art. 93. 1a. Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:***

- 1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo***
- 2) zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo***
- 3) zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.***

Uwaga Instytucji: Beneficjenci wskazują na brak możliwości ogłoszenia przetargu przed podpisaniem umowy z Instytucją Pośredniczącą jako powód opóźnień w realizacji projektu.

Nie ma podstawy do twierdzenia, że beneficjent nie może rozpocząć postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed podpisaniem umowy o dofinansowanie. Art. 93 PZP wyraźnie wskazuje, że w przypadku nie otrzymania dofinansowania, beneficjent (zamawiający) **może** unieważnić postępowanie, o ile przewidział taką możliwość odpowiednio w ogłoszeniu albo w zaproszeniu do negocjacji czy zaproszeniu do składania ofert. Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie, by beneficjent, o ile ma takie możliwości, rozstrzygnął postępowanie i sfinansował je ze środków własnych.

## 6. Postulowane zmiany w przepisach – stanowisko UZP do możliwości wprowadzenia zmian

### 6.1. Dialog techniczny

Wśród postulatów zgłaszanych przez instytucję znalazła się propozycja wprowadzenia do treści PZP instytucji „**dialogu technicznego**”, dotyczącego zamówień na usługi badawcze. Zamówienia te wymagają bardzo specjalistycznej wiedzy na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia. Możliwość uzyskania informacji od potencjalnych wykonawców i skorzystania z ich doradztwa są niezwykle cenne dla uzyskania zamierzonego przez zamawiającego efektu. Ponadto dialog ułatwiałby zamawiającym formułowanie jakościowych kryteriów oceny ofert. Firmy, z którymi prowadzony byłby dialog, mogłyby brać udział w postępowaniu przetargowym.

Propozycja wprowadzenia instytucji dialogu technicznego znalazła się w *Założeniach projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2011 r.*

### 6.2. Podział na etapy postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego

***Art. 29 ust. 4. Dyrektywy 2004/18/WE - Aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Możliwość skorzystania z takiego rozwiązania instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym.***

Wśród sugerowanych rozwiązań obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych, znalazła się również propozycja dotycząca wyraźnego dopuszczenia podziału na etapy postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego w PZP. W jej efekcie możliwa byłaby redukcja liczby wykonawców na kolejnych etapach dialogu, co z kolei spowodowałoby skrócenie czasu trwania dialogu, obniżenie kosztów oraz zwiększenie zaangażowania wykonawców, którzy pozostaliby w dialogu (nie byłoby konieczne prowadzenie równoległe dialogu z wykonawcami, których rozwiązania nie odpowiadają potrzebom zamawiającego).

UZP w tym zakresie proponuje, aby w dialogu konkurencyjnym, podobnie jak to ma miejsce w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, był to jeden z trybów podstawowych, czyli takich, z których zamawiający może zawsze skorzystać, ale tylko w przypadku zamówień o wartościach nie przekraczających progów unijnych. Ponieważ dyrektywy unijne dotyczą jedynie zamówień przekraczających określone wartości, państwa członkowskie dysponują swobodą, gdy chodzi o określanie procedur udzielania zamówień o mniejszej wartości, z zastrzeżeniem wszakże obowiązku przestrzegania podstawowych zasad prawa unijnego.

Ponadto proponuje się, aby minimalna liczba wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do udziału w dialogu, wynosiła, w przypadku zamówień unijnych, nie 5 tak jak obecnie, ale 3. Zdaniem



UZP taka zmiana jest po pierwsze zgodna z przepisami unijnymi, po drugie powinna znacznie ułatwić zamawiającemu prowadzenie postępowania w tym trybie. Negocjacje z trzema, a nie jak dotychczas z pięcioma wykonawcami, powinny przyspieszyć postępowanie w tym jednym z najdłuższych trybów. Proponuje się także rezygnację z wyznaczenia w ustawie minimalnego terminu składania ofert (w PZP wynosi on co najmniej 10 dni, podczas gdy nie jest uregulowany w dyrektywie), przy pozostawieniu zasady ogólnej, że termin składania ofert powinien być dostatecznie długi, aby umożliwić przygotowanie i złożenie oferty. Zamawiający mógłby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych w trakcie dialogu. Zamawiający będzie bowiem mógł przewidzieć, że postępowanie toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, wskazując możliwość skorzystania z rozwiązania polegającego na stopniowej eliminacji rozwiązań, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego, a także stosując do wyboru rozwiązań podlegających omówieniu na dalszych etapach kryteria udzielenia zamówienia wskazane ogłoszeniu o zamówieniu oraz opisie potrzeb i wymagań zamawiającego.<sup>35</sup>

### **6.3. Kwota progowa**

***Art. 4 ust. 8 Ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14.000 euro***

Część instytucji zgłosiła propozycje zwiększenia kwoty progowej, poniżej której zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisów PZP.

Prezes UZP stoi na stanowisku<sup>36</sup>, że podniesienie progu stosowania PZP ustawy względem aktualnie obowiązującego, (tj. powyżej 14 000 euro), nie jest zasadne z uwagi na zagrożenie dla gospodarowania środkami publicznymi, związane ze zwiększeniem skali zlecenia dostaw, usług i robót budowlanych nabywanych bez zastosowania reżimu zamówień publicznych. W konsekwencji powstaje niekorzystne dla rozwoju gospodarki ograniczenie konkurencji w ubieganiu się o zamówienie ze względu na niestosowanie trybów otwartych i kierowanie się arbitralnymi decyzjami podmiotów zlecających realizację świadczeń. Ponadto, brak stosowania podstawowej dla PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, rodzi niebezpieczeństwo wzrostu kosztów zlecanych świadczeń. Niestosowanie przy udzielaniu zamówień gwarantowanych ustawą mechanizmów zapewniających jakość zarówno po stronie wykonawcy świadczącego zamówienie, w szczególności poprzez weryfikację spełniania przez niego warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, jak i po stronie samego przedmiotu zamówienia, poprzez ocenę spełniania wymagań zamawiającego, z zastosowaniem odpowiednich reguł oceny ofert pod tym kątem, może prowadzić do obniżenia jakości świadczeń.

Zdaniem Preseza UZP, podwyższenie progu stosowania PZP, może stanowić również zagrożenie dla wydatkowania środków finansowych pochodzących z budżetu UE zgodnie z zasadami *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, tj. w szczególności zgodnie z zasadą niedyskryminacji i równego

<sup>35</sup> Urząd Zamówień Publicznych, *Propozycje zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych*, Grudzień 2011 r. Str. 17

<sup>36</sup> UZP/DP/O-KKO/20366/3500/12 – odpowiedź na interpelację Posła Andrzeja Lewandowskiego z 28 lutego 2012 r.

traktowania oraz przejrzystości przy udzielaniu zamówień.

#### 6.4. Podwykonawstwo

**Art. 36 ust. 5. Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.**

W opinii instytucji przepisy PZP są sprzeczne z zaleceniami Komisji Europejskiej w odniesieniu do ograniczenia podwykonawstwa. Jednym z proponowanych rozwiązań jest jednoznaczne uregulowanie przedmiotowej kwestii. Propozycja przewiduje, że w przypadku, gdy całkowite ograniczenie podwykonawstwa jest nieakceptowane przez KE bez względu na okoliczności, należy z art. 36 ust. 5 PZP usunąć odpowiednie przepisy, aby uniknąć sytuacji, w której postępowanie beneficjenta prawidłowo stosującego przesłanki będzie podważane ze względu na stanowisko KE.

Ograniczenie podwykonawstwa jest dopuszczalne w wyjątkowych sytuacjach, ze względu na szczególny charakter przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności. Ograniczenie podwykonawstwa, jako wyjątek od zasady, powinno być interpretowane ściśle, a ciężar udowodnienia szczególnej sytuacji uzasadniającej takie ograniczenie spoczywa każdorazowo na zamawiającym<sup>37</sup>. Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z podejściem Instytucji Audytowej, ograniczenie podwykonawstwa może dotyczyć głównej, niewrażliwej części zamówienia, natomiast nie powinno dotyczyć kwestii pobocznych.

#### 6.5. Termin uzupełniania dokumentów

**Art. 26 ust. 3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.**

Problemem zgłaszającym w kontekście przywołanego artykułu przez instytucje jest składanie przez oferentów **niekompletnych ofert**. Problem ten wynika ich zdaniem z dopuszczenia w art. 26 ust. 3 PZP możliwości m.in. uzupełniania przez wykonawców wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, bez określenia dokładnego terminu na

---

<sup>37</sup> Sprawa C314/01 ARGE Telekom & Partner, 18 marca 2004 r.

dokonanie uzupełnień. Brak określenia ww. terminu powoduje, iż w praktyce postępowań zamawiająca wyznaczają terminy co najmniej 7-dniowe, w celu uniknięcia składania przez wykonawców odwołań dotyczących wyznaczenia zbyt krótkiego terminu. W związku z powyższym instytucje zgłaszają postulat usunięcia wskazanej wyżej możliwości lub ustalenie konkretnego, krótkiego terminu (np. 3-dniowego) w celu skrócenia czasu trwania postępowania, poprzez wyeliminowanie sytuacji, gdy wykonawcy świadomie składają niepełne oferty, mając na uwadze, iż i tak zostaną wezwani do ich uzupełnienia przez zamawiającego. Postulowane jest wprowadzenie rozwiązań systemowych, umożliwiających wykluczenie oferentów ze względu na braki w dokumentacji oraz zezwalające na odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Zdaniem UZP ustalenie sztywnego terminu na uzupełnianie dokumentów jest bezzasadne z uwagi na to, że elastyczne ujęcie problemu uzupełniania dokumentów pozwala na zastosowanie przepisu w odniesieniu do dużej grupy stanów faktycznych i pozwala na uniknięcie kazuistycznych rozwiązań, które w określonych przypadkach mogłyby uniemożliwić lub utrudnić sprawne prowadzenie postępowań i osiągnięcie zakładanych przez zamawiającego celów<sup>38</sup>.

#### **6.6. Zaostrzenie przepisów umożliwiających eliminację nieuczciwych wykonawców**

**Art. 24. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:**

**1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;**

**1a) wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;**

Instytucje postulowały wprowadzenie rozwiązań w większym niż dotychczas stopniu chroniących zamawiającego, pozwalających na eliminację z postępowań nieuczciwych wykonawców bez ograniczenia konkurencyjności postępowania. Postulat dotyczy zaostrzenia przepisów pozwalających na wykluczenie wykonawcy np. w przypadku, gdy toczy się przeciwko niemu postępowanie sądowe o nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Ze względu na przewlekłość toczących się postępowań sądowych możliwość wykluczenia nierzetelnego wykonawcy następuje dopiero po wielu latach, a zamawiający, mimo wątpliwości co do wiarygodności oferenta, nie może go wykluczyć z wzięcia udziału z kolejnych postępowaniach.

Jednak wprowadzenie możliwości wykluczenia nierzetelnego wykonawcy przed stwierdzeniem tej nierzetelności przez obiektywny i niezależny organ jest posunięciem zbyt daleko idącym, dającym możliwość podważania takiej decyzji jako arbitralnej i godzącej w zasadę wolnej konkurencji. Może

<sup>38</sup> Sprawa C – 176/98 Holst Italia z 2 grudnia 1999 r.

również budzić obawy co do przejrzystości i obiektywizmu podejmowanych przez niektórych zamawiających decyzji, które mogą narazić wykonawcę na istotne straty.

Natomiast można rozważyć zasadność wprowadzenia w takich przypadkach, tj. gdy ww. wykonawca ubiega się o zamówienie u tego samego zamawiającego w kolejnym postępowaniu, możliwości żądania kaucji, zwiększenia wysokości zabezpieczeń nienależytego wykonania umowy, zwiększenia kar umownych z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność etc. Należy jednak pamiętać, że zarzuty wobec wykonawcy powinny być udowodnione a niejednokrotnie zamawiający odstępują od egzekwowania należytego wykonania umowy, licząc, że dany wykonawca nie weźmie udziału w kolejnym postępowaniu.

#### **6.7. Potwierdzenie wymogów jakościowych**

***Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane***<sup>39</sup> nie daje zamawiającemu możliwości żądania, aby na potwierdzenie spełniania wymogów jakościowych materiałów eksploatacyjnych składane być mogły dokumenty wystawione przez inny podmiot, nie związany z wykonawcą składającym ofertę, ani z producentem tych materiałów. Ponadto obecnie nie ma możliwości żądania od wykonawcy dokumentacji potwierdzającej doświadczenie oraz kwalifikacje. W tym kontekście pojawia się wątpliwość dotycząca prawidłowego (zgodnego z przepisami) formułowania wymagań w stosunku do wykonawców świadczących usługi szkolenia, które nie naruszają zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (wątpliwości dotyczą potwierdzeń zgodności działań oferenta z normami jakościowymi, wydanymi przez niezależny podmiot oceniający w sytuacji, gdy zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich).

### **7. Proponowane działania w celu rozwiązania występujących problemów i uniknięcia ich w przyszłości.**

#### **7.1. Inwestowanie w kadry, które odpowiadają za zamówienia w instytucji, przyczyną problemów jest często brak wiedzy, itp. (szkolenia, studia, systemy motywacyjne, itp.)**

Część zgłaszanych uwag w szczególności o charakterze legislacyjnym wynika z niewystarczającej wiedzy instytucji na temat obowiązujących przepisów. Zauważalny brak zrozumienia treści a także idei zamówień publicznych, jedynie ogólna wiedza na temat trybów zamówień i różnicy między nimi. Przeprowadzona analiza wykazała, że przyczyną dużej części problemów jest brak zarówno u zamawiających jak i wykonawców, wystarczającej wiedzy dotyczącej PZP. Dotyczy to nie tylko kwestii wskazanych powyżej, takich jak wybór odpowiedniego trybu czy zastosowanie kryteriów oceny ofert. Beneficjenci w swoich uwagach wskazują również jako pożądane rozwiązania, które już w PZP są zawarte.

---

<sup>39</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817

Problemem jest również brak profesjonalnych kadr na poziomie organów państwa. Wydaje się, że jedynym rozwiązaniem tych problemów jest zapewnienie specjalistów, którzy będą w stanie zabezpieczyć interesy obu stron postępowania o zamówienie publiczne i dbałość o ciągłość kadr, które będą uczestniczyć w szkoleniach i pogłębiać swoją znajomość przedmiotu. Brak wyspecjalizowanej kadry w urzędach skutkuje przedłużającymi się postępowaniami, ma znaczący wpływ na błędy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co z kolei ma duży wpływ na odsetek nieprawidłowości stwierdzanych przez organy kontrolne.

### **7.2. Większa staranność przygotowania procedury udzielania zamówienia i jej przeprowadzania**

Poza brakiem kompetencji jedną z najpoważniejszych przyczyn generujących późniejsze błędy przy przeprowadzaniu postępowania jest niestaranność. Nie tylko znacząco wpływają one na przedłużenie w niektórych przypadkach i tak długotrwałej procedury, ale również są powodem błędów skutkujących koniecznością nakładania korekt finansowych. Niestaranność występuje zarówno przy przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i przy przygotowaniu oferty oraz dokumentów z tym związanych. Instytucje powinny zwrócić większą uwagę na staranność przygotowania procedury udzielania zamówień, biorąc pod uwagę możliwe konsekwencje popełnianych błędów, zapewnić odpowiednie planowanie, realistyczne harmonogramy czy starannie przygotowaną dokumentacją.

### **7.3. Problem niespójności orzecznictwa KIO i innych organów.**

UZP proponuje aby w celu zapewnienia większej jednolitości orzeczeń KIO umożliwić temu organowi podejmowanie uchwał dotyczących kwestii, które budzą szczególnie istotne wątpliwości interpretacyjne<sup>40</sup>.

Podejmowanie decyzji w formie uchwał przez KIO jest szczególnie istotne w sytuacji pojawienia się rozbieżności w jej orzecznictwie, będących następstwem kilku czynników, w tym m.in. złożonością norm zawartych w przepisach i odmienną ich wykładni, liczby członków KIO (40) jak i znaczącą ilości rozpoznawanych spraw (w roku 2011 KIO rozstrzygnęła blisko 3000 spraw). Podjęcie przedstawionej powyżej uchwały nie będzie wykluczało możliwości ponownego poddania kwestii będącej jej tematem pod obrady Izby, jeżeli zmienią się okoliczności, które miały wpływ na jej podjęcie. Zaliczyć do nich należy odmienną linię orzecniczą sądów powszechnych i Sądu Najwyższego lub zmianę przepisów PZP. Uchwała KIO nie miałaby charakteru wiążącego dla poszczególnych członków Izby, ale z uwagi na jej rangę, wynikającą z wysokiej, kwalifikowanej, większości głosów, wymaganej do jej przyjęcia, stanowiłaby niewątpliwie jasną wytyczną przy interpretacji przepisów dla poszczególnych członków KIO, tym samym ograniczając ryzyko pojawienia się rozbieżności w orzecznictwie. Niewątpliwie, ze względu na publiczny charakter, tego rodzaju uchwała KIO byłaby również pomocna w praktycznym stosowaniu przepisów PZP przez zamawiających.

Stosowną uchwałę podejmowałoby Zgromadzenie Ogólne KIO zwołane:

1) na wniosek Prezesa UZP lub

---

<sup>40</sup> Str. 28, Propozycje zmian ustawy Prawo zamówień publicznych.

2) na wniosek co najmniej pięciu członków Izby, lub

3) z urzędu, przez Prezesa Izby.

Tego rodzaju uchwała podejmowana byłaby większością 2/3 głosów, w obecności co najmniej 2/3 składu KIO.

W Propozycjach zmian ustawy Prawo zamówień Publicznych...znalazły się zapisy dotyczące kwestii rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP przez KIO. W związku z tym, że członkowie KIO są zatrudniani przez Prezesa UZP oraz że w PZP nie ma przepisu nadającego KIO kompetencje do rozstrzygnięcia w takich kwestiach proponuje się aby zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej albo uprzedniej były rozpatrywane przez Prezesa UZP w terminie 15 dni od dnia ich doręczenia. Prezes będzie mógł utrzymać w mocy wynik kontroli albo uchylić wynik kontroli i rozpatrzyć zastrzeżenia zamawiającego do tych wyników kontroli. Zastrzeżenia zamawiającego będą rozpatrywane przez innych pracowników Urzędu aniżeli ci, którzy przeprowadzili kontrolę doraźną albo uprzednią, od wyników której zastrzeżenia zostały wniesione.

Zdaniem UZP powyższe rozwiązanie pozwoli ponadto:

- zapewnić większą spójność w zakresie prowadzonych kontroli albowiem zastrzeżenia rozpatrywane są przez 3-osobowe składy KIO, co rodzi ryzyko niespójności rozstrzygnięć;
- ograniczyć ryzyko sporu pomiędzy Prezesem UZP a KIO w zakresie oceny zachowania zamawiających, co nie jest pożądane z punktu widzenia wizerunku organów władzy publicznej;
- wyeliminować niespójność wyników kontroli po opiniach KIO z wynikami kontroli innych organów administracji rządowej (np. instytucji zarządzających środkami unijnymi).

Jednocześnie należy pamiętać, że wyroki KIO każdorazowo odnoszą się do pewnego ustalonego stanu faktycznego, i nie zawsze można je odnosić do innych postępowań bowiem czasem o treści wyroku w sprawach, wydawałoby się o podobnym lub tym samym zakresie przedmiotowym i podmiotowych, decydują niuanse, indywidualne okoliczności.

#### **7.4. Analiza i ewentualna zmiana procedur wewnętrznych instytucji w zakresie udzielania zamówień**

Większość instytucji wśród podstawowych problemów utrudniających prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazywała skomplikowane procedury wewnętrzne (np. konieczność sporządzania dodatkowych dokumentów nie wynikająca bezpośrednio z przepisów PZP, wymaganie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu w przypadku zamówień o wartości poniżej kwoty 14 tys. euro), niezadowalający poziom współpracy między komórkami organizacyjnymi instytucji odpowiedzialnych za przygotowanie postępowania oraz postępującą biurokratyzację (konieczność aprobowania dokumentów przez kolejne komórki – zamówień publicznych, prawną, finansową, rozliczenia funduszy, merytoryczną etc.). Problem braku współpracy między poszczególnymi komórkami był poruszany kilkakrotnie, co wskazuje na konieczność przeprowadzenia dogłębnej analizy wpływu umiejscowienia komórek odpowiedzialnych

za zamówienia publiczne w strukturze organizacyjnej poszczególnych instytucji na sprawność i efektywność prowadzenia zamówień publicznych. Wydaje się również właściwym również przeprowadzenie przeglądu obowiązujących wytycznych pod kątem maksymalnego uproszczenia procedur, np. przez ograniczenie się do wymagania jedynie dokumentów niezbędnych z punktu widzenia obowiązującego prawa.

## **8. Podsumowanie**

W badaniu mającym na celu ocenę sposobu zarządzania i wdrażania Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki zawarto stwierdzenie, że prawo zamówień publicznych jest źródłem przeciągających się procedur przetargowych. Natomiast analiza zagadnień przekazanych do IK NSRO i opisanych w niniejszym dokumencie zdaje się wskazywać, że to nie samo prawo, ale w dużym stopniu tak zwany czynnik ludzki (tj. sposób stosowania procedur i brak umiejętności wykorzystywania dostępnych narzędzi przez osoby zaangażowane w proces przygotowania i przeprowadzenia zamówień publicznych) przyczynia się do wydłużania procedur. Problem przedłużających się procedur udzielania zamówień publicznych to również efekt nieumiejętności sprawnego komunikowania się między jednostkami odpowiedzialnymi za poszczególne etapy przeprowadzenia postępowania, brak aktualnej wiedzy oraz często braki kadrowe w komórkach zajmujących się zamówieniami publicznymi.

Należy podkreślić, że wszystkie dotychczasowe nowelizacje PZP miały na celu usprawnienie, skrócenie czasu przeprowadzenia zamówienia publicznego i usunięcie powstałych niejasności. Należy również pamiętać o tym, że PZP musi gwarantować konkurencyjność i jednaki dostęp do informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców, bezstronność oraz obiektywizm. Nie można również zapominać o tym, że podstawowymi trybami zamówień publicznych są tryby konkurencyjne. Wobec powyższego postulat niektórych instytucji, podnoszących zasadność udzielania zamówień współfinansowanych ze środków unijnych, niezależnie od kwoty, w trybie zamówienia z wolnej ręki jako trybu najprostszego, najmniej pracochłonnego i najszybszego, nie może zostać uznany za możliwy do przyjęcia.