ODPOWIEDZI NA PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ UCZESTNIKÓW SEMINARIUM SZKOLENIOWEGO W DNIU 26.07.2007 R.

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO KATOWICE

1. Czy można uznać za roboty dodatkowe - na podst. art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a - roboty, których pierwotnie nie przewidziano w zamówieniu podstawowym, a w późniejszym terminie zapadły decyzje, że należy je wykonać?

Czy taką sytuację można uznać za niemożliwą wcześniej do przewidzenia?

Roboty dodatkowe to:

- monitoring widowni,
- instalacje elektryczne zasilające tablicę wyników,
- maszty flagowe przed wejściem,
- stanowisko do ćwiczeń,
- zegar,
- herb miasta na elewacji budynku.

Przed wykonaniem zamówienia podstawowego w/w prace należy wykonać, aby była zachowana gwarancja na roboty podstawowe.

Ingerencja w wykonaną konstrukcję przez Generalnego Wykonawcę, który daje gwarancję na cały obiekt.

Jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych stanowi zasada prymatu przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego. Powyższe oznacza, iż podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim tryby podstawowe, a zastosowanie pozostałych - przewidzianych ustawą - trybów, jest możliwe tylko i wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w ustawie (art. 10).

Powyższe regulacje stanowią odzwierciedlenie zasad Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, w szczególności zasady przejrzystości jak i zasad określonych dyrektywami wspólnotowymi. W myśl art. 28 dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, *stosując procedury otwarte lub ograniczone. W szczególnych okolicznościach, jasno określonych w art. 29, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego, w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31, mogą one stosować procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji.*

Z powyższych regulacji w sposób jednoznaczny wynika, iż okoliczności uzasadniające odstąpienie od stosowania procedur należy traktować jako wyjątek od zasady, co oznacza, iż nie można stosować wykładni rozszerzającej.

Z treści art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) ustawy, który został wskazany jako podstawa ewentualnego wszczęcia postępowania, wynika konieczność wykazania przez zamawiającego łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1. zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych;
2. zamówienie nie jest objęte zamówieniem podstawowym;
3. wartość zamówienia nie przekracza łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia;
4. zamówienie jest niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego;
5. wykonanie zamówienia stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia;
6. z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Analiza przedmiotowego zakresu robót wskazanych jako „dodatkowe" (monitoring widowni, instalacje zasilające tablice wyników, maszty flagowe przed wejściem, stanowisko do ćwiczeń, zegar), nie wskazuje na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Po pierwsze, zamówienie dodatkowe nie jest niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, tj. od wykonania zamówienia dodatkowego nie jest uzależnione zakończenie zamówienia podstawowego. Po drugie, brak jest okoliczności wskazujących, iż konieczność realizacji zamówienia dodatkowego była niemożliwa wcześniej do przewidzenia. Zakres robót wskazuje, iż nie mamy do czynienia z robotami dodatkowymi, których realizacji nie można było wcześniej przewidzieć, lecz z planowym rozszerzeniem zakresu przedmiotowego zamówienia publicznego.

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO ST. WARSZAWĘ

1. ***Jakie muszą być spełnione warunki (zapisy finansowe i prawne) dla klauzul waloryzacyjnych do umów (szczególnie dla robót budowlano-montażowych) w kontekście zapisu art. 85 ust. 1 ustawy o finansach publicznych?***

W związku z pojawiającymi się wątpliwościami w sprawie dopuszczalności stosowania klauzul waloryzacyjnych w świetle art. 85 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się pismem z dnia 7 sierpnia 2007 r. (znak: UZP/DP/19939/07) do Ministerstwa Finansów z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy w świetle ustawy o finansach publicznych dopuszczalne jest zamieszczanie klauzul waloryzacyjnych oraz przyznawanie wykonawcom wynagrodzenia kosztorysowego w umowach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przedstawienie stanowiska w tej kwestii przez Ministerstwo Finansów umożliwi udzielenie ostatecznej odpowiedzi na postawione pytanie.

2. Czy koszty waloryzacji będą mogły być uznane za kwalifikowane dla projektów dofinansowanych ze środków UE, w przypadku, gdy roboty, zakupy, usługi wykonywane i podlegające waloryzacji będą w umowie o dofinansowanie projektu uznane za kwalifikowane.

Możliwość uznania za kwalifikowane kosztów związanych z waloryzacją wynagrodzenia wykonawcy wykracza poza materię regulowaną ustawą Prawo zamówień publicznych.

3. Czy dopuszczalne jest ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zamawiający nie ma zabezpieczonych w budżecie środków finansowych na realizację zamówienia w wysokości odpowiadającej wartości szacunkowej zamówienia, jednakże spodziewa się otrzymać równowartość tej kwoty z oszczędności, innych źródeł finansowania (np. dotacji) lub też przewiduje, iż oferty cenowe w danym postępowaniu znajdą się na niższym pułapie cenowym niż wartość kosztorysowa określonych robót budowlanych?

Mając na uwadze wyłącznie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a także dotychczasową praktykę udzielania zamówień publicznych, skorzystanie z możliwości wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zamawiający nie ma jeszcze zagwarantowanych środków na realizację zamówienia, nie jest sprzeczne z jej uregulowaniami.

W aspekcie powyższego należy jednak zwrócić uwagę na dwa zagadnienia:

Po pierwsze, ustawa o finansach publicznych wymaga, aby zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych zaciągał zobowiązania w zakresie przewidzianym w planie jednostki. Jeśli zatem zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych zaciąga zobowiązanie wykraczając poza zakres wydatków przewidzianych w planie finansowym stanowi to naruszenie dyscypliny finansów publicznych nawet w przypadku, gdy plan zostanie w późniejszym terminie zmieniony, a także gdy umowa o zamówienie publiczne zostanie później dostosowana do planu finansowego.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich.

Art. 11 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazuje, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia. Z kolei ust. 2 cyt. przepisu stanowi, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do dokonania

wydatku powodującego przekroczenie kwoty wydatków ustalonej w rocznym planie finansowym jednostki wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

Co do zasady zatem zamawiający może wszcząć postępowanie o zamówienie publiczne nie mając jeszcze zabezpieczonych środków na realizację zamówienia publicznego, obowiązek ten zachodzi w chwili zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu.

Po drugie, zamawiający decydując się na wszczęcie postępowania bez zabezpieczonych środków w sytuacji unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z powodu ostatecznego nie uzyskania odpowiednich środków na realizację zamówienia powinien liczyć się z koniecznością zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu.

Konsekwencje unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, w tym zagadnienie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych należnych wykonawcom od zamawiającego reguluje art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przewiduje on, iż w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Pierwszą przesłanką powstania roszczenia wykonawców jest unieważnienie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Dla oceny czy konkretna przyczyna unieważnienia postępowania należy do kategorii przyczyn leżących po stronie zamawiającego koniecznym jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający miał wpływ na jej powstanie, a więc, czy zachodzi związek przyczynowy pomiędzy powstaniem przyczyny a działaniem zamawiającego. Brak możliwości powiązania działania zamawiającego z przyczyną unieważnienia oznacza, że przyczynę unieważnienia należy zakwalifikować do nie leżących po stronie zamawiającego.

Kolejną przesłanką zastosowania przepisu art. 93 ust. 4 jest złożenie ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawcy mogą żądać zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu na podstawie tego przepisu, o ile unieważnienie postępowania nastąpiło już po upływie terminu składania ofert. Roszczenie takie mogą zgłaszać wyłącznie ci wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

4. Jak zapewnić, w przypadku konkursu dwuetapowego, tajność prac konkursowych, jeżeli prace te mają być wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie (jaki ma być zakres takich opracowań?). Zamawiający musi bowiem wiedzieć kto złożył opracowanie studialne, aby wiedzieć który z uczestników konkursu ma złożyć pracę konkursową. Praca konkursowa zaś ma być wykonana na podstawie opracowania studialnego, a zatem można zidentyfikować od razu, przed rozkodowaniem, autora takiej pracy.

Stosownie do treści art. 117 ust. 1 w konkursie dwuetapowym w pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. W drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych wyłonionych w pierwszym etapie.

Z treści powyższego przepisu wynikają dwie ważne dyrektywy postępowania zamawiającego w konkursie dwuetapowym. Po pierwsze, zamawiający zobowiązany jest dopuścić do kolejnego etapu wszystkich uczestników konkursu, którzy złożyli opracowania studialne odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. Po drugie, wymagania określone w regulaminie konkursu powinny być wymaganiami bezwzględnie postawionymi, ocenianymi zero-jedynkowo, a więc spełnia-nie spełnia. W pierwszym etapie bada się opracowania studialne według zgodności z wymaganiami, w drugim ocenia się przygotowane w oparciu o opracowania studialne prace konkursowe dążąc do wyboru najlepszej pracy konkursowej (najlepszych prac konkursowych).

Stosownie do art. 121 ust. 4 ustawy, zamawiający zapewnia, że do rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy niemożliwe jest zidentyfikowanie autorów prac konkursowych. W sytuacji, w której możliwa byłaby identyfikacja autora pracy konkursowej przygotowanej na podstawie opracowania studialnego przed rozstrzygnięciem konkursu, niewątpliwe mielibyśmy do czynienia z naruszeniem normy zawartej w cytowanym przepisie. Stąd też, w powyższych okolicznościach wydaje się zasadne, aby również pierwszy etap postępowania konkursowego był etapem, w którym niemożliwa jest identyfikacja autorów opracowań studialnych aż do czasu rozstrzygnięcia konkursu. W tym przypadku, konieczne jest doprecyzowanie w regulaminie konkursu sposobu poinformowania wykonawców o rozstrzygnięciach podjętych w pierwszym etapie, tak by poszczególni jego uczestnicy mogli w sposób jednoznaczny ocenić, czy ich opracowanie zostało dopuszczone do kolejnego etapu tj. składania prac konkursowych. Wydaje się właściwe przekazanie zbiorczej informacji o wynikach pierwszego etapu wszystkim uczestnikom zaproszonym do składania opracowań studialnych w taki sposób, iż wykonawcy byliby oznaczeni numerami kodowymi znanymi tylko im i nadanymi im w momencie złożenia opracowań studialnych.

5. Zdarzały się sytuacje, gdy prace konkursowe składali uczestnicy konkursu, którzy zostali wykluczeni z konkursu a zatem nie zaproszeni do złożenia pracy. Czy w sytuacji, gdyby okazało się, po rozkodowaniu prac, że praca złożona przez takiego uczestnika została uznana za najlepszą, należy unieważnić konkurs (na jakiej podstawie – czy należy np. uznać, że nie rozstrzygnięto konkursu?), czy traktować taką pracę za w ogóle nie złożoną i uznać za najlepszą drugą z kolei pracę?

Zgodnie z art. 120 ust. 1 zamawiający dopuszcza do udziału w konkursie i zaprasza do składania prac konkursowych uczestników konkursu spełniających wymagania określone w regulaminie konkursu. Uczestnicy nie spełniający wymagań konkursu podlegają wykluczeniu (ust. 2 cyt. przepisu). Sprzeczne z ustawą jest złożenie pracy konkursowej przez podmiot nie spełniający warunków udziału w postępowaniu i nie zaproszony do jej złożenia a w konsekwencji niedopuszczalne jest również przyznanie nagrody konkursowej podmiotowi nie zaproszonemu do złożenia pracy konkursowej.

Wybór najlepszej pracy konkursowej uczestnika konkursu nie zaproszonego do jej złożenia jako czynność sprzeczną z ustawą należy ocenić jako nieważną. Nie można jednak uznać jej za czynność nie dokonaną. Z czynnością tą związane jest bowiem zidentyfikowanie autorów prac konkursowych, a zatem nie jest możliwe z tego względu powtórzenie oceny prac konkursowych, bowiem rozstrzygnięcie to może zapaść jedynie w okolicznościach braku identyfikacji poszczególnych autorów prac konkursowych. Niedopuszczalne jest również stosowanie w drodze analogii przepisu art. 94 ust. 2 ustawy o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponowny wybór najlepszej pracy konkursowej nie jest możliwy. W świetle przepisów Pzp, nie można przyznać nagrody uczestnikowi konkursu, którego praca nie została uznana za najlepszą.

Mając powyższe na względzie, za najwłaściwsze rozwiązanie należy uznać unieważnienie konkursu z powodu braku rozstrzygnięcia konkursu (art. 124).

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO BYDGOSZCZ

1. Czy możliwe jest uzupełnienie (złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą) wadliwie złożonego pełnomocnictwa?

Dopuszczalność uzupełnienia wadliwego lub nie złożonego pełnomocnictwa, które powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zależy od warunków określonych w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli zamawiający zażądał w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa wraz z ofertą/wnioskiem wnoszonym przez pełnomocnika wykonawcy, to nie ma podstaw prawnych do żądania uzupełnienia tego dokumentu. Z uwagi na fakt, iż pełnomocnictwo nie jest dokumentem, o którym jest mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zastosowania w takich okolicznościach nie może znaleźć art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt V Ca 85/07) oraz wyrokach Zespołów Arbitrów (znak: UZP/ZO/0-1089/05 oraz UZP/ZO/0-2972/06). Zauważyć należy także, iż zgodnie z art. 70^1 § 4 Kodeksu cywilnego, organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili

złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji lub przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniem ogłoszenia, a także warunków aukcji lub przetargu. Zamawiający nie może więc w świetle zacytowanego przepisu modyfikować lub odstąpić od postawionego w warunkach przetargu wymogu przedłożenia przedmiotowego dokumentu. Żądanie uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w takich okolicznościach stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), poprzez faworyzowanie wykonawców, którzy nie złożyli wymaganego dokumentu. Wyjątkiem od powyższego może być sytuacja, gdy zamawiający nie uregulował w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia zagadnienia złożenia wraz z wnioskiem/ofertą dokumentu pełnomocnictwa albo w wymienionych dokumentach wprost dopuścił możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa. W takich okolicznościach, na podstawie art. 14 Kodeksu cywilnego, znajdą zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. W świetle przepisów tej ustawy nie budzi wątpliwości, iż strony stosunku cywilnoprawnego mogą żądać od swych kontrahentów dokumentów niezbędnych do zapewnienia pewności i 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.

2. Czy możliwe jest uzupełnienie dokumentów – uprawnień budowlanych – polegające na wymianie uprawnień na uprawnienia innej osoby (w przypadku, gdy pierwotnie /do wniosku lub oferty/ załączono złe uprawnienia – np. zamawiający wymagał uprawnień bez ograniczeń, a wykonawca złożył w ograniczonym zakresie)?

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie w dniu 11 czerwca 2007 r. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dominował pogląd, iż w sytuacji złożenia dokumentu wskazującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie ma uprawnień do żądania ich uzupełnienia. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w sposób bezwzględny nakładał bowiem na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dopuszczając w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków. W sytuacji niespełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert/wniosków zamawiający miał obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powyższe stanowisko potwierdzało również orzecznictwo.

Wydaje się, iż powyższy pogląd nie może być uznany za aktualny w świetle nowego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie ze zdaniem drugim przywołanego przepisu, zamawiający ocenia wykonawcę, od którego zażądał uzupełnienia, na dzień, w którym upływa wyznaczony termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Uznanie za aktualny dotychczasowego poglądu o braku obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia

dokumentów świadczących o braku spełniania warunków wprost prowadziłby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Prowadziłoby to bowiem do odmiennej oceny wykonawców w stosunku do których w dniu upływu terminu składania ofert/wniosków zachodzą takie same okoliczności, co stałoby w sprzeczności z podstawową zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Tym samym, złożenie dokumentów wskazujących na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp, niewątpliwie bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złożył „oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu".

Zamawiający ma więc obowiązek żądania uprawnień budowlanych, jeżeli przedłożone nie spełniają wymagań zamawiającego. Wykonawca w takiej sytuacji może również zastąpić wskazaną w ofercie/wniosku osobę, której uprawnienia zostały zakwestionowane, inną osobą posiadającą wymagane uprawnienia i przedłożyć zamawiającemu w ramach uzupełnień dokument potwierdzający te uprawnienia.

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO WROCŁAW

1. Czy dokument, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia... , może zawierać osoby (i podmioty) będące podwykonawcami?

Stosownie do § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów… zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności.

Jak wynika z treści cyt. przepisu zamawiający żąda odpowiedniego wykazu wraz z określonymi informacjami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Żądanie powyższego dokumentu nie ma zatem na celu uzyskania informacji o podwykonawcach, którym wykonawca zamierza powierzyć do realizacji część zamówienia. Ocena wykonawców pod kątem dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia publicznego następuje niezależnie od zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Stąd też, żądanie powyższego dokumentu powinno służyć potwierdzeniu spełniania warunku dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

publicznego. Zamawiający nie powinien wymagać w oparciu o § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia, by żądany wykaz zawierał dane podwykonawców, którym wykonawca powierzy część zamówienia do wykonania.

2. Czy Zamawiający powinien wymagać w SIWZ aby dołączone do oferty pełnomocnictwo miało postać oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem, czy też może wymagać oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez mocodawcę, samego pełnomocnika umocowanego tymże pełnomocnictwem, radcę prawnego, adwokata.

Dołączone do oferty pełnomocnictwo uprawniające pełnomocnika m.in. do złożenia oferty powinno mieć postać oryginału albo uwierzytelnionej notarialnie kopii. Forma i treść złożonego pełnomocnictwa powinna być oceniana z uwzględnieniem przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Co do zasady złożenie oferty wymagane jest w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 82 ust. 2) i w tej samej formie powinno być złożone pełnomocnictwo uprawniające dokonanie tej czynności w imieniu reprezentowanego.

Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 77 § 1 zd. 1 k.c.) stąd też niewątpliwie wymóg ten spełnia oryginał udzielonego pełnomocnictwa. To samo dotyczy notarialnego odpisu pełnomocnictwa, który zawiera dosłowne powtórzenie treści oryginału, lecz nie jest podpisany przez osoby składające oświadczenie. W praktyce prawniczej przyjęło się bowiem, że odpisy notarialnie poświadczone (w tym kserograficzne kopie) zastępują dokumenty pierwotne. (*Z. Radwański*, System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna. Tom 2, Warszawa 2002 r., s. 128).

Nie spełniające wymagania formy pisemnej jest natomiast poświadczenie za zgodność z oryginałem treści pełnomocnictwa przez samego pełnomocnika umocowanego tymże pełnomocnictwem, radcę prawnego, adwokata. Przepis art. 89 §1 k.p.c. zamieszczony w dziale V tytułu IV części I księgi I KPC zatytułowanym "Pełnomocnicy procesowi" pozwala pełnomocnikowi jeśli jest nim adwokat , radca prawny albo rzecznik patentowy samodzielnie uwierzytelnić odpis składanego do akt sprawy pełnomocnictwa. Ten wyjątek od zasady znajduje zastosowanie jedynie w postępowaniu sądowym w sprawach cywilnych (art. 1 k.p.c.). Przepisy procedury cywilnej znajdują zastosowanie na etapie postępowania skargowego na zasadzie przepisu art. 194 ust. 2 Pzp oraz postępowania odwoławczego przed Zespołem Arbitrów na zasadzie art. 184 ust. 1 pkt 6 Pzp. Na etapie postępowania protestacyjnego forma i treść pełnomocnictwa musi być oceniana na gruncie przepisów k.c. oraz przepisów Prawa zamówień publicznych (art. 14 Pzp).

Powyższe potwierdza orzecznictwo sądów: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r., (Sygn. akt II Ca 137/07) oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., (Sygn. akt V Ca 85/07).

3. Czy Zamawiający może wymagać podania w ofercie wyłącznie ceny jednostkowej brutto podlegającej ocenie w ramach kryterium CENY?

Dopuszczalne jest kierowanie się kryterium ceny jednostkowej brutto przy wyborze oferty najkorzystniejszej, pod warunkiem, że wskazany zostanie w sposób jednoznaczny zakres zamówienia poprzez ilość zamawianych dostaw, usług, które będą realizowane po wskazanej cenie jednostkowej.

4. Od jakiej wartości należy ustalić kwotę wadium w przypadku zamówień, co do których Zamawiający przewidział w SIWZ udzielenie zamówienia uzupełniającego? Zgodnie bowiem z przepisem art. 45 ust. 4 ustawy Pzp: Zamawiający określa kwotę wadium w granicach 0,5 % do 3 % WARTOŚCI ZAMÓWIENIA. W odniesieniu do przedmiotowego przypadku, w myśl przepisu art. 32 ust. 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. Jednocześnie przypadek „zamówienia podstawowego wraz z zamówieniem uzupełniającym" (tak jak dwa inne, choć pod względem określania wartości zamówienia analogiczne do omawianej sytuacji przypadki) nie został odrębnie uregulowany w zakresie ustalania kwoty wadium w art. 45 ust. 5 ustawy Pzp. Czy zatem, na etapie udzielania zamówienia podstawowego (udzielenie zamówienia uzupełniającego ma charakter zdarzenia przyszłego i niepewnego, fakultatywnego) kwotę wadium ustalamy – zgodnie z brzmieniem art. 45 ust. 4 – od wartości zamówienia rozumianej jako suma wartości zamówienia podstawowego i uzupełniającego (art. 32 ust. 3)?

Stosownie do przepisu art. 32 ust. 3 ustawy, 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. Nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji, gdy zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających powinien uwzględnić ich wartość przy szacowaniu wartości zamówienia i od tak ustalonej wartości uzależniać stosowanie właściwej procedury udzielania zamówienia publicznego (poniżej progów „unijnych" czy powyżej).

Zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5 % do 3 % wartości zamówienia. Wykładnia literalna powyżej cyt. przepisy prowadzi do wniosku, iż wysokość ustalanej kwoty wadialnej należy odnosić do łącznej wartości zamówienia podstawowego oraz uzupełniającego.

5. Jak podejść do sytuacji gdzie w SIWZ wydanej pod rządami starej ustawy, zamówienia uzupełniające przewidziane były w wielkości do 20%, a aktualnie tj. pod rządami nowej ustawy chcemy skorzystać z zamówień uzupełniających? Czy

przysługuje mi prawo skorzystania z nowego progu 50 %, czy powinniśmy oprzeć się tylko na podstawie 20 % zapisanej w SIWZ ?

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 11 czerwca 2007 r. w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, zamawiający może udzielić zamówień uzupełniających dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego.

Jedną z przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest, aby zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego. Jeżeli zatem zamawiający w siwz przewidywał możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego o wartości 20%, brak jest podstaw do szerszego w chwili obecnej udzielenia zamówienia ponad tę wartość. Nie można bowiem wskazywać, iż zamówienie o zwiększonej wartości było przewidziane w siwz, albowiem przepisy obowiązujące w tym czasie dopuszczały udzielenie zamówień uzupełniających w maksymalnej wysokości 20% zamówienia podstawowego.

6. Jak sprawdzić wymagany warunek ubezpieczenia (polisy) oraz wymaganej prawem koncesji na dany rodzaj działalności w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia? Czy każdy z warunków musi być spełniony samodzielnie przez każdego z Wykonawców, czy też łącznie?

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o wykonanie zamówienia. Cel tego przepisu jest jasny. Ustawodawca mając na względzie zwiększenie konkurencyjności przy udzielaniu zamówień publicznych, *expressis verbis* dopuścił możliwość składania oferty wspólnej przez co najmniej dwa podmioty prawa. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji realizacji przez zamawiających „dużych" i skomplikowanych zamówień, przekraczających potencjał większości wykonawców.

Przepisy ustawy nie regulują w sposób jednoznaczny zasad ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawców składających wspólnie ofertę. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia publicznego. Tym samym, do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne mają zastosowanie przepisy właściwe dla wykonawcy, z uwzględnieniem różnic wynikających z istoty konsorcjum. Stąd też, za słuszny należy uznać postulat, aby zamawiający w celu wyeliminowania wszelkich wątpliwości, w

każdym postępowaniu precyzował wymogi w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne[1]. Wydaje się zasadnym twierdzenie, aby w sytuacji gdy przepisy ustawy nie formułują w sposób jednoznaczny norm postępowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, decydujące znaczenie przypisać należy woli zamawiającego.

Powstaje wątpliwość, czy każdy z podmiotów, które wspólnie składają ofertę powinien odrębnie spełniać warunki określone art. 22 ust. 1 ustawy, czy też ocenę zdolności podmiotowej realizacji zamówienia publicznego należy dokonać wspólnie dla wszystkich podmiotów składających wspólną ofertę.

Słuszne jest stanowisko, wyrażonego m.in. w orzecznictwie zespołu arbitrów, zgodnie z którym żądanie spełnienia wymogów w zakresie posiadania doświadczenia oraz potencjału ekonomicznego (art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy) odrębnie dla wszystkich podmiotów składających wspólną ofertę byłoby zaprzeczeniem zasady równego traktowania oferentów wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy oraz podważałoby sens składania ofert wspólnych. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż warunki określone art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy obowiązany jest spełnić każdy z członków konsorcjum.

Kwestia poruszona dotyczy również oceny spełniania warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonych działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (np. koncesje).

Ustawa przewiduje odpowiedzialność solidarną (bierną) wykonawców występujących wspólnie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (art. 141 ustawy). Solidarność bierna polega na tym, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Każdy z dłużników odpowiada więc za całość długu aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela (art. 366 k.c.). Powstaje zatem zasadnicza wątpliwość, co do możliwości zawarcia i realizacji umowy przez podmiot, który nie posiada np. stosownego zezwolenia wymaganego przy wykonywaniu przedmiotu tej umowy. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż uczestnik konsorcjum jako strona umowy, w świetle art. 141 ustawy odpowiada przed zamawiającym również za świadczenie, którego realnie wcale nie musi wykonywać. Odpowiednie postanowienia umowy konsorcjum nie mogą wyłączać odpowiedzialności solidarnej jej członków, bowiem została ona uregulowana ustawowo. Umowa konsorcjum, nawet jeśli przewiduje wyłączne wykonywanie czynności objętej zezwoleniem przez podmiot uprawniony, nie wyłącza tego, iż w świetle ustawy podmiotami

[1] *T. Czajkowski (red.)*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2004 r., s. 101

odpowiedzialnymi za ich należyte wykonanie, a zatem i ich wykonawcami, są wszyscy członkowie konsorcjum.

Mimo powyższych wątpliwości, wydaje się jednak, iż przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie sprzeciwiają się możliwości zaciągania zobowiązań na świadczenie objęte zezwoleniem, w sytuacji gdy wykonawca zrealizuje je przy pomocy podmiotów trzecich, posiadających wymagane prawem zezwolenie (o ile umowa nie będzie stanowiła inaczej). Co do zasady, należy zatem uznać za spełniony warunek art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, jeżeli stosowne zezwolenia na wykonywanie określonej działalności będą posiadały tylko te podmioty, które będą wykonywały część zamówienia objętego wymogiem uzyskania zezwolenia na podstawie odrębnych przepisów prawa. W stosunku do pozostałych podmiotów-członków konsorcjum, stawianie takiego wymogu nie jest konieczne. Powyższe wynika zarówno z art. 23 ust. 3 ustawy jaki i niewątpliwie odpowiadać będzie celowi ich ustanowienia a więc (umożliwienie realizacji zamówień przez małych oraz średnich przedsiębiorców a także możliwość realizacji przez zamawiających „dużych" i skomplikowanych zamówień). Stąd też, wydaje się, iż podejście zamawiającego do kwestii określenia opisu oceny spełniania warunku art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy przez konsorcja powinno być realistyczne.

Należy jednocześnie zaznaczyć, iż orzecznictwo sądów za dopuszczalne uznało wymaganie posiadania odpowiedniego uprawnienia przez wszystkich członków konsorcjum (orzeczenia Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 marca 2007 r., (Sygn. akt XIX Ga 34/07) oraz z dnia 18 grudnia 2006 r., (Sygn. akt XIX Ga 520/06).

7. Jak sprawdzić wymagany warunek np. dwukrotnego doświadczenia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia? Czy warunek musi być spełniony samodzielnie przez każdego z Wykonawców, tzn. każdy „w całości" wykonał 2 zamówienia czy też łącznie?

Patrz odpowiedź na pytanie nr 6.

8. Czy w ramach badania warunku posiadania kwalifikacji na podstawie wykazu osób wraz z informacją na temat posiadanych kwalifikacji (zgodnie z Rozporządzeniem w spr. dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców...) można żądać kserokopii dokumentów np. ukończonych kursów, certyfikatów potwierdzających wymagane kwalifikacje?

Rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów … określa co do zasady zamknięty katalog dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wyjątek dotyczy zamówień sektorowych). Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia, wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności.

Co do zasady, zamawiający może żądać jedynie informacji o kwalifikacjach osób wskazanych przez wykonawcę w wykazie. Rozporządzenie nie daje natomiast podstawy dla żądania dokumentów potwierdzających posiadanie wskazywanych przez wykonawcę kwalifikacji. Wyjątek dotyczy jedynie dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (§ 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia).

9. Czy w sytuacji badania warunku pod hasłem „wysokość przychodów", o której mowa w części sprawozdania zwanej dalej rachunkiem zysków i strat, zasadnym jest zapisywanie w SIWZ, iż Zamawiający żąda dla potwierdzenia spełniania wskazanego wyżej warunku „całego" sprawozdania (bilans, rachunki zysków i strat, informacje dodatkowe)?

Zgodnie ze zdaniem pierwszym art. 25 ust. 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do treści § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów …, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy o rachunkowości sprawozdanie finansowe składa się z:

1) bilansu,
2) rachunku zysków i strat,
3) informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia.

Określając zakres żądanych dokumentów zamawiający powinien się kierować dyspozycją wyrażoną w art. 25 ust. 1 ustawy, a więc jeżeli zamawiającemu jest niezbędne

żądanie całego sprawozdania wraz z opinią biegłego w celu potwierdzenia spełniania warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, uzasadnione jest żądanie takiego dokumentu. Ocena „niezbędności" całości lub poszczególnych części sprawozdania finansowego należy więc do zamawiającego. Nie może on jednak żądać wszystkich wymienionych powyżej dokumentów, jeżeli niezbędne do przeprowadzenia postępowania jest zapoznanie się tylko z niektórymi z nich.

10. Czy, pomimo braku zapisu ustawowego w art. 38 ust. 1 i ust. 2 dot. udzielania odpowiedzi na pytania Wykonawców, należy również im odpowiedzieć, czy wystarczy odpowiedzi z treścią zapytania skierować jak mówi ustawa do tych wykonawców, którym przekazano SWIZ, jak też na stronę internetową, czy też wysłać również tym, którzy pytają?

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy *wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, a w przypadku przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia - na mniej niż 4 dni przed terminem składania ofert.*

Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie. (art. 38 ust. 2 ustawy)

Z treści art. 38 ust. 1 ustawy wynika obowiązek udzielenia dopowiedzi wykonawcy, który zadał pytanie. Wprawdzie ustawodawca nie wskazuje expressis verbis komu zamawiający udziela odpowiedzi, ale jest oczywiste że odpowiedzi udziela się przede wszystkim pytającemu. Natomiast ust. 2 cyt. przepisu wskazuje, iż o wyjaśnieniach należy poinformować pozostałych wykonawców oraz zamieścić je na stronie internetowej.

Powyższy pogląd znajduje również uzasadnienie w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc w obowiązku zamawiającego dokonywania czynności w sposób zapewniający zachowanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Niewątpliwie nieuzasadnionym byłoby nie przekazywanie odpowiedzi pytającemu, a więc podmiotowi wyrażającemu zainteresowanie przystąpieniem do postępowania o zamówienie publiczne w takim samym stopniu jak podmioty, które pobrały siwz bezpośrednio od zamawiającego.

11. Czy w ramach poprawienia omyłki rachunkowej dot. ceny ryczałtowej zgodnie z art. 88 pkt.3) lit. a), przyjmuje się również kwestię poprawienia jako omyłki -

niewłaściwie obliczonej kwoty podatku VAT (a nie stawki podatku)? Niewłaściwe obliczenie polegało na nie zaokrągleniu 3 miejsca występującego po przecinku.

Brak zaokrąglenia ceny do dwóch miejsc po przecinku nie stanowi błędu, lecz świadome działanie wykonawcy. Stąd też, trudno uznać, iż mamy do czynienia w takiej sytuacji z błędem wykonawcy stanowiącym podstawę odrzucenia jego oferty. Odwołując się do formułowanej w literaturze (*Z. Radwański*, System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna. Tom 2, Warszawa 2002 r., s. 393) definicji, przez błąd rozumie się mylne wyobrażenie człowieka o rzeczywistości. Nie można uznać, iż podmiot w sposób zamierzony składający ofertę z ceną podaną w tysięcznych złotych ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości.

12. Czy można w ramach wyjaśnień treści oferty, zgodnie z dyspozycją art. 87 ust.1, zażądać wyjaśnień w temacie nie określenia w ofercie (nie wpisania) stawki podatku?

Brak odpowiedniej informacji w ofercie, której podanie jest przez zamawiającego oczekiwane niewątpliwie może stanowić również wątpliwość co do jej treści. Zamawiający, dążąc do podejmowania w trakcie postępowania czynności zgodnie z prawem, mając wątpliwości np. co do podstaw odrzucenia oferty, powinien zwrócić się o wyjaśnienia treści oferty do wykonawcy. Należy jednak zastrzec, iż wyjaśnienia wykonawcy nie mogą zmierzać do zmiany treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp). W drodze wyjaśnień nie można zatem uzupełniać zauważonych braków w treści oferty.

13. Czy słowo „cena" z art. 88 można rozumieć elastycznie? tj. jako kwotę netto lub brutto, w zależności od konkretnej sytuacji, z którą mamy do czynienia oceniając oferty?

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach przez cenę rozumiemy wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Przepis art. 88 zezwala na poprawianie „oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny". Cyt. przepis zezwala zamawiającemu na ingerencję zamawiającego w treść oferty jeżeli dostrzeże on uchybienia rachunkowe w procesie obliczania przez wykonawcę ceny. Ustawodawca posługuje się pojęciami „ceny jednostkowej", „ceny za poszczególną część zamówienia", „ceny ryczałtowej", które wskazują na różne sposoby rozliczania się zamawiającego z wykonawcą. Stąd też, cenę niekoniecznie należy

sprowadzać do ceny za wykonanie całości zamówienia publicznego czy też do całości kosztów związanych z wykonaniem zamówienia publicznego.

Co do zasady, przez cenę rozumie się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, która powinna zawierać podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Jednakże przyjęta w powszechnym obrocie praktyka posługuje się pojęciami ceny netto (bez podatku) oraz ceny brutto (z podatkiem). Praktyka ta widoczna jest również w zamówieniach publicznych, gdzie często spotyka się sytuacje naliczania podatku od towarów usług do zsumowanych wartości pozycji jednostkowych (netto). Podatek naliczany jest zatem nie do poszczególnych pozycji jednostkowych, ale dopiero do sumy wartości wszystkich pozycji jednostkowych.

Przy takim przyjęciu sposobu obliczania ceny, poprawianie oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu polegać będzie również na błędach przy obliczaniu cen netto prowadzących do podania przez wykonawcę ceny ostatecznej (brutto). Powyższe niewątpliwie stanowi poprawianie oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny jak i odpowiada celowi ustawodawcy ograniczającemu sytuacje w których z powodu mało istotnych omyłek konieczne byłoby odrzucenie oferty. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do odrzucania ofert w szczególności w postępowaniach, w których przyjęta została forma kosztorysowego rozliczenia wykonania robót.

14. Co zrobić i czy zapisywać na etapie SIWZ w przypadku przetargu ograniczonego, zasady kwalifikacji w sytuacji, gdy np. dopuszczam 5 wykonawców, a ilość punktów równą mojej poz. 5 spełnia większa ilość wykonawców?

W przedstawionych w pytaniu okolicznościach zamawiający zasadniczo powinien unieważnić postępowanie. Zaproszenie do składania ofert większej liczby wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu jest niedopuszczalne jako sprzeczne z warunkami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Na powyższe wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach wydany wprawdzie w okoliczności prowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, ale który przez analogię można zastosować do przetargu ograniczonego. Sąd wskazał, iż „*Do niezbędnych elementów ogłoszenia o zamówieniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem, należy wskazanie liczby wykonawców. Z mocy art. 70^1 § 4 k.c., który ma zastosowanie z mocy art. 56 ust. 1 i 40 w związku z art. 14 Pzp, zamawiający ma obowiązek także w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia. Zatem dopuszczenie do udziału w negocjacjach liczby wykonawców większej niż wskazana w ogłoszeniu, także stanowi naruszenie przepisów określonych w ustawie.”* (wyrok z dnia 9 września 2005 r., Sygn. akt X Ga 148/05/P2).

Wyjątek od powyższego mógłby zachodzić, gdyby zamawiający przewidując możliwość wystąpienia powyższej sytuacji zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu, iż wybranie zaproszonych wykonawców spośród jednakowo ocenionych w oparciu o wszystkie przewidziane warunki nastąpi spośród tych, którzy otrzymali największą liczbę punktów za spełnianie określonego lub określonych warunków.

15. Jak należy rozumieć znowelizowany przepis art. 94 ust. 1a? Czy wykonawca musi wyrazić zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie jeszcze w istniejącym terminie związania ofertą? Czy może to zrobić po jego upływie? A jeśli po jego upływie, czy musi to zrobić na odrębnym dokumencie, czy może to zrobić podpisując tylko treść samej umowy?

Przepis art. 94 ust. 1 wyraża zasadę, w myśl której zawarcie umowy powinno nastąpić przed upływem terminu związania ofertą. Wyjątek od tej zasady został przewidziany w dodanym nowelą ust. 1a art. 94 ustawy, zgodnie z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

Jak wynika z powyższego, dla skutecznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą wystarczające jest samo przekazanie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przed upływem tego terminu. Przepis ustawy nie wymaga natomiast, by zgoda wykonawcy na zawarcie umowy na warunkach wskazanych w ofercie, którą wykonawca nie będzie już związany została również wyrażona przed upływem terminu związania ofertą.

Dla skutecznego zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą nie jest konieczne złożenie odrębnego oświadczenia wykonawcy o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą. Tożsamy skutek wywoływać będzie samo zawarcie umowy z wykonawcą na warunkach wskazanych w ofercie, którą wykonawca nie jest związany. Oczywiste jest bowiem, iż w drugim przypadku wykonawca godzi się zawrzeć umowę na warunkach podanych w ofercie. Cyt. przepis służy ochronie wykonawcy, w stosunku do którego po upływie terminu związania ofertą ustaje obowiązek zawarcia umowy pod rygorem utraty wadium i który akcentuje, iż możliwe jest uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy na warunkach przewidzianych w ofercie.

16. Czy możliwym jest dokonanie w drodze aneksu zmiany – zmniejszenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy jako zmiany na korzyść Zamawiającego? Np. w przetargu o wartości unijnej złożono tylko 1 ofertę, jednak za bardzo wygórowane warunki gwarancji. Złożono tylko 1 ofertę i okazało się, że jej wysoka cena wynika z owych zbyt wygórowanych warunków gwarancji, które mogą być

zmienione/zmniejszone BEZ SZKODY DLA INTERESÓW ZAMAWIAJĄCEGO z jednoczesnym obniżeniem pierwotnego wynagrodzenia. Patrząc na to, iż jest to korzystne dla Zamawiającego, a przedmiotem umowy jest dostawa sprzętu, którego cena na rynku jest niższa niż zaoferowana w przetargu?

W świetle Kodeksu cywilnego strony umowy cywilnoprawnej posiadają swobodę w zakresie jej modyfikacji. Z odmienną sytuacja mamy do czynienia na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa ta zawiera uregulowania szczególne w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopuszcza ona dokonywanie zmian umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w jej art. 144 ust. 1.

Uzasadnienie przepisu art. 144 ust. 1 stanowi dążenie do wyeliminowania sytuacji obchodzenia przepisów Prawa zamówień publicznych, poprzez dokonywanie zmian w umowach, których treść została ustalona po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania. Cyt. przepis uniemożliwia modyfikowanie wyników postępowania, które możliwe jest poprzez dokonywanie zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty złożonej w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający w porozumieniu z wykonawcą mogą zmienić umowę w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikła z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie obniżenia wynagrodzenia wykonawcy jest zawsze zmianą w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Uzasadnia to fakt, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, cena oferty musi być zawsze kryterium oceny ofert. Zasadniczo samo obniżenie wynagrodzenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niewątpliwie korzystne dla zamawiającego.

Podobnie zmiana warunków gwarancji określonych przez zamawiającego w warunkach przetargu oraz zaakceptowanych w złożonej ofercie stanowi zmianę w stosunku do treści oferty. Ograniczenie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy jest niewątpliwie zmianą niekorzystną dla zamawiającego.

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie precyzują, co należy rozumieć przez sformułowania „zmiany umowy są korzystne dla zamawiającego”. Stąd należy odwołać się do literalnego znaczenia tego pojęcia. Zgodnie ze „Słownikiem Języka Polskiego” Wydawnictw Naukowych PWN „korzyść” to „pożytek”, „zysk”, zaś „korzystny” to

„przynoszący korzyść, zyskowny, intratny, pożyteczny, pomyślny, przychylny, dodatni". W świetle przywołanych znaczeń, korzystne dla zamawiającego jest wszystko to, co przynosi mu pożytek, zysk, jest dla niego intratne, pożyteczne i dodatnie. W sytuacji, gdy przedmiotem zmiany umowy jest ograniczenie odpowiedzialności gwaranta z jednoczesnym obniżeniem wynagrodzenia za spełnienie świadczenia głównego (dostawy sprzętu) można dojść do wniosku, iż zmiana jest korzystna, gdy korzyść jest wyższa – w ujęciu przede wszystkim ekonomicznym – od strat.

Niemniej jednak, powyższy wynik literalnej wykładni cyt. przepisu dokonany w oparciu o znaczenie przypisywane wyrażeniu na gruncie języka powszechnego, sprzeczny byłby z jego celem. Warto zwrócić uwagę, iż zamawiający ustalając wygórowane warunki gwarancji na etapie przetargu działał w sposób świadomy, w interesie publicznym albowiem postawienie wysokich wymagań miało zapewne w założeniu ograniczyć możliwość dostawy wadliwego sprzętu. Doświadczenie życiowe wskazuje, że wysokie wymagania stawiane wykonawcy mają bezpośredni wpływ na cenę, co staranny zamawiający powinien był przewidzieć na etapie przygotowania postępowania. Wysokie wymagania stawiane wykonawcom w postępowaniu niewątpliwie mają wpływ na zainteresowanie danym postępowaniem i są czynnikiem ograniczającym liczbę wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia. Stąd też, postawienie wygórowanych wymagań ograniczających dostęp do zamówienia publicznego potencjalnym wykonawcom (co nie musi jeszcze oznaczać naruszenia ustawy) a następnie ich zmiana na niekorzyść zamawiającego (nawet przy jednoczesnej zmianie innych postanowień umowy – korzystnych dla zamawiającego) byłaby sprzeczna z celem regulacji art. 144 ust. 1 ustawy.

Ponadto, należy mieć na względzie, iż okoliczności stanowiące podstawę zmiany umowy o zamówienie publiczne są wyjątkiem od generalnego zakazu zmiany umowy o zamówienie publiczne, stąd też powinny być rozumiane w sposób ścisły i nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Tym samym, zmiana postanowień umowy na niekorzyść zamawiającego (przy załączaniu braku okoliczności wypełniających drugą z przesłanek określonych art. 144 ust. 1 ustawy) nie może być dokonana.

Stąd też, należy opowiedzieć się za poglądem o braku możliwości zmiany postanowień umowy zawartej w wyniku postępowania o zamówienie publiczne polegającej na ograniczeniu odpowiedzialności gwaranta za dostarczony przedmiot zamówienia, jeżeli warunki w tym zakresie podane były w warunkach przetargu zaakceptowanych poprzez złożenie oferty przez wykonawcę.

17. Czy można w drodze aneksu przedłużyć na czas nieoznaczony - okres trwania (obowiązywania) udzielonej na program komputerowy licencji w świetle

nowego brzmienia przepisu art. 143 ust. 1 pkt 5 tj. możliwości zawierania umów dot. udzielenia licencji na czas nieoznaczony? Czy też należy to uczynić tylko w drodze nowego, odrębnego postępowania?

Dopuszczalność przedłużenia terminu umowy o zamówienie publiczne zależy przede wszystkim od przedmiotu umowy. Przedłużenie terminu umowy, której przedmiotem jest świadczenie jednorazowe, jest dopuszczalne, o ile taka zmiana umowy spełnia warunki określone w art. 144 ust. 1 ustawy.

Natomiast przedłużanie umów w sprawach zamówień publicznych zawartych na czas określony, z których wynikają zobowiązania o charakterze ciągłym, jest niedopuszczalne. W umowach tych czynnik czasu wyznacza nie tylko treść świadczenia, ale także ich zakres; im dłużej trwa umowa, tym więcej świadczeń zamawiający powinien otrzymać od wykonawcy. W konsekwencji przedłużenie takich umów powoduje zwiększenie ilości (liczby) dostaw, usług, a w rezultacie prowadzi do rozszerzenia przedmiotu zamówienia poza jego określenie zawarte odpowiednio w warunkach postępowania. Mamy wtedy do czynienia z nowym zamówieniem. Jego udzielenie powinno być dokonane zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku umowy licencji na korzystanie z oprogramowania komputerowego, którego świadczenie wykonawcy należy zaliczyć do świadczeń o charakterze ciągłym, nie jest możliwa zmiana umowy polegająca na wydłużeniu terminu jej obowiązywania. Powyższe byłoby sprzeczne z art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie nowego zamówienia poprzez aneksowanie umowy jest niedopuszczalne niezależnie od istnienia przesłanek wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy.

18. Czy treść art. 92 dot. informowania o wyborze najkorzystniejszej oferty dot. też trybu z wolnej ręki, gdzie nie mamy do czynienia z typową ofertą?

Z uwagi na charakter trybu zamówienia z wolnej ręki - wykonawca, z którym przeprowadzane są negocjacje nie składa zamawiającemu oferty. Tym samym, w przedmiotowym trybie, jako jedynym przewidzianym w Pzp, zamawiający nie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, cechą charakterystyczną trybu zamówienia z wolnej ręki jest uczestniczenie w nim tylko jednego wykonawcy. Mając powyższe na względzie, w trybie zamówienia z wolnej ręki nie znajdzie zastosowania art. 92 ust. 2 Pzp. Zamawiający o zakończeniu negocjacji w omawianym trybie nie musi także zamieszczać wymienionych powyżej informacji na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający – na

podstawie art. 95 Pzp - ogłasza dopiero o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

19. Czy w trybie zamówienia z wolnej ręki musimy odczekiwać do podpisania umowy 7 dni? Czy możemy ją zawrzeć zaraz po przeprowadzeniu negocjacji?

Konsekwentnie, zamawiający co do zasady nie ma obowiązku wstrzymywać się z zawarciem umowy po zakończeniu postępowania w trybie z wolnej reki, albowiem przepis art. 94 ust. 1 ustawy nie ma do tego trybu zastosowania. Obowiązek ten zachodzi jedynie w przypadku postępowań o wartości przekraczającej równowartość kwoty 10 mln euro dla dostaw i usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych, które zamawiający ma obowiązek poddać obligatoryjnej kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu. Podkreślić należy także, iż zakaz zawarcia umowy bezpośrednio po przeprowadzeniu negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki w sprawie udzielenia zamówienia o powyżej wymienionych wartościach nie wynika z dyspozycji art. 94 ust. 1 ustawy, lecz jest następstwem zakazu przewidzianego w art. 168 ust. 3 ustawy.

20. Czy w związku z tym, iż art. 38 ust. 5 mówi wprost o zakazie modyfikacji I WYŁĄCZNIE W SIWZ kryteriów, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania tych warunków, można uznać iż dopuszczalne jest modyfikowanie wymienionych powyżej elementów w trybie negocjacji bez ogłoszenia po przeprowadzonych negocjacjach? Jako argument na tak, podajemy przykład negocjacje, w wyniku których okazało się, że Zamawiający powinien zmodyfikować ustalone na wstępie kryteria oceny ofert określone w zaproszeniu do negocjacji (art. 63 ust. 2) nie zaś w SIWZ, która po raz pierwszy pojawia się dopiero po przeprowadzonych negocjacjach?

Ustawodawca nie wprowadził w sposób jednoznaczny zakazu zmiany kryteriów oceny ofert zawartych w zaproszeniu wykonawców do negocjacji. Zakaz przewidziany w art. 38 ust. 5 ustawy odnosi się do zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a nie zaproszeniu do negocjacji.

Pomimo braku jednoznacznego zakazu zmiany kryteriów oceny ofert, możliwość dokonania ich zmiany należy rozważać w aspekcie respektowania zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy (równe traktowanie i uczciwa konkurencja) w zakresie równego dostępu do informacji wszystkich uczestników postępowania. W oparciu o warunki udzielanego zamówienia przewidzianego w zaproszeniu do negocjacji, zaproszeni wykonawcy podejmują decyzję, czy przystąpić do postępowania. Warto zwrócić uwagę, iż do negocjacji bez ogłoszenia odpowiednie zastosowanie ma art. 60 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zamawiający zaprasza do negocjacji tylko tych wykonawców, z którymi prowadził negocjacje. Stąd też, wykonawca, który nie podejmuje negocjacji z powodu niekorzystnych warunków

udzielania zamówienia przewidzianych w zaproszeniu do negocjacji eliminowany jest z postępowania. Zmiana warunków, które stały u podstaw takiej decyzji wykonawcy, mogłaby też wpłynąć na zmianę decyzji wykonawcy. Do trybu negocjacji bez ogłoszenia zastosowanie ma również art. 58 ust. 4, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przekazywania wykonawcom na równych zasadach wszelkich wymagań, wyjaśnień i informacji, a także dokumentów związanych z negocjacjami.

Stąd też, pomimo braku jednoznacznego zakazu, uzasadnione wątpliwości budzi możliwość dokonywania zmian kryteriów oceny ofert po przeprowadzeniu negocjacji z zaproszonymi wykonawcami.

21. Czy jeśli załączono do oferty wykaz doświadczeń, zawierający 1 doświadczenie, a wymagano dwóch, można zawezwać wykonawcę do złożenia uzupełnień zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3?

Patrz odpowiedź na pytanie nr 2 zgłoszone przez miasto Łódź.

22. Czy wzywamy do uzupełnień i wyjaśnień z art. 26 ust. 3 i 4 jednokrotnie? tj. w sytuacji, gdy wykonawca poprosił nas o wydłużenie wyznaczonego terminu możemy mu ten termin wydłużyć?

Zamawiający może wydłużyć termin uzupełnienia dokumentu, o ile wydłużenie następuje przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu oraz nowy termin jest tożsamy dla wszystkich wykonawców, których zamawiający poprosił o uzupełnienie dokumentów (art. 7 ust. 1).

Zamawiający może tylko raz wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2006 r., (Sygn. akt V Ca 806/06): „*Przepis ten mógł być w fazie postępowania o zamówienie publiczne zastosowany tylko jednorazowo i tylko w sytuacji zagrożonej unieważnieniem całego postępowania. Przemawia za taką wykładnią literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten w ocenie Sądu Okręgowego ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany. Wielokrotne skorzystanie przez zamawiającego z możliwości przedłużania terminu do uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu, mogło doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp.”*

23. Czy o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny możemy zwracać się wielokrotnie, aż do uzyskania pełnej wiedzy w temacie tych wyjaśnień?

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 przewiduje sankcję odrzucenia oferty w przypadku, gdy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający obligatoryjnie powinien poprzedzić żądaniem wyjaśnień od wykonawcy

(art. 90 ust. 1). Jak wynika z art. 90 ust. 3 ustawy, po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy, zamawiający może odrzucić ofertę tylko i wyłącznie, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny powinien wykazać, iż podana cena jest rażąco niska. Celem przepisu nakładającego obowiązek żądania wyjaśnień jest ochrona wykonawcy przed arbitralnością decyzji podejmowanych przez zamawiającego. Stąd też, zamawiający mając nadal wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny powinien żądać ponownych wyjaśnień od wykonawcy, szczególnie, iż to na nim spoczywa ciężar dowodzenia, iż cena jest rażąco niska. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie sprecyzował w sposób dostateczny wątpliwości w pierwszym wystąpieniu, bądź w sytuacji, gdy nasunęły się nowe wątpliwości wynikające z treści już złożonych wyjaśnień.

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO KRAKÓW

1. ***Czy, a jeśli tak – w jakim zakresie – można stosować procedurę dialogu konkurencyjnego do koncesji na roboty budowlane na podstawie art. 60b ust. 1 pkt 1 lub 2?***

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli spełnione są przesłanki przewidziane w art. 60b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można również wykluczyć, iż w trakcie prowadzenia dialogu konkurencyjnego zamawiający uzna, iż cel leżący u podstaw wszczęcia przedmiotowego postępowania zostanie osiągnięty w wyniku udzielenia zamówienia odpowiadającego definicji koncesji na roboty budowlane. W tej sytuacji, nie ma podstaw do odmówienia zamawiającemu prawa do udzielenia koncesji na roboty budowlane. Należy jednak podkreślić, iż wyłoniony w powyższy sposób wykonawca będzie jednocześnie koncesjonariuszem. W konsekwencji, jako zamawiający, o którym jest mowa w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, będzie zobowiązany na warunkach określonych w art. 131 ustawy Pzp do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji przy zastosowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. ***Czy w przypadku, gdy Miasto partycypuje finansowo, poprzez dopłaty na etapie eksploatacji w robotach realizowanych na podstawie koncesji na roboty budowlane, cena musi być decydującym kryterium wyboru wykonawcy?***

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada takiego obowiązku.

3. ***Czy w przypadku, gdy Miasto w projekcie realizowanym na podstawie koncesji na roboty budowlane, w części wynagrodzenia wypłaca za wykonane roboty budowlane po ich zakończeniu w pieniądzu, a w części wynagrodzeniem są przychody***

jakie pobiera wykonawca z tytułu wykonywania prawa do eksploatacji przez dany okres:

a) Jak określić cenę za roboty budowlane?

Ceną za roboty budowlane w takim wypadku jest wynagrodzenie ich wykonawcy.

b) Czy można dopuścić, że oferent zaproponuje okres eksploatacji i np. będzie to kryterium wyboru?

Okres eksploatacji może stanowić kryterium oceny ofert.

c) Czy cena może wynosić np. 10% oceny kryteriów?

Ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga w art. 2 pkt 5 oraz w art. 91 ust. 2, aby cena zawsze była jednym z kryteriów oceny ofert. Przepisy nie określają minimalnej wagi tego kryterium. W konsekwencji, zamawiający może przewidzieć kryterium ofert w postaci ceny i przyznać jej wagę 10%.

4. Co jest wartością zamówienia w koncesji: czy szacunkowa wartość robót budowlanych (obiektu), czy całość wynagrodzenia wykonawcy (czasem niemożliwe do wcześniejszego oszacowania)?

Do oszacowania wartości udzielanej koncesji na roboty budowlane znajduje zastosowanie przepis art. 33 Pzp odnoszący się do szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane. Stąd, wartość takiego zamówienia odpowiada wynagrodzeniu wykonawcy robót budowlanych.

PYTANIA ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO ŁÓDŹ

1. W przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych zamawiający zażądał załączenia do oferty wraz z kopią uprawnień budowlanych aktualnego zaświadczenia o wpisie na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego dla osoby odpowiedzialnej za wykonanie zamówienia, w stosunku do której ustawa Prawo budowlane wymaga posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Jednocześnie zapisał, że w przypadku specjalistów zagranicznych posiadających uprawnienia wydane poza terytorium Polski, wymaga się od wykonawcy, aby osoby te spełniały odpowiednie warunki opisane w art. 12a lub 12b ustawy Prawo budowlane. Podczas prowadzonego w kwietniu bieżącego roku audytu Komisji Europejskiej, przedstawiciele Komisji uznali ww. żądanie za ograniczenie dostępu do uzyskania zamówienia dla wykonawców z innych krajów UE i tym samym naruszenie zasady równego traktowania. Czy w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie lub zaprojektowanie robót budowlanych, zamawiający powinien odstąpić od żądania załączenia do oferty zaświadczenia o wpisie na listę członków izby samorządu zawodowego? Jak prawidłowo formułować warunki udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, aby spełniając wymogi przepisów obowiązujących na terenie Polski oraz nie ograniczać dostępu do zamówień dla podmiotów zagranicznych, a także jakich dokumentów żądać na potwierdzenie spełniania tych warunków?

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Pzp” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 6 wydanego na podstawie delegacji z art. 25 ust. 2 przywołanej ustawy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W przypadku sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązek taki nakłada ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.). Zgodnie z art. 12 Prawa budowlanego samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1-5, w tym projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej "uprawnieniami budowlanymi", wydaną przez organ samorządu zawodowego. Na podstawie art. 12a ust. 1 samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, oprócz osób, o których mowa w art. 12, mogą również wykonywać osoby będące obywatelami państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, które 1) posiadają w tych państwach prawo wykonywania czynności odpowiadających samodzielnym funkcjom technicznym w budownictwie; 2) ukończyły studia wyższe zagraniczne uznane w Polsce za równorzędne; 3) odbyły dwuletnią praktykę przy sporządzaniu projektów lub na budowie. Na mocy art. 12a ust. 2 właściwy organ samorządu zawodowego przeprowadza postępowanie weryfikacyjne w powyższym zakresie i wydaje decyzję w sprawie nadania uprawnień budowlanych.

Jak podkreślono w preambule dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, udzielanie zamówień publicznych podlega poszanowaniu zasad Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada

równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Na podstawie art. 46 akapit 1 tej dyrektywy od każdego wykonawcy ubiegającego się o uczestnictwo w realizacji zamówienia publicznego można żądać dowodu posiadania przezeń wpisu do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, lub dostarczenia oświadczenia pod przysięgą lub zaświadczenia zgodnie z warunkami przewidzianymi przez prawo Państwa Członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę. Zgodnie z akapitem 2 tego artykułu w procedurze udzielenia zamówień na usługi, jeżeli kandydaci lub oferenci muszą posiadać określone zezwolenia lub muszą być członkami określonej organizacji, aby mieć możliwość realizowania w swoim kraju określonej usługi, instytucja zamawiająca może wymagać od nich przedstawienia dowodu, iż posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie predyspozycji do prowadzenia działalności zawodowej, tj. posiadania określonych uprawnień, za wystarczający dowód należy uznać posiadanie uprawnień lub wpis na listę członków właściwej organizacji samorządu zawodowego w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym dany wykonawca ma siedzibę.

Jednocześnie, ze względu na obowiązujące w Polsce przepisy prawa krajowego, należy pamiętać, że wykonanie zamówienia będzie niemożliwe w przypadku braku decyzji stwierdzającej nadanie polskich uprawnień budowlanych i wpisu na właściwą listę członków odpowiedniej izby samorządu zawodowego.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych, za wystarczający dowód posiadania kwalifikacji i prawa do wykonywania zawodu architekta należy uznać posiadanie uprawnień lub wpis na listę członków właściwej organizacji samorządu zawodowego w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym dany wykonawca ma siedzibę.

Zdaniem Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej powyższe stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych można zaakceptować tylko do czasu, gdy do prawa polskiego wdrożone zostaną postanowienia dyrektywy w sprawie uznawania kwalifikacji, gdyż uczestnictwo w konkursie lub postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zwalnia z obowiązku ubiegania się o uznanie kwalifikacji na zasadach ogólnych.

W przedmiotowej sprawie Dyrektor Departamentu Prawa Unii Europejskiej Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej zwrócił się do Dyrektora Departamentu Spraw Europejskich Ministerstwa Gospodarki o podjęcie przez Ministerstwo Budownictwa niezbędnych działań w celu jak najszybszego wdrożenia przepisów prawa wspólnotowego do polskiego porządku

prawnego, tak aby zapobiec negatywnym skutkom związanym z brakiem całościowej implementacji dyrektywy Rady 85/384/EWG z dnia 10 czerwca 1985 r. w sprawie wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania kwalifikacji w dziedzinie architektury (obecnie dyrektywy 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych – Dz. U. UE L 255 z 30.09.2005 r.), łącznie ze środkami ułatwiającymi skuteczne korzystanie z prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

Powyższe pismo dotyczyło zagadnienia, które zdaniem uczestników sympozjum w Gdańsku, ciągle wywołuje wątpliwości, tj. możliwości uczestniczenia w konkursach oraz postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych w Polsce przez osoby posiadające uprawnienie do wykonywania zawodu architekta w państwie członkowskim swojej siedziby, lecz nie legitymujący się wpisem na listę prowadzoną przez polską izbę samorządu architektów.

W związku z powyższym Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Ministerstwa Budownictwa o udzielenie odpowiedzi m.in. pytania na temat podjęcia przez Ministerstwo Budownictwa działań mających na celu uregulowanie kwestii przyznawania prawa do wykonywania zawodu architekta na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przez osoby posiadające uprawnienia wykonywania zawodu architekta w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, objęcia tymi działaniami również osób wykonujących inne samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz szybkość uzyskiwania wpisów przez osoby uprawnione do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w innych krajach członkowskich na listy prowadzone przez polskie samorządy zawodowe. Przedstawienie stanowiska w tych kwestiach przez Ministerstwo Budownictwa umożliwi udzielenie ostatecznej odpowiedzi na postawione pytanie.

2. Rozliczanie w trakcie realizacji zamówienia wykonania tzw. „robót dodatkowych" objętych przedmiotem zamówienia (projektem budowlanym), które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych (przedmiarze), będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego i tym samym nie zostały ujęte w cenie oferty w sytuacji, jeżeli ww. zestawienie sporządził zamawiający. W jaki sposób zamawiający może dokonać zapłaty tego zwiększonego wynagrodzenia w sposób zgodny z art. 630 § 1 Kc oraz przepisami ustawy Pzp?

- ***Czy należy rozliczać roboty do wysokości faktycznie poniesionych nakładów, zgodnie z zapisami umowy dot. sposobu wyceny „robót dodatkowych", bez konieczności wprowadzania aneksu w części dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy?***

Zamówienie na roboty dodatkowe stanowi odrębny przedmiot zamówienia udzielany w nowym postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ich udzielenie

następuje w wyniku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W jej treści strony regulują również kwestię wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania robót dodatkowych.

- Czy można na etapie obliczania ceny oferty zobowiązać wykonawców do doliczenia do oferowanej ceny netto np. 10% kwoty warunkowej, która będzie wykorzystana w przypadku konieczności wykonania ww. robót dodatkowych?

Prawo zamówień publicznych, zwane dalej „Pzp", nie reguluje zasad ustalania przez zamawiającego wynagrodzenia w umowie o zamówienie publiczne ani dopuszczalnego sposobu dokonywania rozliczeń w trakcie jej realizacji. Wykonawca i zamawiający kształtują w tym zakresie stosunek umowny zgodnie z ogólnymi przepisami prawa cywilnego dotyczącymi zasad kontraktowania. Należy wskazać, iż ustalony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie w umowie w sprawie zamówienia publicznego, sposób rozliczenia za wykonanie robót budowlanych może wskazywać na wynagrodzenie ryczałtowe albo kosztorysowe.

Wynagrodzenie kosztorysowe polega na tym, iż ustalone na podstawie oferty wstępne wynagrodzenie kosztorysowe może zostać zmienione w ostatecznym rozliczeniu o kwotę wynikającą z ewentualnej różnicy między ilością robót określoną przedmiarem robót planowanych do wykonania a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiaru robót wykonanych. Oznacza to, iż wynagrodzenie wykonawcy wynikające z ilości wykonanych robót może być niższe lub wyższe od wstępnego wynagrodzenia kosztorysowego wskazanego w ofercie, gdy w toku realizacji zamówienia okaże się, że określonych prac należy wykonać więcej lub mniej niż zakładano. Dopuszczalna jest zatem zmiana zakresu ilościowego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wybierając ten sposób rozliczenia musi jednak pamiętać, iż zgodnie z art. 140 Pzp nie można uwzględniać w umowie zakresu rzeczowego wykraczającego poza opis przedmiotu zamówienia ustalony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W części wykraczającej poza ten zakres umowa jest nieważna z mocy prawa. Tym samym, zakres obmiaru robót wykonanych, stanowiący podstawę obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, może dotyczyć tylko robót uwzględnionych w przedmiarze robót, służącym do opisu przedmiotu zamówienia. Nie jest natomiast możliwe uwzględnienie przy rozliczeniu kosztorysowym robót stanowiących wprawdzie niezbędny element zamówienia, ale nieprzewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia. Roboty tego rodzaju stanowią zawsze nowe zamówienie, które podlega odrębnej procedurze, np. przy zastosowaniu instytucji zamówień dodatkowych lub uzupełniających (art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp).

Wydatki w ramach kwoty warunkowej zasadniczo przewiduje się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w umowie w sprawie udzielenia zamówienia

publicznego. Kwota warunkowa jest przeznaczona na zapłacenie kosztów wynikających z korekt obmiaru robót, których nie można przewidzieć, a ich wykonanie jest niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Częściowo można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż wydatki dokonywane w ramach kwoty warunkowej nie są przeznaczone na rozszerzenie zakresu zamówienia. Dotyczy to tylko wydatków, które mają służyć pokryciu poniesionych przez wykonawcę kosztów wynikających z korekty przedmiaru, polegającej na zwiększeniu ilości robót przewidzianych w poszczególnych jego pozycjach. W tej sytuacji, roboty sfinansowane z tak zdefiniowanej kwoty muszą wynikać wyłącznie z przekroczenia ilości robót określonych w przedmiarze robót.

W związku z powyższym, nie ma podstaw do zakwalifikowania wydatków z kwoty warunkowej do kategorii wydatków służących sfinansowaniu odrębnego przedmiotu zamówienia, tylko wówczas gdy są one następstwem korekty przedmiaru, polegającej na zwiększeniu ilości robót przewidzianych w poszczególnych jego pozycjach. Nie zachodzi bowiem sytuacja udzielenia zamówienia wykraczającego poza zmówienie podstawowe, przewidziane w SIWZ oraz umowie. Dokonanie tych wydatków nie wymaga również zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach, kwoty warunkowe należy traktować jako zaplanowany w SIWZ i umowie elastyczny sposób ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, gdy jest przewidywana - w związku z ewentualną korektą obmiaru - zmiana ilościowa zamówienia, mieszcząca się jednak w pierwotnym jego opisie.

Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku konieczności wykonania robót, które nie zostały wymienione w przedmiarze robót. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych są to roboty dodatkowe, zwiększające zakres pierwotnego zamówienia.

Kwota warunkowa służyć więc może również sfinansowaniu robót dodatkowych, objętych co prawda dokumentacją projektową, nie wymienionych jednak w przedmiarze robót. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, wydatki w ramach tak określonej kwoty warunkowej stanowią sfinansowania nowego zamówienia lub rozszerzonego zakresu rzeczowego udzielonego zamówienia, a ich rozliczenie powinno nastąpić na podstawie umowy w sprawie udzielenia zamówienia dodatkowego.

3. Jak powinien postąpić zamawiający w przykładowej sytuacji: W SIWZ zamawiający żądał aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania doświadczenia wykazał że „wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, polegających na ....., każda o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Wykonawca

złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i załączył do oferty wykaz, w którym wykazał wykonanie dwóch robót budowlanych jedna o wartości 2 mln zł druga o wartości 1 mln zł wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Czy należy uznać że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i wykluczyć na podstawie. art. 24 ust. 1 pkt 10 ? W takiej sytuacji należałoby również zakwestionować treść złożonego oświadczenia. Taki tryb postępowania wynika z opinii prawnej zamieszczonej na stronach UZP oraz części wyroków ZA np. wyrok z dnia 13.03.2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-146/07). Czy, jeżeli złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału a wykonawca złożył oświadczenie że spełnia warunki udziału, należy uznać że nie został złożony żądany dokument i wezwać do uzupełnienia dokumentu, np. wyrok ZA z dnia 14.05.2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-543/07)?

W brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym art. 26 ust. 3 ustawy) dominował pogląd, iż w sytuacji złożenia dokumentu wskazującego na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie ma uprawienia do żądania jego uzupełnienia. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w sposób bezwzględny nakładał bowiem na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie dopuszczając w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków. W sytuacji nie spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert/wniosków zamawiający miał obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powyższe potwierdzało również orzecznictwo. W jednym z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie czytamy z dnia 22 września 2005 r. (Sygn. akt V Ca 665/05): *„Przepis ten* [art. 26 ust. 3] *dotyczy sytuacji, gdy dokument nie został złożony bądź jego treść wzbudza wątpliwości zamawiającego, natomiast nie stosuje się go wówczas, gdy dokument został złożony, ale bezspornie nie spełnia warunków ustalonych przez zamawiającego."*

Wydaje się, iż powyższy pogląd nie może być uznany za aktualny w świetle nowego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie ze zdaniem drugim cyt. przepisu, zamawiający ocenia wykonawcę od którego zażądał uzupełnienia na dzień w którym upływa wyznaczony termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Uznanie za aktualny dotychczasowego poglądu o braku obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów świadczących o braku spełniania warunków wprost prowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Oto bowiem wykonawca nie spełniający warunków, który złożył stosowny dokument byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, natomiast wykonawca, który na dzień składania ofert również nie spełnia warunków, ale nie złożył wymaganego dokumentu, byłby wzywany do uzupełnienia dokumentów. Wobec znowelizowanej treści art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca, od którego żądamy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń byłby oceniany nie na dzień upływu

terminu składania ofert/wniosków, ale na dzień upływu terminu do złożenia uzupełnionego dokumentu lub oświadczenia. W sytuacji, w której okoliczności faktyczne w okresie pomiędzy upływem terminu składania ofert a upływem terminu na uzupełnienie dokumentów ulegną zmianie w sposób, który sprawi, iż dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu (np. zatarcie skazania, uregulowanie zaległości podatkowych, opłat itd.) zamawiający będzie miał obowiązek dopuścić jego ofertę/wniosek do dalszej oceny.

Uznanie za aktualny dotychczasowego poglądu prowadziłoby do odmiennej oceny wykonawców w stosunku do których w dniu upływu terminu składania ofert/wniosków zachodzą takie same okoliczności, co stałoby w sprzeczności z podstawową zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Tym samym, złożenie dokumentu wskazujące na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp, niewątpliwe bowiem wykonawca w takiej sytuacji nie złoży „oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu". (*J. Sadowy*, Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, [w:] Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 13 kwietnia 2007 r., UZP 2007 r., s. 135)

4. Jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów pomimo wezwania to podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu powinien być art. 24 ust. 2 pkt 3 a nie niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – art.24 ust.1 pkt. 10. Niezależnie od ustalenia, że zachodzi w/w przesłanka do wykluczenia wykonawcy, w każdym postępowaniu zamawiający musi wypełnić druk ZP-17, w którym w sposób jednoznaczny zmuszony jest ocenić czy wykonawca warunki spełnia, czy nie. Tak więc dysponując samym pozytywnym oświadczeniem wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, przy braku innych wymaganych dokumentów, zamawiający powinien uznać, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Czy powinien wtedy podać jako podstawę wykluczenia obie w/w przesłanki ? Czy druk ZP-17 nie powinien zawierać jeszcze dodatkowej możliwości wpisania zwrotu „nie potwierdził spełniania warunku"?

Brak dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę dla wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 23 ust. 2 pkt 3 ustawy. Brak złożenia żądanego dokumentu stwarza domniemanie braku spełniania warunków udziału w postępowaniu, którego spełnienie miał potwierdzać wymagany dokument. Stąd też, podstawę wykluczenia wykonawcy stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3, zaś wypełniając druk ZP-17 można wskazać, iż wykonawca w świetle zgromadzonych dokumentów (a raczej ich braku) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

5. Składanie oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Czy pełnomocnik

ustanowiony przez w/w wykonawców do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia może złożyć jedno oświadczenie w imieniu wszystkich wykonawców – taki wymóg stawiają coraz częściej zamawiający ? Podczas kontroli zamówień, przeprowadzonej przez RIO wskazano, że przy tak określonym zakresie pełnomocnictwa, pełnomocnik nie posiada umocowania do składania oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w imieniu wszystkich wykonawców, nawet jeżeli dotyczy ono tylko warunków o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 1-3, co miało miejsce w kontrolowanym postępowaniu. W świetle powyższego czy zamawiający powinien żądać złożenia w/w oświadczenia przez każdego z wykonawców lub przez pełnomocnika pod warunkiem że załączy pełnomocnictwo szczegółowe, zawierające wykaz wszystkich czynności, do których w ramach postępowania będzie umocowany pełnomocnik, w tym złożenia w/w oświadczenia? Z publikowanych orzeczeń ZA wynika że do podejmowania przez pełnomocnika czynności w postępowaniu wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2005 r., (Sygn. akt V Ca 429/05) wynika, iż oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu może zostać skutecznie złożone przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika wykonawcy.

Zgodnie z art. 98 ustawy pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, chyba że ustawa wymaga pełnomocnictwa do poszczególnej czynności. Mając na względzie, iż ustawa nie wymaga dla złożenia przez pełnomocnika oświadczenia o spełnianiu warunków pełnomocnictwa szczególnego, nie można uznać za uzasadnione postawienie takiego wymagania.

Jak wynika z powyżej cyt. orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie jako nieznane prawu cywilnemu, a więc niedopuszczalne jest składanie wspólnych oświadczeń, tj. oświadczeń składanych przez pełnomocnika w imieniu kilku mocodawców (konsorcjum) – *jeżeli będzie to jednokrotnie sformułowanie oświadczenie używające liczby mnogiej, to uznać należy, że zostaje w ten sposób złożone wspólne oświadczenie, które co do zasady nie jest znane prawu cywilnemu, ani ustawie o zamówieniach publicznych*. W ocenie Sądu dopuszczalne jest natomiast złożenie oświadczenia przez jedną osobę w imieniu kilku mocodawców, o ile oświadczenie jest zindywidualizowane, tj. z jego treści w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż jest złożone odrębnie dla każdego z mocodawców. W ocenie Sądu Okręgowego trafne jest stanowisko, *według którego jeżeli jedna osoba ustanowiona pełnomocnikiem dwóch podmiotów podpisze się pod oświadczeniem składanym w imieniu obu mocodawców, uznać należy, że każdy z tychże mocodawców złożył oświadczenie zawarte w treści dokumentu. Ten trafny pogląd wymaga jednak doprecyzowania o element indywidualizacji oświadczenia. Jeżeli bowiem ponad jednym podpisem pełnomocnika dwóch podmiotów znajdzie się dwukrotnie oświadczenie sformułowane w liczbie pojedynczej*

pozwalające na identyfikację mocodawcy, to zgodzić się należy ze stanowiskiem, że zostaną w ten sposób podpisem jednej osoby złożone dwa oświadczenia o analogicznej treści.

Również orzeczenie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14 października 2005 r., (Sygn. akt II Ca 1355/05) wskazuje na konieczność złożenia zindywidualizowanego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych członków konsorcjum. Dodatkowo Sąd wskazał, iż wystarczające jest złożenie kopii oświadczenia potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika.

6. Sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu. Czy dokonywane przez zamawiającego modyfikacje SIWZ, w zakresie informacji publikowanych w ogłoszeniu (np. przedłużenie terminu wykonania zamówienia, przesunięcia terminu składania ofert), powinny być przekazywane do Prezesa UZP, w celu ich publikacji jako sprostowanie ogłoszenia? Art. 38 ustawy Pzp nie nakłada takiego obowiązku na zamawiającego, natomiast według informacji uzyskanych z UOPWE wszystkie takie modyfikacje powinny być do nich przesyłane w celu publikacji sprostowań.

Jedną z podstawowych zasad wyrażonych w dyrektywie 2004/18/WE jest zasada przejrzystości (art. 2). Z zasady tej wynika nakaz publicznego udostępniania wszystkich informacji istotnych dla danego postępowania.

Z zasady tej Komisja wywodzi również obowiązek informowania potencjalnych wykonawców o zmianach warunków udzielania zamówienia publicznego w trakcie trwania procedur udzielania zamówienia publicznego. Stąd też, w postępowaniach o wartości powyżej progów „unijnych" wymagane jest sprostowanie opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zamawiający dokonuje zmiany warunków w nim podanych. Wprawdzie ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku w sposób jednoznaczny, ale mając na względzie realizację zasad traktatowych wyrażonych w dyrektywie a także respektowanie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy, należy uznać, iż zamawiający powinien przekazać do publikacji sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zmian podanych w nim warunków udzielanego zamówienia (np. zmiany terminu wykonania).

Kierując się normą zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający powinien dokonać sprostowania ogłoszenia również w Biuletynie Zamówień Publicznych, o ile oczywiście modyfikacja siwz powoduje zmianę warunków podanych w treści ogłoszenia. Ograniczenie dostępu do informacji o zmianach warunków zawartych w ogłoszeniu, które co do zasady mają istotny charakter, może być potraktowane jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, wątpliwości budzi skuteczność dokonanych

zmian siwz zmieniających treść opublikowanego ogłoszenia o zamówienia bez jednoczesnego jego sprostowania.

TEMATY DO ROZWAŻENIA I POSTULATY ZGŁOSZONE PRZEZ MIASTO KRAKÓW

1. ***W kwestii art. 131 ustawy Pzp, wydaje się nadmierną ostrożnością ze strony ustawodawcy, iż zmusza koncesjonariusza do ponownego udzielania zamówień, co wydłuża, a nawet podwaja czas realizacji inwestycji.***

Treść art. 131 ustawy Pzp stanowi wynik harmonizacji polskiego prawa z postanowieniami art. 62 i 63 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114 z 30.4.2004 r.)

2. ***Możliwość uzupełniania pełnomocnictw w postępowaniu także przy czynnościach związanych ze składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.***

Patrz odpowiedź na pytanie nr 1 zgłoszone przez Miasto Bydgoszcz.

3. ***Niespójności porządków prawnych wynikających z dyrektyw unijnych odnoszących się do kwestii uprawnień budowlanych i architektonicznych.***

Patrz odpowiedź na pytanie nr 2 zgłoszone przez Miasto Bydgoszcz.

4. ***Możliwości skorygowania oficjalnego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonego na stronie www w kwestii wzywania do uzupełnienia dokumentów, pomimo że z treści złożonych wniosków lub ofert wynika, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co jednak może być skutkiem popełnionego błędu.***

Patrz odpowiedź na pytanie nr 3 zgłoszone przez Miasto Łódź.