



Fundusze Europejskie  
dla Łódzkiego



Rzeczpospolita  
Polska

Dofinansowane przez  
Unię Europejską



województwo  
łódzkie

# "Opracowanie Specyfikacji Warunków Zamówienia dla zamówień w projektach Unijnych"

Kancelaria Doradcza Progressio Przemysław Kuderczak

grudzień 2024 r.

OPIS

PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA



## OPZ ZASADY

**Art. 99. 1.** Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

**Opis Przedmiotu Zamówieniu musi być jednoznaczny i wyczerpujący oraz niedyskryminujący.**

Po co?

- *aby wskazywać na rzeczywiste potrzeby zamawiającego,*
- *aby umożliwić Wykonawcy obliczenie ceny,*
- *aby umożliwić Zamawiającemu dokonanie obiektywnej oceny ofert,*
- *aby określić precyzyjne i wyczerpująco zidentyfikowane potrzeby Zamawiającego,*
- *aby zapewnić konkurencyjność w zakresie ubiegania się o udzielenie zamówienia.*

Jednoznaczny i wyczerpujący OPZ zawsze powiązany jest z wyborem trybu w jakim Zamawiający zamierza prowadzić zamówienie.

Najczęściej występujący problem po stronie Zamawiających to:

-Stosowanie niedookreślonych pojęć takich jak: optymalne wykonanie, dobra jakość, smaczny catering, szybka reakcja na zgłoszenie, profesjonalna jakość.

-Brak informacji cenotwórczych tak jeśli chodzi o elementy składowe jak również sposób realizacji.

-Brak rozeznania czy przewidywany przez Zamawiającego zakres zamówienia oraz sposób realizacji jest możliwy do osiągnięcia.



## NIEPRECYZYJNOŚĆ LUB NIEJASNOŚĆ OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA MOŻE STANOWIĆ PODSTAWĘ UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA

Orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne także w obecnym stanie prawnym. Ponadto Izba uznała za własne stanowisko zamawiającego stwierdzające, że podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, tj. art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp. **Powyższe wynikałoby z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości.** Przede wszystkim zaś rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z art. 99 ust. 1 Pzp, który ustanawia wymóg jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający przed otwarciem ofert nie dostrzegł, że postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia mogą być interpretowane w ten sposób, że wykonawca dojdzie do przekonania, że może zaoferować dzierżawę dwóch osobnych analizatorów lub nawet większej ich liczby.

**KIO 1343/21**



## NADUŻYWANIE PRZESŁANKI UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA ZE WZGLĘDU NA JEGO WADLIWOŚĆ

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i po jego stronie leży dochowanie należytej staranności w przygotowaniu postępowania, w tym opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami, jak i dokonanie analizy, czy wymagane parametry techniczne aparatu nie ograniczają konkurencji. Obowiązek ten nie ustaje również na etapie prowadzonego postępowania, kiedy Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców podejmuje decyzje co do ewentualnej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć należy, że **skutki wynikające z błędów czy przeoczeń Zamawiającego w tym zakresie w żadnym wypadku nie mogą obciążać wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie stanowi instytucji pozwalającej Zamawiającemu na korygowanie każdej błędnej decyzji w postępowaniu, a jedynie takiej wady, która jako niemożliwa do usunięcia jednocześnie powoduje, że zawarta w postępowaniu umowa mogłaby podlegać unieważnieniu na jednej z podstaw określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp.**



Na zakończenie podkreślić należy, że przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp stanowi instytucję szczególną, niweczącą cel postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest zawarcie ważnej umowy na realizację zamówienia, dlatego też nie powinna być nadużywana. **Z całą stanowczość stwierdzić należy, że nie służy ona konwalidowaniu wszelkich błędów i niedopatrzeń zamawiającego w postępowaniu.**

KIO 2309/21



## Przykład

W zamówieniu, którego przedmiotem zamówienia była usługa szkoleniowa w ramach, której Wykonawca miał zapewnić trenera, salę szkoleniową, materiały szkoleniowej, catering.

W części opz dotyczącej materiałów szkoleniowych Zamawiający wpisał:

„Zamawiający wymaga aby Wykonawca dla wszystkich uczestników szkolenia zapewnił materiały szkoleniowe, niezbędne materiały Wykonawca przekaże Zamawiającemu w terminie nie później niż na 3 dni przed terminem rozpoczęcia cyklu szkoleń.”

**Czy informacja jest wyczerpująca?**



## OPZ RÓWNOWAŻNOŚĆ

**Art. 99.** 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.



## Rozwiązania równoważne KIO 2638/18

– wyrok KIO z dnia 10-01-2019

Rozwiązanie równoważne **nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym**. Co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia.

**Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym.**

Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty. Ponadto taki zapis zastrzega dla zamawiającego możliwość dowolnej oceny ofert, gdyż dopiero w trakcie ich badania wykonawcy mogą dowiedzieć się, które de facto parametry techniczne są dla zamawiającego istotne, a które nie.

W takich przypadkach jak opisane powyżej, zamawiający ma obowiązek opisać w SIWZ parametry (przedział parametrów), których spełnienie spowoduje, że rozwiązanie równoważne zostanie uznane (tzw. „parametry równoważności”).

**OPIŚ ZBYT PRECYZYJNY?**

**CZYM JEST DYSKRYMINACJA  
BEZPOŚREDNIA I POŚREDNIA?**

**Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wskazać chociaż jednego wykonawcy, oprócz producenta urządzeń z rozwiązania podstawowego, który spełniłby wskazane w SWZ kryteria równoważności, to wprost wpisuje się to w naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp.**

Norma ta jest jedną z głównych zasad związanych z procesem formułowania przedmiotu zamówienia, zakazującą opisywania go w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez scharakteryzowanie produktów dostarczanych przez konkretnego wykonawcę, jeżeli prowadzi to do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów.

KIO 1262/22



Najlepszym rozwiązaniem jest oczywiście zagwarantowanie jak najszerszego kręgu wykonawców, tak aby istota konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia została wypełniona.

Niemniej w ocenie Izby wystarczającym, gdy opis przedmiotu zamówienia gwarantuje udział chociaż dwóm wykonawcom, z tym zastrzeżeniem, że **nie chodzi o to aby jeden, ten sam produkt oferowało dwóch wykonawców ale aby dwóch wykonawców oferowało dwa różne produkty, funkcjonalnie spełniające wymagania zamawiającego.**



## Orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 Roche Lietuva

W podobnym duchu motyw 74 dyrektywy 2014/24 stanowi, że specyfikacje techniczne powinny „**być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę**”. Zgodnie bowiem z tym motywem „**należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku [...]**”.



## Orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 Roche Lietuv

Przestrzeganie tych wymogów jest tym bardziej istotne, gdy, jak w niniejszej sprawie, specyfikacje techniczne zawarte w specyfikacji warunków zamówienia są sformułowane w sposób wyjątkowo szczegółowy. Im bardziej bowiem specyfikacje techniczne są szczegółowe, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane.

Ważne jest również, aby **stopień szczegółowości specyfikacji technicznych** był zgodny z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.





## OPZ RÓWNOWAŻNOŚĆ – OBOWIĄZEK UDOWODNIENIA SPOCZYWA NA WYKONAWCY

Wykonawca ma prawo, a nawet obowiązek wykorzystać wszelkie dostępne mu środki w celu wykazania, iż oferowane przez niego rozwiązanie jest równoważne. Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem wykonawcy jest **wykazanie Zamawiającemu najpóźniej w dacie złożenia oferty, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wszelkie wymogi w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności. Opis ten musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić czy zaproponowane rozwiązania spełniają jego wymagania i będą należycie spełniały cel postępowania** (vide wyrok KIO z dnia 9 września 2020 r., sygn. KIO 1862/20). Innymi słowy - **opis rozwiązania równoważnego powinien być nie tylko dołączony do oferty, ale również musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie oferty mógł stwierdzić, czy zaproponowane rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego.** Ponadto Izba wskazuje na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrażone w wyroku z dnia 12 lipca 2018 r., sygn. C-14/17 VAR et ATM, zgodnie z którym jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych.



## OPZ RÓWNOWAŻNOŚĆ

Stanowisko Odwołującego, jakoby wymagania w zakresie równoważności zostały opisane w sposób pozorny oraz nie były oparte o rzeczywiste i uzasadnione potrzeby Zamawiającego nie zasługuje w ocenie Izby na uwzględnienie.

Wskazać bowiem należy, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego **najlepiej wie jakie są jego potrzeby**. Izba pozytywnie ocenia argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający w sposób przekonujący uzasadnił celowość i zasadność opisu rozwiązania równoważnego w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, który skoncentrował się przede wszystkim na kwestionowaniu potrzeb Zamawiającego



# OPZ RÓWNOWAŻNOŚĆ

## ZARZUT:

nieprawidłowe i prowadzące do ograniczenia konkurencji jest zawarcie w "Przedmiarze robót" cech poszczególnych oprav.

Skoro bowiem Zamawiający zobowiązany jest do osiągnięcia efektu ekologicznego w odniesieniu do realizacji całego projektu inwestycyjnego, bez znaczenia pozostają moce poszczególnych oprav, a jedynym wyznacznikiem pozostaje moc całego systemu po modernizacji. Natomiast konieczność zastosowania danej liczby oprav o ściśle określonych mocach, uniemożliwia realizację inwestycji w sposób bardziej efektywny ekologicznie. Jednocześnie zastosowanie oprav o określonej mocy nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego

**ODDALONO 1744/21**



# OPZ RÓWNOWAŻNOŚĆ – ZDJĘCIE TO NIE WSKAZANIE

## ZARZUT:

Zamawiający zamieścił zdjęcie oprawy, wskazując jednocześnie, że dla oświetlenia zastosować oprawy posiadające takie same cechy wzornicze i parametry konstrukcyjne wyszczególnione na poniższym rysunku. Zmiana wyglądu oprawy wymaga ponownego uzgodnienia z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków w Białymstoku.

## ODDALONO 1744/21

obowiązkiem wykonawców było zastosowania nie tych samych opraw lecz opraw posiadających takie same cechy wzornicze i parametry konstrukcyjne. Zamawiający wyjaśniał, że powyższe zdjęcie jako wzór jest konieczne do zobrazowania wykonawcom wzoru opraw, ponieważ wzór ten został ustalony z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków w Białymstoku, a każda zmiana wyglądu oprawy wymaga ponownego uzgodnienia z powyższym organem. W konsekwencji Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący cech poszczególnych opraw.

# RÓWNOWAŻNOŚĆ ODRZUCENIE OFERTY ZA BRAK DOWODU RÓWNOWAŻNOŚCI

## **STAN FAKTYCZNY:**

Zamawiający wskazał, że w przypadku zaoferowania produktów lub techniki Wykonania robót budowlanych równoważnych, Wykonawca musi wraz ofertą przedstawić oferowane produkty lub techniki wykonania robót budowlanych Oraz dołączyć dokumenty potwierdzające parametry techniczne i analizę porównawczą, z której jednoznacznie będzie wynikać, że są one w pełni równoważne do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania, a także uzyskać stosowną zgodę projektanta na ich zastosowanie podczas realizacji prac budowlanych i wykończeniowych.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających parametry techniczne i analizę porównawczą odnośnie jakichkolwiek rozwiązań równoważnych do rozwiązań wskazanych w dokumentacji postępowania (okoliczność niesporna).



# RÓWNOWAŻNOŚĆ ODRZUCENIE OFERTY – WADLIWOŚĆ UZASADNIENIA FAKTYCNEGO

**WYROK: 409/21**

Zamawiający w analizowanym uzasadnieniu ograniczył się do stwierdzenia, że odwołujący zaoferował w jakieś bliżej niesprecyzowane rozwiązanie równoważne do nie wiadomo jakiego rozwiązania wskazanego w dokumentacji postępowania. Owo rozwiązanie równoważne miało nie wynikać z treści samej oferty odwołującego a tym samym wykonawca miał nie zastosować się do postanowienia SWZ, który nakładał obowiązek złożenia już wraz z ofertą dodatkowych dokumentów dotyczących oferowanego rozwiązania równoważnego. Zdaniem Izby tak sporządzone uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego, w okolicznościach danej sprawy, **okazało się niewystarczające**. W oparciu o przedstawione uzasadnienie wykonawca nie miał żadnych podstaw do domyslenia się, o jakie konkretnie zaoferowane rozwiązanie równoważne chodzi.



# RÓWNOWAŻNOŚĆ ODRZUCENIE OFERTY

## WYROK: 409/21

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że fakt, że **kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.**

## KOMENTARZ strona 351

Rozwiązanie równoważne musi być wskazane w ofercie wykonawcy. Zwrócił na to uwagę TSUE, stwierdzając, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Sprawdzenie i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą bowiem mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten już na tym etapie dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Nie jest dopuszczalne badanie równoważności zaoferowanych rozwiązań na etapie po dokonaniu badania i oceny ofert, w szczególności na etapie realizacyjnym, gdyż może być oceniane jak niedopuszczalna zmiana oferty (art. 223 Pzp).



Naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że już na etapie kreowania potrzeby i określenia pożądanego przez zamawiającego celu zamówienia dochodzi do wykluczenia pewnych podmiotów, które tych potrzeb spełnić nie mogą. Jednocześnie zauważyć należy, iż ewentualna konieczność takiego formułowania opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia jedynie wiedzę o oferowanych przez większość wykonawców możliwościach, może wyłączyć z procesu zamówienia nowe rozwiązania, oferowane tylko przez jednostki. W takim wypadku, gdy ów najnowocześniejszy (w domniemaniu - najlepszy) produkt nie ma swoich odpowiedników, owa zasada "minimum dwóch produktów możliwych do zaoferowania" nie prowadziłaby wcale do uczciwej konkurencji.

Zamawiający może zatem dokonując opisu przedmiotu zamówienia ukształtować dodatkowe kryterium, które premiuje pewne pożądane i kluczowe dla realizacji celu zamówienia właściwości. Istotne jest jednak, aby taki opis przedmiotu zamówienia był należycie uzasadniony potrzebami zamawiającego.

KIO 3408/22, XXIII 14/23

Bezsporne oczywiście pozostaje, że występujące na polskim rynku zastawki posiadają różne parametry dotyczące wielkości dostępnych rozmiarów i standardem jest oferowanie tychże zastawek w trzech lub czterech rozmiarach. Poza sporem pozostaje również okoliczność, że jedynym znanym producentem zastawek w aż 8 rozmiarach (w tym rozmiarów połówkowych) jest firma (...) Ltd.

Dywagując o "obiektywnych" potrzebach odnotować trzeba, że określenia "obiektywny" nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla "ogółu", lecz uzasadnionego dla zamawiającego (co zawsze niesie za sobą pewien stopień subiektywnych potrzeb charakterystycznych dla tego jednego podmiotu). Kluczowe znaczenie ma zatem sytuacja zamawiającego (a tu głównie pacjenta) i jego potrzeby w zakresie procedury implantacji protetycznych zastawek aortalnych serca.

KIO 3408/22, XXIII 14/23

Przedstawione przez Zamawiającego dane wskazują na wymóg posiadania szerszej gamy rozmiarów zastawek,, które podczas zabiegu operacyjnego są faktycznie wybierane przez lekarzy.

Wbrew temu co podnosi skarżący nie można jednak uznać, że te wybór lekarzy podyktowany jest ich przyzwyczajeniem, czy komfortem. W ocenie Sądu Okręgowego wybór ten wynika z wiedzy i doświadczenia lekarzy którzy przeprowadzają tego rodzaju zabiegi i nie może stanowić - przy tym rodzaju przedmiotu zamówienia - przesłanki pejoratywnej, wyłączającej. Mamy tu bowiem przeciwstawienie powoływanych przez Skarżącego określeń jak: przyzwyczajenie, komfort — określeniom takim jak doświadczenie, wiedza lekarzy, dobro pacjenta — mających wpływ na proces operacji, rekonwalescencji i sukces leczenia nawet małej ilości pacjentów.

KIO 3408/22, XXIII 14/23

# PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE Art. 104 – 106 PZP

- ❑ Stosowane są w przypadku zamówień o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, zamawiający, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami.
- ❑ **Etykiety**
- ❑ W przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonej przez zamawiającego etykiety lub równoważnej etykiety, zamawiający, w terminie, przez siebie wyznaczonym **akceptuje inne odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe**, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonej etykiety lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.
- ❑ **Inne przedmiotowe środki dowodowe**

# PROBLEMY Z RÓWNOWAŻNYMI KIO 1952/21

## STAN FAKTYCZNY

1) W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącymi minimalnej sprawności w trybie on-line, przy obciążeniu znamionowym, nie mniejszej niż 95 % dla każdego z oferowanych typów UPS Wykonawca wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe tj. wydane przez niezależną jednostkę badawczą certyfikaty określające sprawność oferowanych urządzeń;

2) Zamawiający zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzą, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, o których mowa w pkt 1.

Wykonawca na potwierdzenie powyższych wymagań złożył przedmiotowe środki dowodowe - załączył do oferty kartę katalogową oferowanych zasilaczy UPS LEVELUPS oraz oświadczenie producenta

**Czy takie PrŚD należy uznać?**



Dokonując oceny wymaganych i złożonych przez przystępującego przedmiotowych środków dowodowych, to na pierwszy ogląd sprawy można uznać, że przedłożone dokumenty nie są certyfikatem wydanym przez niezależny podmiot certyfikujący, jak również nie są równoważne z certyfikatem i tym samym odwołanie winno zostać uwzględnione.

Jednakże dokonując szczegółowej oceny treści SWZ, a w szczególności postanowienia Rozdziału 14 ust.4 pkt 1 i 2, jak również stanowisk stron i przystępującego Izba uznała, że nie można na etapie oceny ofert obciążać wykonawcy nieistniejącymi wymaganiami SWZ, wyartykułowanymi dopiero na rozprawie. Dotyczy to w szczególności **braku uregulowania kwestii, jakie dokumenty mógł złożyć wykonawca, aby zamawiający uznał je za równoważne przedmiotowe środki dowodowe.**

Podać należy, że **dokument równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie.** Zgodnie z przepisem art. 104 - 107 Pzp zamawiający może żądać złożenia przedmiotowych środków dowodowych np. w postaci złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zgodnie z art.7 pkt 20 Pzp przez pojęcie przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

**KIO 1952/21**



Katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, o czym świadczy treść art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i 105 Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. **Izba uznała, iż nie może budzić wątpliwości, że inne przedmiotowe środki dowodowe żądane przez zamawiającego muszą zostać wskazane w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu, a nadto żądane środki dowodowe muszą być proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

**KIO 1952/21**

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w tym i KIO jednoznaczne jest, że ustawodawca wymusza na zamawiającym konieczność zdefiniowania równoważności certyfikatu jeśli jest on wymagany. Zamawiający powinien zdefiniować dopuszczalną równoważność zaświadczeń. Dopuszczając dokument równoważny, powinien w taki sposób sprecyzować postawione certyfikatu równoważnemu wymogi, aby móc następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię jego równoważności (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11 KIO 1569/11). Dlatego też Izba uznała, że kiedy zamawiający wskazując na możliwość złożenia równoważnego przedmiotowego środka dowodowego, bez jego dookreślenia, to zasadnym jest przyjęcie, że zamawiający nie może kwestionować złożonego przedmiotowego środka dowodowego pod warunkiem, że ten będzie potwierdzał zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami SWZ.

Niewątpliwym jest, że dla różnego rodzaju postępowań będą mogły być wymagane inne przedmiotowe środki dowodowe, jak również inne dokumenty mogące być uznane za dokumenty równoważne. Takie dokumenty są nierozłącznie związane z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że zamawiający na rozprawie powołując się na przepis art. 104 ust.5 Pzp wskazywał, że takim równoważnym przedmiotowym środkiem dowodowym byłaby np. dokumentacja techniczna producenta. Na powyższe stanowisko zamawiającego, przystępujący stwierdził, że urządzenia tego typu, jak UPS-y nie mają dokumentacji technicznej (co nie zostało zakwestionowane przez strony) i stwierdził, że ich parametry wynikają z kart katalogowych oraz oświadczeń producenta, które przystępujący złożył wraz z ofertą.





Reasumując powyższe Izba **uznała, że w sytuacji braku ustalenia wykazu równoważnych przedmiotowych środków dowodowych adekwatnych do przedmiotu zamówienia nie byłoby zasadne odrzucenie oferty przystępującego, tylko z tego powodu, że w trakcie oceny zarzutów odwołania zamawiający uznał, iż brak jest równoważności pomiędzy wymaganym certyfikatem, a złożonymi innymi dokumentami z których niewątpliwie wynikało spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Izba zauważyła również, że złożenie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych może nastąpić tylko w sytuacjach kiedy jest obiektywny brak możliwości złożenia dokumentu referencyjnego. Tą okoliczność, po pierwsze wykonawca winien wykazać zamawiającemu, a po drugie zamawiający winien procedurę z tym związaną opisać w SWZ.**

Izba wskazuje także, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie tylko wtedy, gdy przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W tym postępowaniu zamawiający nie przewidział takiej możliwości, co jednak nie uchybiało potrzebie w tym stanie faktycznym, zgodnie z przepisem art. 107 ust.4 Pzp wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

KIO 1952/21



Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert stawiać wykonawcom wymagań, które nie wynikają z upublicznionych dokumentów zamówienia.

Niezasadne jest twierdzenie, iż skoro inni wykonawcy złożyli certyfikat, to odwołujący nie przedstawił wymaganego dokumentu.

W SWZ zamawiający wymagał “dokumentu”, nie zaś “certyfikatu”. Nawet jeżeli faktycznie oczekiwał złożenia certyfikatu, ponieważ taki document pełniej zabezpiecz interesy zamawiającego, to nie zostało to wyraźnie wskazane w treści SWZ.

**KIO 2070/21**

Żądanie przedstawienia próbek w postaci egzemplarzy testowych sprzętu w oferowanej konfiguracji było obiektywnie uzasadnione już chociażby samą skalą dostaw i szeregiem wymagań technicznych, jakie oferowany sprzęt miał spełniać.

Potrzeba dostarczenia próbki wraz z ofertą wynika z konieczności weryfikacji metodą testowania (zgodnie z programem testów) sposobu realizacji wymagań określonych w SWZ, które nie mogą zostać sprawdzone wyłącznie w drodze porównania z załączonymi przez potencjalnego wykonawcę certyfikatami oraz parametrami oferowanego produktu zawartego w ofercie.

#### **Do przetestowania:**

- ogólna estetyka i ergonomia wykonania urządzenia;
- sposób i jakość instalacji modułów i podzespołów wewnątrz obudowy komputera;
- konieczność stosowania dodatkowych adapterów w celu dopasowania monitora i stojaka wyprodukowanych przez różnych producentów;
- sposób montażu wymaganych portów wyjściowych (np. USB) - czy nie zostało przeprowadzone z użyciem metod chałupniczych (np. klej na gorąco);
- sposób spełnienia wymagania posiadania zintegrowanego z płytą główną modułu TPM (np. czy nie nastąpiło poprzez przyklejenie modułu zewnętrznego do płyty głównej; ilość i rozmieszczenie wymaganych złącz w komputerze i na płycie głównej; brak konieczności użycia narzędzi do otwarcia obudowy i demontażu dysków twardych i kart rozszerzeń;
- sposób instalacji dysku twardego (czy nie wypadnie przy zmianie pozycji komputera z pionowej na poziomą) oraz możliwości i sposobu instalacji kolejnych.

Zamawiający ma **prawo zweryfikować zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z ustalonymi wymaganiami niezależnie od faktu prowadzenia weryfikacji podmiotowej w celu ustalenia czy wykonawca finansowo, technicznie, kadrowo jest zdolny do zrealizowania tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.** Nawet wykwalifikowany i doświadczony wykonawca może popełnić błędy przy kompletowaniu i konfiguracji sprzętu na potrzeby danego zamówienia.

Zamawiający badając egzemplarze testowe będzie miał pewność, że dostanie taki produkt, jakiego oczekuje.

Izba za **niewiarygodne uznała twierdzenia Odwołującego, że konieczność przedstawienia próbek narażać ma wykonawców na nieproporcjonalny koszt.**

Ponadto Izba stwierdziła, iż argumentacja prezentowana przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym nie tyle wskazywała na nieproporcjonalność wymogu złożenia próbek, lecz na to, że jest to obowiązek dla wykonawcy niewygodny, a zwłaszcza że może być utrudnione fizyczne pozyskanie tego sprzętu do upływu terminu składania ofert.

# TERMIN ZŁOŻENIA PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

Przedmiotowe środki dowodowe są środkami służącymi zweryfikowaniu poprawności merytorycznej złożonej oferty. Oznacza, że zamawiający musi mieć możliwość zapoznania się z nimi już na etapie badania oferty, a nie dopiero na etapie weryfikowania podmiotowego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takim bowiem przypadku może się okazać, że po wyborze oferty najwyżej ocenionej zajdzie konieczność jej odrzucenia na podstawie niezgodności z dokumentami zamówienia. Z tego tytułu na gruncie art. 107 ust. 1 ustawy ustanowiono nową regulację dotyczącą składania przedmiotowych środków dowodowych odmienną od tej, która dotyczy obowiązku składania środków podmiotowych. Zamawiający żąda bowiem złożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą.

# WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

- Warunki wykluczenia z postępowania
- Podmiot udostępniający
- Konsorcja
- Podmiotowe środki dowodowe

## WARUNKI czyli kwalifikacja podmiotowa

### POZYTYWNE

TAKIE, KTÓRE WYKONAWCA SPEŁNIĆ  
MUSI

WARUNKI UDZIAŁU W  
POSTĘPOWANIU

### NEGATYWNE

TAKIE, KTÓRYCH WYKONAWCA SPEŁNIĆ  
NIE MOŻE

PRZESŁANKI WYKLUCZENIA



# PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE W POSTĘPOWANIU O WARTOŚCI POW. PROGÓW UE Terminy bez zmian

**Art. 124.** W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

## **PODSTAWY WYKLUCZENIA – OBLIGATORYJNE WARUNKI UDZIAŁU – FAKULTATYWNIE**

**Art. 273. ust. 1.** W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

- 1) braku podstaw wykluczenia;
- 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryterium



# KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW

## Warunki pozytywne

**Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:**

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym **art. 113 PZP;**

- Wpis do rejestrów np. CEiDG lub KRS,

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów **art. 114 PZP;**

- Koncesje, zezwolenia, licencje

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej **art. 115 PZP;**

- Sprawozdania finansowe (3 lata), infor. z banku (3 miesiące), dokument ubezpieczenia, o=informacja o rocznych obrotach,

4) zdolności technicznej lub zawodowej **art. 116 PZP.**

-Wykaz doświadczenia (3-5), wykaz osób, sprzętu, osób, systemu kontroli, próbki.

Oświadczenia potwierdzające aktualność oświadczenia wstępnego



## To ile tego doświadczenia? Przyda się w razie kontroli...

Istotą warunku udziału w postępowaniu jest uprawdopodobnienie prawidłowej realizacji danego zamówienia, czemu ma służyć badanie wcześniejszego doświadczenia nabytego przez wykonawcę. Co się tyczy zrealizowanych umów budujących całokształt doświadczenia danego wykonawcy, to skład orzekający Izby uważa, iż **doświadczenie nabywane jest przez powtarzające się wykonywanie określonych czynności. (...) Jednorazowe wykonanie czynności, czy też wykonanie tylko jednej umowy nie można uznać w ocenie Izby za potwierdzające nabycie określonego doświadczenia.** Taka sytuacja wpisuje się raczej w działalność o charakterze incydentalnym, a nie wykonywanie czynności w sposób powtarzalny. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że doświadczenie w świadczeniu jednej usługi, na dodatek takiej gdzie termin realizacji zobowiązań umownych nie został jeszcze ukończony, a sama długość umowy nie wskazuje na zobowiązanie długotrwałe, można uznać za posiadanie doświadczenia spełniającego cel przepisów ustawy Pzp, nie ma bowiem w takim przypadku mowy o zwielokrotnieniu nabywanego doświadczenia.



## O warunkach ogólnie...

Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.



## Precyzja odnośnie sposobu oceny spełnienia warunku

Dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy Stronami przesądzające jest więc Udzielenie odpowiedzi na trzy pytania.

Po pierwsze, czy Zamawiający, skoro wymagał wpisu w zakresie wszystkich odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, powinien w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie opisać swój wymóg, czyli w tym wypadku zawrzeć sformułowanie typu "w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia", "w zakresie odpadów wymienionych w punkcie 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

Po drugie, czy wykonawca powinien być się domyślić lub przyjąć "z ostrożności", że wpis, a w konsekwencji i żądane zaświadczenie, które Przedstawia Zamawiającemu, powinno obejmować pełen zakres odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Na to pytanie również należy odpowiedzieć twierdząco.

c.d.

W konsekwencji powstaje pytanie trzecie: skoro Zamawiający nie sprecyzował swojego wymogu, a Odwołujący się go nie domyślił, to bardziej istotne jest, żeby Zamawiający swój wymóg opisał, czy też, by wykonawca się go domyślił?

Odpowiedź na to pytanie przesądza o wyniku sporu. Oczywiście jest bowiem, że to zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca.

KIO 42/19

## A CZ WCZEŚNIEJSZE PODOBNE ZAMÓWIENIA TEGO SAMEGO ZAMAWIAJĄCEGO MAJĄ JAKIEŚ ZNACZENIE?

Zamawiający cyklicznie prowadził zamówienie na dostawy sprzętu. Podobny zakres, wielkość oraz czas na dostawę. Za każdym razem stawiając warunek potencjału zawodowego (doświadczenie w realizacji dostaw) w zbliżonym brzmieniu (wielkość, kwota, zakres materiałowy), W tym roku, prowadząc postępowanie na dostawę sprzętu o bardzo podobnej specyfice i wartości do zamówienia z ubiegłego roku Zamawiający postanowił nieco „podkreślić” weryfikację warunku potencjału zawodowego poprzez zwiększenie poziomu wymogu co do kwoty, wielkości i zakresu.

Wykonawca nie podważył sposobu oceny spełnienia warunku jako nieproporcjonalnego w stosunku do przedmiotu zamówienia a jedynie podważył prawidłowość i dopuszczalność takiego zachowania ze strony Zamawiającego powołując jako argument fakt, iż w dotychczas prowadzonych zamówieniach warunek formułowany przez Zamawiającego był bardziej liberalny (mniej restrykcyjny).

Czy Wykonawca ma rację?



Bez znaczenia pozostaje argument Odwołującego odnoszący się do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach ubiegłych. Okoliczność, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu Zamawiający przewidział niższe wymagania, nie oznacza, że obecnie nie jest uprawniony do ich zwiększenia

KIO 650/23

## Przykład

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (rozpoczęcie i zakończenie) 3 robót budowlanych o wartości 4 mln. każda tożsamych z przedmiotem zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na adaptacji budynku wolnostojącego będącego pustostanem na potrzeby pomieszczeń biurowych i sal dydaktycznych.

**Czy sposób oceny spełnienia warunku jest prawidłowy?**



## Przykład

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (rozpoczęcie i zakończenie) 2 dostaw mebli biurowych w zakresie materiałowym tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający informuje, iż pod pojęciem „tożsamych z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć dostawy w zbliżonym przedmiotowo zakresie asortymentowym do określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

**Czy sposób oceny spełnienia warunku jest prawidłowy?**

**2.4. Zdolności technicznej lub zawodowej:** Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże że:

- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje z należytą starannością minimum:
  - jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wielkością przedmiotowi zamówienia
- b) dysponuje co najmniej czterema pracownikami

## c. d.

### zdolności technicznej lub zawodowej:

- *Warunek ten zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej 2 usługi z obszaru przedmiotu zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj.: wykonał 2 zamówienia na kompleksową obsługę cateringową imprezy biznesowej, każda na min. 150 osób i każda o wartości nie mniejszej niż: 20 000 zł. brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.*

# Przykład

Przedmiot zamówienia: sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych.

**Zdolność techniczna lub zawodowa**

**O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że wykonali w okresie ostatnich 3 lat działalności, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie – co najmniej 3 dostawy materiałów eksploatacyjnych wraz z podaniem nazwy Instytucji, na rzecz której świadczone były dostawy, wartości zrealizowanych dostaw, daty zakończenia dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia.**

**Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dostarczał materiału biurowe dla jednej instytucji w okresie 12 miesięcy w ramach jednej umowy.**

**W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczono identyczny zapis.**

# Przykład

Przedmiotem zamówienia jest jednorazowa dostawa mebli biurowych.

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (rozpoczęcie i zakończenie) 3 oddzielnych dostaw mebli biurowych o wartości 300 000 zł. każda. Zamawiający nie wskazał jednak czy wykazywane dostawy miały być realizowane trzema (lub więcej) odrębnymi umowami czy też mogło być tych umów mniej (np. jedna).

Wykonawca w wykazie dostaw wskazał 3 dostawy realizowane dla jednego Zamawiającego jedną umową. Ogólna wartość umowy to 1 000 000 zł. Każda z dostaw cząstkowych opiewała na kwotę minimum 300 000 zł.

Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku ze względu na fakt, iż wykazane dostawy realizowane były jedną umową dla jednego odbiorcy.



Ocena spełnienia warunków winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, po upływie terminu składania ofert, nie jest dopuszczalna ani rozszerzająca, ani zawężająca interpretacja warunku udziału w postępowaniu. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku.

**KIO 1001/20**



Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.

**KIO 2028/19, KIO 3533/20, KIO 282/22**

## WARUNEK W SWZ

Wykonawca wykaże, że wykonuje lub wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na zaplanowaniu i przeprowadzeniu kompleksowych kampanii społecznych i/lub promocyjnych i/lub edukacyjnych i/lub informacyjnych o zasięgu co najmniej ogólnopolskim, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000, 00 zł brutto każda. Jednocześnie każda z usług musi obejmować swoim zakresem przynajmniej:

- a) przygotowanie i produkcję spotu radiowego i filmowego;
- b) promowanie kampanii w radiu, telewizji oraz Internecie;
- c) przygotowanie i wykonanie strony internetowej dla kampanii.

Jeżeli wskazane usługi były częścią większej usługi lub dostawy, wartość tej części usług nie może być nie mniejsza niż 1 000 000, 00 zł brutto.



## ZARZUT WYKONAWCY

Wykonawca ma bardzo duże doświadczenie w realizacji kampanii zarówno na rynku publicznym jak i komercyjnym jednak połączenie przez Zamawiającego warunku dot. kampanii i wykonania strony www przedkłada się bezpośrednio na fakt, iż mimo posiadania niezbędnej wiedzy i zasobów nie może złożyć oferty, ponieważ nie ma możliwości wykazania w ramach jednego zamówienia zrealizowanej kampanii i zrobienia strony www. Są to zupełnie inne kompetencje i zakresy.



Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego istotne funkcje publiczne.

Warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego nie są wygórowane i stanowią pewny standard na rynku.

Rozdział tych usług w innym postępowaniu, nie oznacza wcale, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jako gospodarz postępowania nie może połączyć tych usług w ramach wymaganego doświadczenia.

**KIO 1878/22**

# Uwagi do zasad tworzenia zapsiów:

1. Unikaj zapisów niedookreślonych takich jak: tożsame, zbliżone, podobne itp. Jeśli już to robisz to wytłumacz Wykonawcy co masz na myśli używając tych pojęć.
2. W zamówieniach o niskim stopniu kosztowości policzalnej/mierzalnej (usługi doradcze, szkoleniowe bez zapewnienia cateringu, Sali, noclegów, transportu) unikaj weryfikacji kosztowej i bardziej skup się na weryfikacji kwalifikacji osób.
3. W zamówieniach na usługi/dostawy sukcesywne odnosząc się w warunku doświadczenia do kwoty realizowanych przez wykonawcę zamówień nie używaj jako miernika w warunku kwoty całkowitej wynikającej z SZWZ a jedynie odnieś się do wartości częściowej. Przykładowo wartość ogólna 500 000 zł., wartość częściowa 100 000 zł., w warunku odnieś się do kwoty 100 000 zł. lub mniejszej.
4. Weryfikując kwalifikacje osób odnieś się tylko do tego co jest niezbędne jeśli chodzi o wykształcenie i doświadczenie osób a coś ekstra wprowadź do kryteriów.
5. Nie wymagaj od wykonawcy aby wykazał się konkretną treścią dokumentu potwierdzającego, iż zamówienie zostało wykonana w należyty sposób. Referencja nie jest dokumentem, na którego treść Wykonawca ma wpływ tak więc nie możesz oczekiwać, iż znajdzie się tam konkretna, oczekiwana przez ciebie treść.
6. W warunku doświadczenia w realizacji zamówienia, jeśli stosujesz miernik kwoty to niech on stanowi max 70% wartości Twojego zamówienia. Z zastrzeżeniem pkt. 3



## **POTWIERDZENIE SPEŁNIENIA WARUNKU A PODWYKONAWSTWO**

Referencje wystawia podmiot, dla którego realizowane były prace. Brak jest regulacji, które jednoznacznie determinowałyby podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji podwykonawcy (zamawiający czy generalny wykonawca). Zamawiający nie miał także podstaw do tego, aby oczekiwać, że Odwołujący przedłoży umowę zawartą pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą. Zamawiający nie może zatem wyciągać w stosunku do wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na niezłożenie takiej umowy.

KIO 829/21



Interpretacji pojęcia "**robota budowlana**" należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ.

Skoro nie istnieje odgórna dyrektywa nakazująca uznawanie roboty budowlanej za jedną umowę czy też jedno zadanie, zasadne jest przyjęcie, że robotą budowlaną może być całość działań dotyczących pewnego obszaru i w ramach tak rozumianego pojęcia można było ją wykonać na podstawie kilku umów czy też w ramach kilku zadań. (...). W ocenie Izby ograniczenie jednej roboty budowlanej do jednej umowy/jednego zadania, nie wydaje się właściwe, skoro celem winna być możliwość zweryfikowania jakie prace wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z nimi poradził

KIO 2028/19, KIO 3533/20, KIO 282/22



Dozwolone jest **sumowanie doświadczenia z dwóch umów**, które nie są ze sobą w żaden sposób powiązane i to nawet gdy są realizowane na rzecz różnych podmiotów (zważywszy, że w SWZ inaczej nie postanowiono i kwestia ta nie została doprecyzowana), a wszystko w imię fundamentalnej zasady przejrzystości postępowania, jak też uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KIO 617/21

## **WARUNEK:**

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000.00 zł brutto.

### **warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, stanowi o:**

- i. dostawie wraz z usługą;
- ii. wartości tychże (dostawy wraz z usługą), która miała wynosić co najmniej 100.000 tysięcy zł brutto oraz
- iii. czasie w jakim dostawa wraz z usługą miały być wykonane tj. w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, tj. w okresie od 3 listopada 2019 r. do 3 listopada 2022 r. (dnia 3 listopada 2022 r. upływał termin składania ofert).

**CZY PRZY TAKIM WARUNKU NALEŻAŁO WYKAZAĆ SIĘ JEDNĄ UMOWĄ?**

## WYKONAWCA ZŁOŻYŁ:

i. na podstawie umowy nr (...) z dnia 30 marca 2022 r. **wykonał dostawę czujników** monitoringu temperatury i wilgotności wraz z ich instalacją oraz na podstawie umowy nr (...) z dnia 8 października 2021 r. usługę instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych;

ii. wartość ww. dostawy wraz z usługą to łączna kwota 109 082,55 zł brutto, a zatem więcej niż wymagane minimum 100 000,00 zł brutto;

(...). dostawa została wykonana w terminie 28 dni od dnia zawarcia umowy - 30 marca 2022 r., a usługa instalacji została wykonana w okresie 8 października - 2 grudnia 2021 r., a zatem dostawa wraz z usługą zostały wykonane w wymaganym okresie 3 lat przed terminem składania ofert;

a dodatkowo wskazana dostawa wraz z usługą - zostały wykonane dla jednego zamawiającego



W ocenie Sądu Okręgowego warunek na pewno nie zawierał w swej treści ani sformułowania "co najmniej jedną dostawą" ani tym bardziej nie odwoływał się do jednej „umowy referencyjnej”.

Wzór wykazu stanowi załącznik do SWZ. SWZ wyraźnie zatem wskazywał więc, że dowody mają dotyczyć należytego wykonania dostaw lub usług, a nie "umowy "referencyjnej”.

Błędne ustalenia skutkowały bezpodstawnym uznaniem, iż doświadczenie, jakim miał się legitymować Skarżący musiało zostać zdobyte w ramach realizacji jednej umowy. Wykonawca stworzył jeden system monitoringu w ramach dwóch umów i wypełniało to konieczny warunek udziału w postępowaniu zgodnie z treścią

Doświadczenie jest kwestią faktyczną (realną), zatem można je nabyć w takim samym zakresie, realizując jedną lub więcej umów, jeśli są realizowane w taki sam sposób, jak byłyby lub mogłyby być realizowana jedna umowa, jak miało to miejsce w przypadku umów realizowanych na rzecz (...) przez Skarżącego.

Rację ma też Skarżący, że nie ma też znaczenia, że prace na rzecz (...) nie były realizowane w tym samym momencie, gdyż żaden wymóg "tożsamości czasowej" nie jest wyartykułowany w dokumentach zamówienia i stanowiłby nieuprawnioną wykładnię warunku.



Rację ma Skarżący, że nie jest w tym zakresie istotnym, że czujniki montowane były w różnych miejscach . Prace wykonane na rzecz (...) są ze sobą immanentnie powiązane, ponieważ służyły one rozbudowie infrastruktury jednego i tego samego podmiotu - (...), działającego w ramach kilku jednostek (oddziałów). Wszystkie czujniki dostarczone w ramach ww. umów podłączone są do jednego i tego samego oprogramowania - systemu (...) i w ten sposób tworzą jedną, nierozzerwalną całość - to jest jeden system umożliwiający weryfikację temperatury otoczenia w różnych lokalizacjach, ale przez ten sam podmiot, który po prostu posiada liczne oddziały.

w reżimie zamówień publicznych dopuszczalną praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy. Sposób działania (...) wskazuje, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem podzielonym na części.

Zamawiający bardzo często dzielą zamówienia z przyczyn finansowych, bądź organizacyjnych i udzielają zamówień w częściach w zależności od okoliczności, w których się znajdują (w szczególności pozyskanego dofinansowania).

Warunek w zakresie doświadczenia polegał na wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub przebudowie lub przebudowie i remoncie drogi o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. Jak słusznie wskazuje przeciwnik skargi, skarżący skupia się na wyjaśnieniu pojęcia "wykonania roboty budowlanej" przypisując Zamawiającemu intencje, które nie wynikają z treści dokumentów przetargowych. W warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający nie określił, że produktem końcowym zamówienia ma być droga, dla której uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Wbrew stanowisku skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie utożsamiała prac wykonanych przez uczestnika z budową drogi jako całości - z uzasadnienia jasno wynika, że Izba przyjęła że są to roboty budowlane - zresztą jak najbardziej prawidłowo - które są częścią robót budowlanych związanych z budową drogi.

”

Usługi wykonywane były od dnia 04 maja 2022 r. do dnia 25 października 2022 r. na łączną kwotę 855.775,80 zł brutto zgodnie z umową ...

Część powyższych usług zostało wykonanych nienależycie i nieterminowo. Zostały naliczone kary umowne za przekroczenie terminu zlecenia na realizację prac.

“



## **pojęcie należytego wykonania a spełnienie warunku**

Należyte wykonania usługi niewątpliwie należy oceniać nie tylko pod względem merytorycznym, ale także pod względem dochowania terminu jej realizacji.

Jednakże naliczenie kar umownych nie zawsze będzie oznaczało, że mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem usługi na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

KIO 968/23



## **pojęcie należytego wykonania a spełnienie warunku c.d.**

Przy ocenie treści referencji należy mieć zatem na uwadze to, czy według ich wystawcy, który składa oświadczenie wiedzy w tym zakresie, istota, cel, potrzeba gospodarcza realizacji danej umowy, zostały osiągnięte, a zatem czy umowa została wykonana należycie. Użycie w dokumentach, z założenia potwierdzających należyte wykonanie umów, np. referencjach czy poświadczeniach (gdy cel ich wystawienia jest znany), innych określeń dla wyrażenia pozytywnej oceny ich wykonania, np. sformułowania "zgodnie z umową", nie niweczy zatem takiego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie umowy.

KIO 968/23, 2203/21



Należyte wykonania usługi niewątpliwie należy oceniać nie tylko pod względem merytorycznym, ale także pod względem dochowania terminu jej realizacji.

Jednakże naliczenie kar umownych nie zawsze będzie oznaczało, że mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem usługi na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

KIO 968/23



**Wykonawca złożył referencje z jednym zdaniem: usługa wykonana należycie**

**Prawidłowo**

*Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi/ dostawy/ roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet, biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym - nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych warunków udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*

**Referencje nie muszą potwierdzać wykonania, ale nie mogą być sprzeczne (1447/22)**

970/22

**Wykonawca w chwili złożenia oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną niższą niż wymagana przez Zamawiającego w ramach warunku. Aneks zwiększający zawarł po terminie składania ofert**

Nie spełnia

1200/22

3477/21

**KIO/KD/17/22**

3753/21

*Nie budzi wątpliwości, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, już od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert.*

**Wykonawca złożył wykaz wykonanych usług wraz z referencjami. Referencje są wystawione z datą po terminie składania ofert.**

Prawidłowo

*Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty "aktualne" to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje.*

430/20

**Wymagana zdolność finansowa:  
5.400.000.**

**Wykonawca złożył informację  
banku, że na rachunku ma kwota  
siedmiocyfrowa" oznacza tyle co  
"1 mln zł lub więcej, lecz mniej  
niż 10 mln zł"**

**Oraz informację o potencjalnym  
kredycie (13 000 000,00 zł.) "przy  
współfinansowaniu kredytu z  
innymi bankami"**

- dopuszczalne jest sumowanie środków i zdolności kredytowej;  
- przy zapisach „kwota 7 cyfrowa” zamawiający powinien przyjąć najniższą możliwą kwotę z tego przedziału;  
- nie można wymagać, aby opinia o kredycie nosiła cechy wiążącej decyzji kredytowej lub przyrzeczenia udzielenia kredytu. Wydanie takich decyzji jest bowiem uzależnione od spełnienia szeregu, ściśle określonych przez bank wymagań.  
- celem złożenia opinii z banku jest uzyskanie informacji o możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie, a nie udzielenie konkretnego kredytu;  
- zamieszczenie w treści zaświadczenia informacji o możliwości finansowania kredytu wspólnie z innymi bankami nie tyle odnosi się w tym przypadku do sytuacji majątkowej przestępującego, ale możliwości uwolnienia przez bank gotówki w wysokości 13.000.000,00 zł.

# Błędy w formułowaniu zapisów odnośnie warunków udziału w postępowaniu

- Wykonawca musi posiadać doświadczenie w przedmiocie zamówienia, które zostanie ocenione na podstawie przedłożonych dokumentów – ww. postawiony warunek jest niedookreślony (nie zostało wskazane, jakie minimalne doświadczenie jest wymagane przez zamawiającego i na podstawie, jakich konkretnie dokumentów zostanie to zweryfikowane),
- Wykonawca powinien posiadać doświadczenie w realizacji co najmniej 10 dostaw odpowiadającym przedmiotowi zamówienia lub podobnych (w sytuacji gdy w projekcie realizowana jest 1 dostaw),
- Wykonawca powinien posiadać doświadczenie w przeszkoleniu co najmniej 100 osób (w sytuacji gdy usługa szkolenia będąca przedmiotem zamówienia realizowana jest dla 50 osób),
- Wykonawca musi wykazać, iż posiada doświadczenie w realizacji 3 dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia lub podobnych o wartości minimum 200 000,00 zł każda (w sytuacji gdy wartość dostaw wynosi 100 000,00 zł),
- Wykonawca musi posiadać aktualną na czas realizacji zamówienia polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej lub inny równoważny dokument opłacony na kwotę nie niższą niż 1 000 000,00 zł (w sytuacji gdy wartość szacunkowa zamówienia wynosi 500 000,00 zł).





# KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW KONSORCJUM

Art. 117. 1. Zamawiający może określić **szczególny, obiektywnie uzasadniony**, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący **uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej**, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli **co najmniej jeden z wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. **W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.**

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.**

# Kiedy powinniśmy wskazać na obowiązek złożenia oświadczenia z art. 117 Pzp

Warunek w zakresie **uprawnień**

Warunek dotyczący wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia

Przedmiot postępowania:  
Dostawy usługi roboty budowlane

Przedmiot postępowania:  
usługi  
roboty budowlane

dołączają odpowiednio do wniosku albo do oferty **oświadczenie, z którego wynika**, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

dołączają odpowiednio do wniosku albo do oferty **oświadczenie, z którego wynika**, które roboty budowlane, lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

<p><b>Konsorcjum złożyło oświadczenie z art. 117 i wynika z niego, że członek konsorcjum, który wykazuje doświadczenie w zakresie wdrożenia systemu na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej będzie wykonywał wszystkie czynności, do których zdolności te są wymagane. Drugi członek konsorcjum bez doświadczenia też będzie wykonywał takie same czynności</b></p>	<p><b>Prawidłowo</b></p> <p><i>Z całą pewnością tak z artykułu 117, jak i z treści warunku opisanego w SWZ nie wynika konieczność, aby wszyscy wykonawcy, którzy będą realizowali zamówienie legitymowali się określonym doświadczeniem.</i></p> <p><i>Oświadczenie składane jest informacyjnie.</i></p> <p>Pamiętajmy, można je uzupełnić (1587/21)</p>		<p>3651/21 642/22 436/22</p>
--	--	--	--------------------------------------





## OŚWIADCZENIE 117

Obaj wykonawcy nie zastosowali się do dyspozycji art. 117 ust. 4 Pzp i nie złożyli stosownych oświadczeń wraz z ofertami, mimo, że w świetle przytoczonych przepisów byli do tego obowiązani.

Wbrew twierdzeniu Odwołujących nie obligowało to Zamawiającego do natychmiastowego odrzucenia ofert Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego. **O ile oświadczenie powinno być złożone razem z ofertą to nie oznacza to, że nie podlega ono uzupełnieniu. Oświadczenie jest Powiązane z wykazaniem spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro dopuszczalne w świetle art. 128 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 Pzp również należy traktować jako uzupełnialne.**

KIO 1586, 1587/21



Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

To właśnie ww. **oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi** składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (przede wszystkim **wykazami usług czy osób**) umożliwia Zamawiającemu **weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych przez nich zasobów.**

**KIO 1485/23**

# Charakter prawny i uzupełnianie oświadczeń z art. 117 ust. 4 NPZP jako PŚD

- Opinia UZP: „w świetle art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, środki służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zaliczają się do podmiotowych środków dowodowych. Tym samym **oświadczenie o podziale zadań pomiędzy współwykonawców, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, stanowi podmiotowy środek dowodowy.**”

Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1586/21, KIO 1587/21

Oświadczenie jest powiązane z wykazaniem spełnienia warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro dopuszczalne w świetle art. 128 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 Pzp również należy traktować jako uzupełnialne. Z tego też względu Izba nakazała wezwanie Konsorcjum X oraz Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia.



## KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW KONSORCJUM

Należy podzielić zapatrywanie, oparte o utrwalone orzecznictwo Izby, że wykonawca jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie w realizacji określonym prac nabyte w ramach występowania w konsorcjum firm. Nie mniej jednak w takim przypadku należy oceniać rzeczywisty wkład tego wykonawcy w realizację prac związanych z wykonaniem określonego zadania przez to konsorcjum.

**KIO 3202/20: Izba nakazała dodatkowe badanie**



O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego I stopnia, wydanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) lub Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), co najmniej o klauzuli POUFNE, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019r. poz. 742 ze zm.).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia warunków opisany powyżej **musi spełniać każdy z Wykonawców odrębnie.**

**KIO 655/21**



**Nie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, musi je jednak posiadać ten z nich, który będzie realizował zakres wymagający posiadania uprawnień.**

Skoro (...) ma realizować przedmiot zamówienia w całym zakresie przedmiotowym, to powinien spełniać ww. warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe wynika wprost z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp (...).

**KIO 3499/21**



Ww. przepis nie pozostawia zatem wątpliwości, że **warunek musi być spełniany przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia wymagający posiadania uprawnień. Jakkolwiek przepis ten pozwala na łączenie potencjału konsorcjantów (co jest o tyle uzasadnione, że nie każdy z konsorcjantów musi realizować zakres, do którego konieczne jest posiadanie uprawnień), to jednak ściśle wiąże tę możliwość z podziałem zadań między wykonawców**

KIO 3499/21



Chybiona jest argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, którzy twierdzili, że **spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez lidera Konsorcjum jest wystarczające**. Przyjęcie tego stanowiska mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której zamówienie będzie w praktyce realizowane przez podmiot nieposiadający stosownych uprawnień. Ponadto, chybione jest stanowisko, jakoby warunek udziału w postępowaniu należało uznać za wykazany z tego powodu, że obydwie podmioty będą wykonywać zamówienie. **Po pierwsze - zgodnie ze złożonym oświadczeniem udział lidera Konsorcjum w wykonywaniu zamówienia ma mieć charakter awaryjny, pod drugie - nawet gdyby obaj konsorcjanci mieli wykonywać całość zamówienia, to powinni posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności w odniesieniu do pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.**

KIO 3499/21



# KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW: KONSORCJUM

§ 9 ust. 3 Jeżeli wykonawca **powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami**, wykaz:

- 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył;
- 2) o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

## ***Uasadnienie przepisu:***

*Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem, to w wykazach robót budowlanych, dostaw lub usług uwzględnia wyłącznie te roboty budowlane, dostawy lub usługi, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. Przepis ten nie miał odpowiednika w przepisach dotychczasowego rozporządzenia. Projektowana regulacja koresponduje z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r., C- 387/14, Esaprojekt, EU:C:2017:338, w którym Trybunał orzekł, iż niedopuszczalne jest, „by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.*

Doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań, ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie, jak działają inni, oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 157/19.



# Zobowiązanie PUZ jako podmiotowy środek dowodowy - art. 118 – 123 nPzp

## Art. 118 nPzp

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, **składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy** potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

**4. Zobowiązanie** podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy **i w jakim zakresie** podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje **roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.**



## Udostępnianie zasobów – art. 118 – 123 nPzp

### Art. 119 nPzp

Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, ~~czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.~~

# Podmiotowe środki dowodowe wymagane od PUZ-ów

§ 5. [Podmiotowe środki dowodowe w przypadku korzystania przez wykonawcę ze zdolności technicznych lub zawodowych albo sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby)

1. Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w **§ 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 (NIE MA PKT 2) oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 3 stosuje się odpowiednio.**

2. Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podwykonawców podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 3 stosuje się odpowiednio.

3. Do podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na tych zasadach, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przepis § 4 stosuje się odpowiednio.

# Ciekawe wyniki kontroli i uchwała KIO

Prezes UZP przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art 124 ust. 1 pzp w związku z par. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie przedmiotowych środków dowodowych, **polegające na żądaniu w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w par.**

**2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej**

**Izba wskazała:** w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi.

Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z art. 119 ustawy pzp. (...) Izba uznała zatem, że Prezes Urzędu niezasadnie stwierdził naruszenie art. 124 ust. 1 ustawy pzp w zw. z par. 5 ust. 1

Rozporządzenia. KIO KU 15/22 [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0023/55571/KIO-KU-15-22.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/55571/KIO-KU-15-22.pdf)

# Uzupełnianie? Art. 122 i 123 Pzp

Art. 122 nPzp (nawiązanie do art. 22a ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r.)

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego **zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.**

**Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.**



W tym miejscu Izba wskazuje, że nie można podzielić poglądu Odwołującego prezentowanego na rozprawie, iż wymagane przez Zamawiającego zezwolenia uprawniające do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia winny obejmować już na etapie składania Ofert wszystkie rodzaje odpadów. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone z ich literalnym brzmieniem.

Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SIWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18).

**KIO 3467/20**





Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej Wymogu w zakresie rodzajów odpadów objętych stosownymi uprawnieniami (poza wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, którego zresztą Odwołujący nie zakwestionował), wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Adamowie Sp. z o.o. **nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty stosownymi decyzjami obejmującymi wszystkie rodzaje odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia.** Odróżnić należy etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień.

**KIO 3467/20 +421/21**



# Wyrok SO w Warszawie z dnia 27 maja 2022 r., XXIII Zs 57/22

Argumentacja Skarżącego dotycząca nieprawidłowości Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia (JEDZ) również nie zasługiwała na uwzględnienie. W ocenie Sądu Okręgowego, analiza okoliczności sprawy przeprowadzona przez Izbę, a także Zamawiającego, była w tym zakresie prawidłowa. JEDZ z mocy prawa, tj. art. 125 ust. 3 PZP, odnosi się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert. Okoliczności tej nie zmienia późniejsza data wypełnienia przedmiotowego dokumentu. Dokument JEDZ, niezależnie od daty jaką jest opatrzony, potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert. Zamawiający żądał przedłożenia JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, co zostało wskazane w punkcie 6.2. SWZ. Informacje zawarte w JEDZ muszą być przedstawiane właśnie według stanu na dzień składania ofert, jednak obowiązku tego nie należy mylić z samą datą wystawienia tego dokumentu. Podsumowując, opatrzenie JEDZ datą jego faktycznego wystawienia, tj. 24 listopada 2021 roku, a więc po upływie terminu składania ofert, nie przesądza, że oświadczenia co do podstaw wykluczenia, czy też spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert".

# Inne oświadczenia i dokumenty

§ 13. 1. W celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania, zamawiający **może** żądać od wykonawcy:

- odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego,
- Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej
- lub

- **innego właściwego rejestru.**  
3. Jeżeli w imieniu wykonawcy działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania **nie wynika z dokumentów, o których mowa w ust. 1, zamawiający żąda od wykonawcy:**

- pełnomocnictwa lub
- **innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.**

4. Przepis ust. 3 stosuje się odpowiednio do osoby działającej w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia publicznego.

5. Przepisy ust. 1-3 stosuje się odpowiednio do osoby działającej w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach.

**Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w ust. 1, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca dostarczył dan umożliwiające dostęp do tych dokumentów.**

# KRS

## KRS jako inny dokument

### Aktualność? Okres ważności

§ 13. 1. W celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania, zamawiający może żądać od wykonawcy odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru dowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności gospodarczej lub innego właściwego rejestru.  
2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w ust. 1, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, **o ile wykonawca dostarczył dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów.**

## KRS jako podmiotowy środek dowodowy

§ 2. 1. RPŚD W celu potwierdzenia **braku podstaw wykluczenia** Wykonawcy, Zamawiający może żądać:  
6) Odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej **niż 3 miesiące przed jej złożeniem**, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

§ 6. W celu potwierdzenia **Spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu** dotyczących zdolności do występowania w Obrocie gospodarczym, zamawiający może żądać od wykonawcy prowadzącego Działalność gospodarczą lub Zawodową dokumentu potwierdzającego, że jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawionego nie wcześniej **niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.**

Art. 127. 1. Zamawiający **nie wzywa** do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

- 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, **o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;**
- 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

# Opinia rzecznika z 12.05.2022 r.

Nie zamierzam zastępować sądu odsyłającego w tym zadaniu (które w rzeczywistości dotyczy bardziej stosowania przepisu niż jego wykładni); pokrótce odniosę się do informacji zawartych w ofertach, będących przedmiotem tych pytań prejudycjalnych, które sąd odsyłający zestawia w dwóch kategoriach.

61. Pierwsza z tych kategorii obejmuje dokumenty opisujące „sytuację podmiotową wybranego wykonawcy związaną z jego doświadczeniem, podmiotami i personelem proponowanym do wykonania zamówienia”.

62. Zdaniem sądu odsyłającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia były wymagane jedynie dokumenty, o których mowa w art. 59 i 60 oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24 (oprócz dokumentów wymaganych na mocy prawa krajowego).

**63. W takim przypadku trudno byłoby uznać, że dokumenty, których ujawnienie jest wymagane na mocy samej dyrektywy 2014/24, można zastrzec jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa lub inne informacje poufne.**

64. W odniesieniu do informacji dotyczących sytuacji podmiotowej (zdolności finansowej) oferenta sąd odsyłający dodaje, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jedynie wskazywała, że oferent musi przekroczyć pewien poziom, ale nie wymagała podania szczegółów dotyczących tej zdolności, ani wskazania, jakimi środkami dysponuje oferent w swojej instytucji bankowej.

**65. To samo dotyczy sytuacji osób trzecich lub podmiotów, na których zasobach oferent zamierza polegać, lub podwykonawców, których proponuje w swojej ofercie. Bez uszczerbku dla ogólnych obowiązków dotyczących ochrony danych osobowych, tożsamość tych osób trzecich i podmiotów nie może być utrzymywana w tajemnicy, jeśli specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymaga ich ujawnienia, przy czym twierdzenie dotyczące hipotetycznego ryzyka „podkupienia” zasobów ludzkich nie jest wystarczające.**

# Opinia rzecznika z 12.05.2022 r.

Nie zamierzam zastępować sądu odsyłającego w tym zadaniu (które w rzeczywistości dotyczy bardziej stosowania przepisu niż jego wykładni); pokrótce odniosę się do informacji zawartych w ofertach, będących przedmiotem tych pytań prejudycjalnych, które sąd odsyłający zestawia w dwóch kategoriach.

**66. Jeśli chodzi o drugą kategorię dokumentów, dotyczy ona „opracowań wymaganych przez zamawiającego, mających służyć ocenie ofert według kryteriów jakości”, które mają formę „koncepcji opracowania” i „opisu sposobu realizacji zamówienia”.**

**67. Co do zasady nie można by wykluczyć, że niektóre z dokumentów przedstawionych przez wykonawcę wraz z ofertą zawierają informacje wrażliwe objęte ochroną własności intelektualnej, do których dostęp jest zabroniony osobom trzecim, które nie mają odpowiedniego zezwolenia(33).**

[https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C6B65D662F2E5AC4DF42762F74F804B6?text=&docid=259183&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&ci\\_d=7795436](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C6B65D662F2E5AC4DF42762F74F804B6?text=&docid=259183&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&ci_d=7795436)



# Wyrok TS z 17 listopada 2022 C-54/21

- 55 ochrona poufności przewidziana w dyrektywie 2014/24 jest szersza niż ochrona rozciągająca się wyłącznie na tajemnice przedsiębiorstwa.
- 56 Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej **ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 122, 123).**
- 67 Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie – przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego **oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne** (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 124, 125).

# KRYTERIA OCENY OFERT



# KRYTERIA OCENY OFERT – WYMOGI/CECHY

- odnoszą się do przedmiotu zamówienia;
- są obiektywne (mogą być subiektywne również);
- są jednoznaczne i zrozumiałe;
- nie mogą dotyczyć wiarygodności wykonawcy: zakaz kryteriów podmiotowych;
- kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (sprawdzalne);
- łatwiej w NU można zastosować kryterium cena 100%;
- Strategie doboru: minimalizacja kosztów, najlepszy bilans kosztów i jakości, najwyższa jakość;

# KRYTERIA OCENY OFER

- Weryfikowalność

Kryteria oceny ofert i ich opis **powinny umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach** (art. 240 ust. 2 ustawy Pzp). **Zamawiający nie powinien, o ile to możliwe, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach.** Chodzi nie tylko o to, że zamawiający powinien powziąć przekonanie o tym, że zamówienie zostanie wykonane należycie i zgodnie z potrzebami zamawiającego, ale również zapobiegnie ewentualnym patologiom polegającym na tym, iż najdalej idące deklaracje mogą składać firmy niewiarygodne, niemające zamiaru dochować przyjętych zobowiązań. Dlatego zamawiający powinien wymagać od wykonawców wykazania, iż oferowane parametry zamówienia zostaną dochowane oraz przewidywać sankcje umowne na wypadek ich niedochowania.



## **KRYTERIA OCENY OFERT**

- **Weryfikowalność - SO Warszawa 21.06.2021 r. Sygn. akt XXIII Zs 35/21**

sąd okręgowy stoi na kategorycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).

## KRYTERIA OCENY OFERT

- **Jakość....**

Tymczasem analiza ogłoszeń wskazuje na powszechne stosowanie kryteriów niemających żadnego związku z jakością: termin realizacji oraz okres gwarancji. Promowanie skracania terminów realizacji może przynosić obniżenie jakości wykonania (według znanej zasady im szybciej, tym gorzej). Wydłużanie okresu gwarancji może w pewnych przypadkach promować wyższą jakość, pod warunkiem jednak, że zamawiający nie poprzestaje na ocenie okresu gwarancji, lecz bierze pod uwagę inne warunki gwarancji (o czym więcej w rozdziale IV.2). W przypadku części zamówień minimalizacja kosztów, czyli stosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, może okazać się najlepszą strategią. Przyjmowanie w takich przypadkach innych kryteriów może nie być właściwe, zwłaszcza, gdy te kryteria nie skutkują zwiększeniem jakości lub pewności wykonania zamówienia.

[https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/44704/Pozacenowe-kryteria-oceny-ofert\\_ver2.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0019/44704/Pozacenowe-kryteria-oceny-ofert_ver2.pdf)

## **NAJKORZYSTNIEJSZA OFERTA**

Brak definicji legalnej oferty najkorzystniejszej ujętej w słowniczku

**Art. 239 ust. 2** **NAJKORZYSTNIEJSZA OFERTA TO:**

oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do kosztu lub oferta z najniższą ceną  
oferta z najniższym kosztem.

# **KRYTERIA OCENY OFERT SZCZEGÓLNE SYTUACJE STOSOWANIA KRYTERIUM CENA**

## **Art. 242 ust. 1**

**Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:**

Kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu

## **Art. 242 ust. 3**

Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe

## **Art. 243**

W postępowaniach, których przedmiot zamówienia obejmuje świadczenia z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których rezultatu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejsza oferta jest wybierana wyłącznie na podstawie ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych

# OGRANICZENIE MOŻLIWOŚCI STOSOWANIA KRYTERIUM CENY

Art. 246.

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

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

# KRYTERIA OCENY OFERT

## art. 240 Pzp

### art. 240 Pzp

#### Jednoznaczność:

- Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i Zrozumiały.
- Kryteria i ich opis **nie mogą pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru**

#### Weryfikowalność:

- Umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania zamówienia na podstawie informacji zawartych w ofertach.



# RODZAJE KRYTERIÓW OCENY OFERT



# KRYTERIUM CENA

**Art. 242. 2.** Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

**1)** jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych

Takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

**2)** aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;

**3)** aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;

**4)** aspektów innowacyjnych;

**5)** organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

**6)** serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

# ASPEKTY SPOŁECZNE A KRYTERIA OCENY OFERT

Zamawiający mają prawo wprowadzania do kryteriów oceny ofert klauzul o charakterze społecznym, gdy nie są zainteresowani jedynie zakupem po najniższej cenie lub o najlepszej relacji jakości do ceny, ale również uzyskaniem korzyści o wymiarze społecznym.(...) zakwestionowane kryterium nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców ma dowolność co do przyjętej przez siebie polityki zatrudnienia i strategii budowania przez siebie treści oferty. Jednocześnie kryterium nie uniemożliwia zainteresowanym podmiotom wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca, który nie zatrudnia osób niepełnosprawnych bądź też zatrudnia ich nieznaczną ilość, może tak skonstruować pozostałe oceniane elementy oferty, by jego oferta była nadal konkurencyjna. **Sama istota ustalania kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opiera się bowiem na założeniu, że każdy wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach, które odpowiadają zasadom oceny ofert w większym bądź mniejszym stopniu. Dopiero stosunek jakości do ceny lub kosztu decyduje o tym, czy złożona oferta jest najkorzystniejsza, czy też nie.**

# WARUNKI GWARANCJI

## Kryteria/subkryteria

- okres gwarancji i jego przedłużenie (o czas naprawy) lub bieg od nowa (w przypadku wymiany);
- zakres gwarancji, zakres wyłączeń z gwarancji (nie podlegają gwarancji elementy zużywające się);
- warunki utrzymania i przesłanki utraty gwarancji (zakaz ingerencji, przeglądy, używanie określonych materiałów);
- błąd systemowy, powtarzająca się usterka – określenie sytuacji, kiedy zamawiający ma prawo do wymiany sprzętu na nowy;
- serwis gwarancyjny, dostępność serwisu (8/5, 11/5, 24/7), odbiór i transport produktu;
- serwis pogwarancyjny i dostępność części zamiennych przez wiele lat;
- maksymalny czas reakcji, a zwłaszcza maksymalny czas naprawy, po którym wykonawca zobowiązuje się na przykład do usunięcia usterki lub udostępnienia urządzenia zastępczego;

# KONCEPCJA REALIZACJI ZAMÓWIENIA

- zrozumienie istoty zamówienia i roli wykonawcy;
- sposób osiągnięcia założonego celu;
- metody i środki dojścia do celu;
- zrozumienie ryzyk związanych z realizacją zamówienia, umiejętność ich neutralizacji oraz minimalizacji wpływu ryzyka na realizację zamówienia;
- umiejętność rozplanowania działań w czasie, harmonogram realizacji;
- sposób monitorowania postępu prac, raportowania zagrożeń, wdrażania planów naprawczych;
- skład i organizacja zespołu realizującego zamówienie, sposoby koordynacji prac.

# PRÓBA WIEDZY

- Poza informacją o wykształceniu, doświadczeniu i kwalifikacjach konkretnych osób, podstawą oceny może być próba wiedzy.
- Organizuje się ją w siedzibie zamawiającego lub on line i polega na wykonaniu określonych zadań przez kluczowych ekspertów wymienionych w ofercie każdego z wykonawców.
- Próba odbywa się w obecności pracownika lub pracowników zamawiającego i polegać może na:
  - rozwiązaniu testu, opracowaniu pisemnej opinii, zaproponowaniu rozwiązania sytuacji problemowych;
  - rozmowie kwalifikacyjnej prowadzonej według jednego scenariusza obejmującego znajomość określonych zagadnień;
  - prezentacji wybranego tematu (w przypadku zamówień na usługi szkoleniowe zwanej samplingiem).

Ocena kompetencji konkretnych osób w trakcie bezpośredniego spotkania umożliwia uwzględnienie nie tylko formalnych aspektów opisanych w CV, ale również umiejętności komunikacyjnych, kreatywności, zdolności działania pod wpływem stresu i presji czasu.

# Kryteria oceny ofert – przykładowe wyliczenie błędów:

- dotychczasowa współpraca z Wykonawcą,
- wiarygodność ekonomiczna, techniczna lub finansowa Wykonawcy,
- posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę (nie dotyczy usług społecznych),
- okres działalności wykonawcy na rynku,
- możliwość zapewnienia określonych specjalistów lub fachowców,
- jakość/ilość sprzętu, którym dysponuje Wykonawca,
- renoma wykonawcy w branży,
- usługa serwisu – np. w kontekście w jakim kryterium, będzie odnosić się do odległości siedziby wykonawcy od zamawiającego lub odległości punktu serwisowego od siedziby zamawiającego – kryterium to odnosi się do podmiotowych właściwości wykonawcy.

# UMOWY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

- Klauzule abuzywne.
- Zapisy obowiązkowe.
- Zmiany dozwolone i niedozwolone w umowach.



# Forma umowy o zamówienie publiczne

Art. 432.

Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

# Forma umowy

Według art. 78 § 1 kc, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

W świetle art. 78<sup>1</sup> § 1 kc, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. **Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.**

# ZASADA WSPÓŁDZIAŁANIA

**Art. 431.** Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.

Obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”

Na etapie konsultacji proponowano:

„postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków w sposób rażąco nieproporcjonalny”

Umowa ma być kompletna symetryczna, nie może naruszać ekwiwalentności świadczeń i standardowej ochrony praw wykonawcy.

# UZASADNIENIE

Ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających.

Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. Kluczowymi rozwiązaniami, które mają zniwelować rzeczony zjawisko nadmiernej jednostronności umów to zwłaszcza: wyraźne wskazanie zakazanych postanowień umownych, obligatoryjne postanowienia umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia, płatności częściowych, czy zaliczek, zmiany w zakresie określania maksymalnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

# Zasada współdziałania

Art. 354 § 1 kc, dłużnik powinien wykonać swoje zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

**§ 2 w taki sam sposób powinien współdziałać wierzyciel**

# Zasada współdziałania

W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie” Kc.

Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym

# ZASADA WSPÓŁDZIAŁANIA

- Każdej powinności jednej strony odpowiada domyślnie uprawnienie drugiej strony;
- Umowa zawiera wykaz wzajemnych obowiązków stron;
- Umowa ma być kreacyjna, powinno się unikać postanowień instrukcyjnych lub informacyjnych (gdy np. obowiązki kierownika budowy wynikają z przepisów prawa);
- ZAPRZECZENIE: niedopuszczenie podwykonawcy do wykonywania zamówienia, gdy spóźnił się dzień ze złożeniem dokumentów;

# ZASADA WSPÓŁDZIAŁANIA: OBOWIĄZKI STRON

## OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO:

- współdziałanie z wykonawcą w zakresie, w jakim będzie wymagała tego realizacja umowy;
- obowiązek przyjęcia świadczenia;
- wyznaczanie osób niezbędnych do bieżącego kontaktu;
- odbiór rzeczy przy dostawach;
- udzielania wskazówek, wyjaśnień, współpraca przy uzgodnieniach, akceptacje itp.
- wydania dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach lub robotach budowlanych;
- przekazywanie materiałów;
- przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu – a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia;



# CZAS OBOWIĄZYWANIA UMÓW

Co do zasady na czas oznaczony.

- w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – możliwość zawarcia umowy na czas dłuższy niż 4 lata pod warunkiem uzyskania z tego tytułu korzyści w postaci oszczędności kosztów lub jest podyktowane zdolnościami płatniczymi Zamawiającego lub okresem spłaty;

Na czas nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy:

- wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;
- gazu z sieci gazowej;
- ciepła z sieci ciepłowniczej;
- licencji na oprogramowanie komputerowe.

Na czas nieoznaczony może być również zawierana umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

# **KLAUZULE ABUZYWNE**

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## NIEDOZWOLONE POSTANOWIENIA UMÓW (433)

### Dla wszystkich umów

- odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

# KARA ZA ZWŁOKĘ CZY OPÓŹNIENIE

Odnosząc się do poszczególnych postanowień umowy, zakwestionowanych przez Odwołującego, jako określonych w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, Izba wskazuje co następuje:

– w zakresie kary umownej za opóźnienie w przekazaniu placu budowy - **konieczne jest w ocenie Izby doprecyzowanie okoliczności, za które opowiada wykonawca**

**KIO 2762/21**

Sposób konstrukcji kary umownej stanowi jednocześnie klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 1 Pzp, bowiem zakłada, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do naliczenia **kary umownej w sytuacji gdy nastąpi przekroczenie dopuszczalnego czasu trwania operacji, niezależnie od tego, czy okoliczność ta została zawiniona przez wykonawcę czy też nie.** Okoliczności, które spowodują przekroczenie dopuszczalnego czasu, są całkowicie niezależne od działania i zaniechania wykonawcy, a także wynikają z braku dostępności infrastruktury sieciowej, słabej przepustowości łącza, wydajności sprzętu, na którym rozwiązanie zostało zainstalowane.

**KIO 2544/22**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w kwestionowanym przez Odwołującego postanowieniu umownym nie została zastrzeżona kara za opóźnienie, lecz za zwłokę.

W przedmiotowej sytuacji zastosowanie będą miały zasady ogólne kodeksu cywilnego i Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność kontraktową na zasadzie winy. W myśl bowiem art. 471 KC dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

**KIO 2544/22**

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że o tym, że **w omawianym przypadku chodzi o karę umowną za zwłokę świadczy to, że nie wskazał, że jest to kara umowna za opóźnienie.** Tymczasem sposób sformułowania przez Zamawiającego innych postanowień regulujących inne kary umowne, wskazuje na wyraźne zaznaczenie, że chodzi o karę umowną za zwłokę.

W ocenie Izby nie ma zatem uzasadnienia, dla pominięcia takiego jednoznacznego wskazania w PPU, w odniesieniu do ww. kary umownej. Tym bardziej, że przedstawiony powyżej sposób rozumienia przez Zamawiającego został zawarty w piśmie procesowym znanym uczestnikom postępowania odwoławczego, a nie wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu.

**KIO 2544/22**

## Przepisy ustawy PZP dot. umów

### OBLIGATORYJNE POSTANOWIENIA UMÓW

#### Dla wszystkich umów:

- planowany termin zakończenia (w razie potrzeby planowane terminy wykonania części), w dniach/tygodniach/miesiącach/latach (chyba, że wskazanie daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną),
- warunki zapłaty wynagrodzenia,
- łączna maksymalna wysokość kar umownych.



# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## OBLIGATORYJNE POSTANOWIENIA UMÓW

### Dla umów zawieranych powyżej 6 miesięcy:

- wysokość kary umownej dla wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia (waloryzacji),
- zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
- stawki podatku VAT oraz akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę/stawki godzinowej,
- zasad podlegania lub wysokości stawek ubezpieczeń społecznym/ubezpieczeniu zdrowotnemu,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych,  
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia.
- obowiązek zapłaty wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczek:  
określenie procentu wynagrodzenia za poszczególne części (wartość ostatniej części nie więcej niż 50 procent wynagrodzenia), a zaliczka nie mniejsza niż 5 proc. wynagrodzenia.

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## OBLIGATORYJNE POSTANOWIENIA UMÓW

**Dla umów o roboty budowlane lub usługi zawieranych powyżej 6 miesięcy:**

- Zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją (tj. wzrost lub obniżenie względem ceny lub kosztu dla wynagrodzenia ofertowego), w tym:
  - poziom zmiany cen uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia,
  - początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia,
  - sposób ustalania zmiany wynagrodzenia, z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego przez Prezesa GUS, lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów,
  - sposób określenia wpływu zmiany cen na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, zmiany wynagrodzenia,
  - maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia.
- Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, uwzględnia się średnie ceny materiałów lub kosztów obowiązujące w dniu otwarcia ofert.
- Obowiązek analogicznej zmiany wynagrodzenia podwykonawcy robót budowlanych lub usług (dla umów przekraczających 12 miesięcy), w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów zobowiązania podwykonawcy.

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## OBLIGATORYJNE POSTANOWIENIA UMÓW

**Dla umów o roboty budowlane postanowienia dotyczące:**

- Przedkładania zamawiającemu projektu/zawartej/zmiany umowy o podwykonawstwo (roboty budowlane), jak i kopii umów o dostawy/usługi, termin zastrzeżeń/sprzeciwu zamawiającego.
- Zasad zapłaty wynagrodzenia, w tym terminy i dowody zapłaty podwykonawcom, zasad umów z dalszymi podwykonawcami.
- Wysokości kar umownych w związku z podwykonawstwem.

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## WZGLĘDNIIE OBOWIĄZUJĄCE POSTANOWIENIA UMÓW

Waloryzacja umów innych niż roboty budowlane lub usługi zawierane na okres dłuższy niż 6 miesięcy – fakultatywna.

Jednakże w przypadku jej zastosowania, stosuje się przepisy Pzp dotyczące waloryzacji umów o roboty budowlane lub usługi zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, z wyjątkiem obowiązku odpowiedniej zmiany wynagrodzenia podwykonawcy.

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## WZGLĘDNI OBOWIĄZUJĄCE POSTANOWIENIA UMÓW

Umowy zawierające **opcję** określają:

- rodzaj i maksymalną wartość opcji,
- określają okoliczności skorzystania z opcji,
- nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## WZGLĘDNIIE OBOWIĄZUJĄCE POSTANOWIENIA UMÓW

Umowy przewidujące **zaliczkę**:

- przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu/ dokumentach zamówienia,
- kolejne zaliczki po wykazaniu wykonania zamówienia w dotychczasowym zakresie,
- możliwość żądania zabezpieczenia zaliczki (obowiązek, gdy przewidywana wartość zaliczek przekracza 20 proc. wysokości wynagrodzenia),
- forma i wysokość zabezpieczenia zaliczki, sposób wniesienia i zwrotu, ewentualna możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki (dotyczy zamawiających z sektora finansów publicznych).

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## WZGLĘDNI OBOWIĄZUJĄCE POSTANOWIENIA UMÓW

Umowy o **roboty budowlane lub usługi** zawierają postanowienia dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę:

- sposobu dokumentowania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia (jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy),
- kontroli spełniania przez wykonawcę/podwykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,

# Przepisy ustawy PZP dot. umów

## WZGLĘDNIIE OBOWIĄZUJĄCE POSTANOWIENIA UMÓW

Umowy o **roboty budowlane lub usługi** zawierają postanowienia dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę:

- sankcji z tytułu ich niespełnienia,
- możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:
- oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- oświadczenia wykonawcy/podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- innych dokumentów
- zawierających informacje niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (w tym imię i nazwisko pracownika, datę zawarcia, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika).



# Umowy o zamówienie publiczne

- Projektowane postanowienia są znane na etapie postępowania; - Zapisy umowy są negocjowane w zamówieniach z wolnej ręki;
- Niektóre z projektowanych postanowień umowy są otwarte, bo wynikać będą z oferty wykonawcy;
- Niektóre postanowienia są wskazywane jako minimalne, mogą zostać dookreślone w wyniku polepszenia propozycji ofertowej;
- Niektóre zapisy będą warunkowe (np. gdy umowa zostanie zawarta z konsorcjum);

# **NOMINALIZM A WALORYZACJA WYNAGRODZENIA**

**CEL WALORYZACJI:** przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji\*.

**RYZYKA POWINNA BRAĆ NA SIEBIE TA STRONA UMOWY, DLA KTÓREJ SĄ ONE MNIEJ DOTKLIWE I ŁATWIEJSZE DO UDŹWIGNIĘCIA**

**WALORYZACJA** jest korzyścią dla Zamawiającego: realna cena oferty, obniżenie ryzyka związanego z odstąpieniem od umowy przez wykonawcę

**OBOWIĄZKOWO WG PZP** waloryzacja dotyczy umów zawartych pow. 6 miesięcy na roboty budowlane i usługi

**FAKULTATYWNIE:** można zastosować tożsame regulacje dla dostaw i usług/RB poniżej 6 miesięcy

\*[https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0030/48459/Zagadnienia-partnerstwa-i-wyrownania-pozycjistron-umowy.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0030/48459/Zagadnienia-partnerstwa-i-wyrownania-pozycjistron-umowy.pdf)

# Waloryzacja

DO ZMIANY WYNAGRODZENIA MOŻE DOJŚĆ W WYNIKU POSTANOWIEŃ PIERWOTNEJ UMOWY LUB ZMIANY DO UMOWY.

Źródłem zmiany może być więc sama umowa (waloryzacja automatyczna).

Może ona cechować się z jednej strony pewnym automatyzmem, gdy wszystkie przesłanki jej zastosowania zostaną określone wyczerpująco i nie będzie wymagane żadne dodatkowe działanie którejś ze stron umowy; z drugiej strony postanowienia umowne mogą być tak ukształtowane, iż do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Zawierając umowę z klauzulą waloryzacyjną, strony dopuszczają modyfikację wynagrodzenia w sposób wynikający z takiej klauzuli waloryzacyjnej. O ile zmiana wysokości wynagrodzenia na podstawie klauzuli automatycznej nie będzie wymagała zmiany umowy, lecz jej wykonania zgodnie z treścią postanowienia waloryzacyjnego, o tyle w przypadku braku elementów pozwalających na automatyczne określenie wysokości wynagrodzenia konieczna będzie zmiana umowy i zawarcie aneksu – w konsekwencji złożenia przez strony zgodnych oświadczeń woli.

# Waloryzacja

- Czy strona musi wykazać, że zmiana cen wpływa na koszty?

wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji, a na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia, w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Tym samym nie będzie podstawy do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia;

Komentarz do ustawy Str. 1167

[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

# Waloryzacja wg PZP

## 1) USTALENIE W OPARCIU O CO NASTĄPI ZMIANA WYNAGRODZENIA: WSKAŹNIKI CZY CENY/KOSZTY?

Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia, który może być określony poprzez:

- odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, z użyciem wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
- przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia

# Waloryzacja

W OPARCIU O CENY: Roboty: wyroby budowlane;

W OPARCIU O KOSZTY: wynagrodzenia, paliwa, robocizny, energii, gazu;

W OPARCIU O WSKAŹNIKI: np. inflacja,

- wskaźnik obiektywny, jednoznaczny, łatwo dostępny, niezależny od stron umowy, jak najbliżej związany z przedmiotem zamówienia; lub

- cena lub koszty rynkowe, dostępne, ogłaszane przez podmiot niezależny od stron umowy, mające istotny, dominujący wpływ na obliczenie wynagrodzenia;

# WSKAŹNIKI OGŁASZANE PRZEZ GUS

Komunikaty i obwieszczenia Prezesa GUS:

- Tablice wskaźników kwartalnych
- Tablice wskaźników rocznych
- Informacje sygnałne

# Waloryzacja wg PZP

2) OKREŚLENIE POZIOMU ZMIANY CENY MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW, OD KTÓREGO MOŻE NASTĄPIĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA.

**POZIOM:** procentowo lub kwotowo

PIK z miesiąca? Średnia?

Czyli co i jeżeli o ile wzrośnie to dokonamy zmiany wynagrodzenia.

**DO CZEGO PORÓWNUJEMY I OD KIEDY ZACZYNAMY LICZYĆ?**

Należy wskazać poziom odniesienia: zawarcie umowy/termin składania (lub otwarcia) ofert/7 dni przed terminem składania ofert.

**Musi być** udokumentowane wydrukami, dokumentami (na etapie wykonywania umowy).



# Waloryzacja wg PZP

**- POCZĄTKOWY TERMIN, W KTÓRYM BĘDZIE MOŻNA DOKONAĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA**

**W UMOWIE:** z którego momentu ceny materiałów lub kosztów będą brane pod uwagę, aby można było ustalić, czy doszło do ich zmiany, a jeśli tak, to czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną przez zamawiającego, co ma znaczenie dla powstania uprawnienia do zażądania zmiany wynagrodzenia.

Inaczej mówiąc, zmiany cen lub kosztów zostaną odniesione do aktualnego we wskazanym przez zamawiającego momencie poziomu cen lub kosztów w celu ustalenia, czy osiągnęły one już poziom uprawniający strony do skierowania żądania o zmianę wynagrodzenia;

# Waloryzacja wg PZP

## **SPOSÓB OKREŚLENIA WPŁYWU ZMIANY CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW NA KOSZT WYKONANIA ZAMÓWIENIA.**

Czyli wskazanie w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia.

# Waloryzacja wg PZP

## OKRESY, (CZĘSTOTLIWOŚĆ) W KTÓRYCH MOŻE NASTĄPIĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

**Z jaką częstotliwością będzie mógł wykonawca wystąpić o waloryzację.**

- Zamawiający uprawniony jest do określenia w ramach postanowień waloryzacyjnych, że z żądaniem zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów będzie można wystąpić np. co 6 miesięcy;
- Zmiana wynagrodzenia może być dokonywana z taką samą częstotliwością jak płatności częściowe, kwartalnie, rocznie, może też być dokonywana po osiągnięciu przez wybrany wskaźnik określonego poziomu.
- Zmiana wynagrodzenia może być dokonywana: po wykonaniu części usługi lub robót budowlanych, albo na przyszłość i dotyczyć wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi jeszcze nie wykonane.

# Waloryzacja wg PZP

## OKRESY, (CZĘSTOTLIWOŚĆ) W KTÓRYCH MOŻE NASTĄPIĆ ZMIANA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

Zmiana wynagrodzenia może być dokonywana:

- po wykonaniu części usługi lub robót budowlanych, albo
- na przyszłość i dotyczyć wynagrodzenia za roboty budowlane lub usługi jeszcze nie wykonane.

# Waloryzacja wg PZP

## OKREŚLENIE MAKSYMALNEJ WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA, JAKĄ DOPUSZCZA ZAMAWIAJĄCY W EFEKCIE ZASTOSOWANIA POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

- maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia;
- maksymalna kwota, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone;

Ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia winno być dokonywane z uwzględnieniem:

- czasu trwania umowy (im dłuższa umowa tym ta wartość powinna być wyższa),
- wahań wartości zmian wybranego wskaźnika w ostatnich latach,
- Dostępnych prognoz zmian cen.

Izba nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak **nie oznacza, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne.** Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe.

## **PODWYKONAWSTWEM NIE JEST**

### **Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2012 r., KIO 2204/12:**

Tym samym podwykonawstwo, które ma prawne znaczenie z punktu widzenia wykazania się określoną wiedzą i doświadczeniem, dotyczy realizacji robót samodzielnie przez podwykonawcę, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. **Pojęcie to nie obejmuje zatem udostępnienia sprzętu wraz z obsługą czy wykonywania czynności pomocniczych, podejmowanych wyłącznie pod nadzorem generalnego wykonawcy.** Z jego zakresu wyłączone byłoby także wspólne wykonywanie zamówienia, tj. sytuacja gdy ten sam zakres zamówienia wykonywany jest wspólnie przez generalnego wykonawcę i podmiot trzeci, odbywa się to przy łącznym udziale kadr i sprzętu wykonawcy i podmiotu trzeciego, prace nie są wykonywane samodzielnie przez podwykonawcę, lecz pod nadzorem i kierownictwem generalnego wykonawcy.

Wykładania art. 462 ust. 1 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne.

Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Powyższe jest spójne z zawartą w art. 7 pkt 27 ustawy Pzp definicją umowy o podwykonawstwo, która odwołuje się do wykonania części zamówienia przez podwykonawcę. Wskazać ponadto należy, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), a nie podwykonawcy.

Tym samym dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

**KIO 539/23**



Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż Zamawiający w niniejszej sprawie winien wystąpić do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący argumentował, że gdyby Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień treści oferty w zakresie dotyczącym zakresu podwykonawstwa, to dowiedziałby się, że Wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcom maksymalnie 40% zamówienia.

**KIO 539/23**

## **ZAPŁATA ZA RB REALIZOWANE POW. 12 M-CY I PŁATNOŚĆ DLA PODWYKONAWCY 447 PZP**

- Brak definicji legalnej „dowodu”; 245 kpc: Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.
- Dowód to „środek służący do wykazania prawdziwości okoliczności ważnych do rozstrzygnięcia sprawy, dzięki któremu zamawiający będzie miał poczucie, że wykonawca „udowodnił” mu zaistnienie danych okoliczności.
- Połączenie wydruku przelewu z oświadczeniem wykonawcy jest najbardziej popularnym i chyba najlepszym środkiem do osiągnięcia tego celu. Nie jest też powiedziane, że 1 dokument to 1 dowód, dowód w tym zakresie może bowiem się składać z całego ciągu dokumentów.
- Zdaniem Izby zamawiający postąpił poprawnie wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty ma on przygotować wraz z fakturą. Jest to dla wykonawcy bardziej korzystne, niż gdyby dopiero po przedstawieniu mu faktury zamawiający zaczął wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód.

# O WYSOKOŚCI KAR

W ocenie Izby przepisy Pzp nie zabraniały Zamawiającemu ustanowienia limitu kar umownych w wysokości **50% wynagrodzenia brutto**. Limit taki jest niewątpliwie bardzo wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem.

KIO 1553/22

**Zamawiający ustanowił karę umowną za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia.** Trudno więc wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca dopuści do naliczenia mu kar umownych oscylujących w okolicach ich górnego limitu - zamiast tego wykonawca odpowiednio wcześniej może doprowadzić do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

Tym samym możliwą dla Zamawiającego **konsekwencją tak wysokiego limitu kar umownych może być co najwyżej okoliczność związane z dążeniem wykonawcy do spowodowania przedterminowego zakończenia realizacji umowy.** Nie stanowi to jednak o sprzeczności § 5 ust. 2 wzoru umowy z art. 436 pkt 3 Pzp - Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grożących mu z tego tytułu niedogodności.

**KIO 1553/22**

- górny limit kar umownych w § 11 ust. 7 Umowy na poziomie 100% wartości umowy
- górny limit kar z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu Umowy w wysokości 20% wartości wynagrodzenia

Odwołujący przedstawił na powyższą okoliczność dowód w postaci dokumentacji przetargowej z innych postępowań, nie mogło to przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Izba wskazuje, że każde postępowanie rządzi się swoimi prawami, w tym ma swoje uwarunkowania które przesądzają o takim a nie innym kształtowaniu postanowień umowy. Z tego też względu powoływanie się jedynie na praktykę rynkową należało uznać za niewystarczające dla uwzględnienia zarzutu.

**KIO 314/22**

**Dyscyplina FP?**

Orzeczeniem z 26 lipca 2021 r., sygn. akt NDB-50/Ł/18/2021, Regionalna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Łodzi (...) na podstawie art. 135 ust. 1 uondfp uznała Obwinionego (...), odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 2 uondfp, (...), poprzez **niedochodzenie należności z tytułu kar umownych w wysokości 1 752 860,96 zł**, określonych w umowie nr 9/2016 zawartej z wykonawcą (...), co stanowiło naruszenie art. 42 ust. 5 w zw. z art. 254 pkt 1 ufp. Komisja I instancji wymierzyła Obwinionemu **karę pieniężną w wysokości 2 500,00 zł**.

**Orzeczenie GKO z 10 stycznia 2022 r., sygn. akt:  
BDF1.4800.92.2021**

# Zmiany umów



**Informacje wytworzone w trakcie realizacji zamówienia**  
(korespondencja między Zamawiającym a realizującym zamówienie Wykonawcą) jest informacją publiczną, ponieważ dotyczy szeroko rozumianego sposobu realizacji inwestycji finansowanej w całości ze środków publicznych.

**WYROK WSA w Opolu z 21.12.2021 r. II SAB/Op 103/21**

# WYKONAWCA POWINIEN PRZEDSTAWIĆ ZAMAWIAJĄCEMU W FORMIE PISEMNEJ WNIOSEK O ZMIANĘ UMOWY ZAWIERAJĄCY W SZCZEGÓLNOŚCI

- określenie zmiany, na którą Wykonawca się powołuje,
- wykazanie, że zaistniała zmiana będzie miała wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę,
- wykazanie w jaki sposób te zwiększone koszty Wykonawcy uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia,
- określenie postulowanej zmiany wynagrodzenia wynikającej z zaistniałej zmiany, wraz ze szczegółowym uzasadnieniem oraz dokumentami potwierdzającymi
- podnoszony wpływ zmiany na wynagrodzenie Wykonawcy. Ciężar wykazania wpływu zmiany na koszt wykonania przedmiotu umowy spoczywa na Wykonawcy.

## **ZMIANA ISTOTNA A PRZEWIDZIANA**

Nie można wprowadzić istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia publicznego nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostałyby uprawnienie do dostosowania, już po jego udzieleniu, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także - szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia

**Wyrok TSUE z 7 września 2016 r. C-549/14**

Dla możliwości zmiany umowy nie jest wystarczające ogólne odwołanie się do regulacji PZP, lecz niezbędne pozostaje wskazanie jednoznacznych postanowień umownych wyznaczających zakres zmian.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach z dnia 2022- 03-09, III SA/GI 1163/21**

Sama możliwość przewidzenia zmiany umowy w zapytaniu ofertowym to za mało, beneficjent winien określić też warunki tej zmiany, przy czym zmiana umowy nie mogła prowadzić do zmiany charakteru umowy.

W niniejszej sprawie beneficjent w zapytaniu ofertowym nie określił warunków zmiany umowy.

Sama możliwość zmiany umowy przewidziana w zapytaniu ofertowym bez określenia warunków zmiany powodowała, że warunki zamówienia nie były wystarczająco jasno sformułowane, co naruszało zasadę uczciwej konkurencji.

**Wyrok Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie z dnia 2022-03-16, I SA/Sz 910/21**

W ocenie Sądu, wprowadzona zmiana w umowie z wykonawcą związana z terminem realizacji projektu **nie prowadziła do zmiany charakteru umowy.**

Nie była to systemowa zmiana umowy dotycząca przedmiotu umowy (przedmiot zamówienia), czy też kluczowych warunków, na jakich dana umowa jest realizowana.

**Wyrok Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie z dnia 2022-03-16, I SA/Sz 910/21**

Trudno uznać, że zmiana umowy o dofinansowanie miała wpływ na zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku gdy dokonane zmiany umowy o zamówienie publiczne dokonane zostały: **bądź to dopiero po zmianie umowy o dofinansowanie projektu, bądź też wprawdzie po zmianie umowy o dofinansowanie projektu, ale na wniosek wykonawcy zamówienia albo na wniosek zamawiającego dotyczący zmniejszenia wartości zadania oraz przesunięcia terminu jego realizacji, złożony po uprzednich ustaleniach z wykonawcą zamówienia**

**Okoliczności spowodowane siłą wyższą nie kwalifikują się, ponieważ** wynikają one z działań lub zaniechań wykonawcy bądź też działań lub zaniechań zamawiającego.

**Wyrok Naczelny Sąd Administracyjny z dnia 2022- 06-29, I GSK 1619/21**

Trudno bowiem uznać, że wykonawca nie był świadomy problemów z dostawami materiałów niezbędnych do wykonania instalacji. Istotne jest też to, że wykonawca miał doświadczenie w realizacji tego rodzaju projektów i winien mieć świadomość występujących trudności.

**Z kolei zamawiający winien pierwotnie tak określić termin realizacji zamówienia, aby mógł on być dotrzymany także w sytuacji zmian w zakresie miejsc wykonywania instalacji. Nie można w tej sytuacji stwierdzić, że opóźnienia w realizacji zamówienia i wynikająca z nich potrzeba zmiany umowy były spowodowane działaniem siły wyższej bądź wynikały z działań osób trzecich.**

**Wyrok Naczelny Sąd Administracyjny z dnia 2022- 06-29, I GSK 1619/21**



W odniesieniu do przesłanki określonej w umowie o zamówienie publiczne wskazania dodatkowego wymaga, że jej sformułowanie wprost wskazuje, poprzez **użycie pojęcia "na skutek", iż to zmiana umowy o dofinansowanie projektu ma powodować zmiany w zakresie terminu rzeczowego realizacji projektu.** To oznacza, że pierwotne - tak w sensie formalnym, jak i merytorycznym - względem późniejszych zmian umowy o zamówienie publiczne musiały być zmiany w umowie zawartej pomiędzy skarżącą a Województwem Mazowieckim, co jak wynika ze stanu sprawy, nie miało miejsca.

**Wyrok Naczelny Sąd Administracyjny z dnia 2022- 06-29, I GSK 1619/21**

Natomiast w przypadku przesłanki określonej w § 14 ust. 2 umowy o zamówienie publiczne podkreślenia wymaga, że wskazane w jej ramach **"okoliczności spowodowane siłą wyższą"** zostały doprecyzowane poprzez m.in. ustalenie, że dotyczą zdarzeń w wyniku czynników zewnętrznych, a nie dotyczą działań będących konsekwencją winy stron umowy. W orzecznictwie za siłę wyższą uważa się jedynie zdarzenia zewnętrzne w stosunku do uprawnionego, a zarazem nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli o **"przemożnej"** mocy oddziaływania, przed którego skutkami nie było żadnej obrony (zob. wyrok SN z 13 maja 2021 r., sygn. akt V CSKP 83/21 i powoływane w nim orzecznictwo). Zatem, nie ma racji skarżąca przywołując okoliczności stanowiące utrudnienia w realizacji umowy, ale nie wykazujące cech zaistnienia okoliczności **"siły wyższej"**.

**Wyrok Naczelny Sąd Administracyjny z dnia 2022- 06-29, I GSK 1619/21**

Klauzule przeglądowe czyli klauzule dotyczące zmiany umowy (..) - postanowienia o zmianie umowy są jasne, precyzyjne i jednoznaczne wtedy, gdy: „wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci – zachowując zwykłą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób.

**Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, p. 111.**

Sąd nie podziela twierdzeń strony, że na etapie sporządzania ogłoszenia o zamówieniu niemożliwym było przewidzenie wszystkich tych okoliczności, które później stały się podstawą do przedłużenia terminu realizacji umowy.

Dopuszczenie bowiem zmiany terminu realizacji umowy wskutek konieczności wykonania dodatkowych robót lub zmiany technologii wykonywania prac spowodowanej stanem technicznym możliwe było do przewidzenia.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach z dnia 2022-03-09, III SA/GI 1163/21**

Sąd miał na uwadze:

- charakter obiektu poddawanego renowacji oraz fakt, że
- inwestorem było miasto, na terenie którego obiekt był posadowiony.

Przedłużenie terminu wykonania umowy spowodowane było tym, że w trakcie prowadzonych robót ujawniła się konieczność zmiany techniki ich wykonania.

Powodów tego stanu było kilka, m.in. odkrycie, że

- strop, który miał być drewniany, okazał się żelbetowy,
- schody były związane ze ścianami w sposób inny niż zakładano na podstawie dokumentacji budynku,
- ujawniono zmiany konstrukcyjne obiektu,
- po odkopaniu fundamentów odkryto urządzenia służące korzystaniu z [...], które to nie były ujawnione w dostępnej dokumentacji.

Beneficjent przedstawił żadnych okoliczności, które świadczyłyby o tym, że niemożliwe były jego wcześniejsze oględziny obiektu.

Beneficjent nie dołożył należytej staranności przy ustalaniu stanu obiektu.

Nie może beneficjenta usprawiedliwiać ta okoliczność, że zdecydował się na wyłonienie wykonawcy, który nie tylko wykona powierzone mu roboty budowlane, ale najpierw je zaprojektuje. Owszem, przepis art. 31 pzp pozwala w takim przypadku na posłużenie się programem funkcjonalno-użytkowym dla opisu przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że beneficjent może rozpocząć proces wyboru wykonawcy bez jakiegokolwiek rozeznania w stanie technicznym obiektu; tym bardziej, jeżeli jest to obiekt będący w jego władaniu, którego historię zna.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach z dnia 2022- 03-09, III SA/GI 1163/21**

Jeżeli jednak beneficjent nie chciał prowadzić szczegółowych ustaleń stanu technicznego, to winien zawrzeć w ogłoszeniu informację o zmianie umowy.

Potencjalni wykonawcy, którzy chcieliby zrealizować zadanie mieliby pewien bufor bezpieczeństwa pozwalający na przedłużenie terminu wykonania umowy z przyczyn ujawnionych w trakcie prowadzenia prac.

Słusznie organ uznał, że skarżący takiej możliwości nie przewidział, co niewątpliwie mogło wpłynąć na krąg przedsiębiorców zainteresowanych realizacją inwestycji

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach z dnia 2022- 03-09, III SA/GI 1163/21**

Zmiany, które miały na celu podwyższenie wartości użytkowej obiektu trudno rozpatrywać w kategoriach zmian trudnych do przewidzenia; ich wykonanie było następstwem wyboru określonych rozwiązań estetycznych już na etapie wykonania, przy czym ich dokonanie nie było warunkiem wykonania zadania. Owszem mogły wpłynąć na komfort korzystania z obiektu, jednakże ich wykonanie również doprowadziło do przesunięcia terminu realizacji.

przedłużenie umowy aneksem nr [...] nie było usprawiedliwione art. 144 ust. 1 pkt 1 ani 3 pzp.

**Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach z dnia 2022- 03-09,  
III SA/GI 1163/21**



# ZMIANY UMÓW

**Art. 454. 1.** Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

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

1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;

2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;

3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;

4) Polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.

# ZMIANY UMÓW

**Art. 455. 1.** Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,

b) określają warunki wprowadzenia zmian,

c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

# ZMIANY UMÓW

**Art. 455. 1.** Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

2) gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub

b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1;

# ZMIANY UMÓW

**Art. 455. 1.** Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

3) jeżeli dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków;

# ZMIANY UMÓW

**Art. 455. 1.** Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

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

**Art. 455. 2.** Dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.



Fundusze Europejskie  
dla Łódzkiego

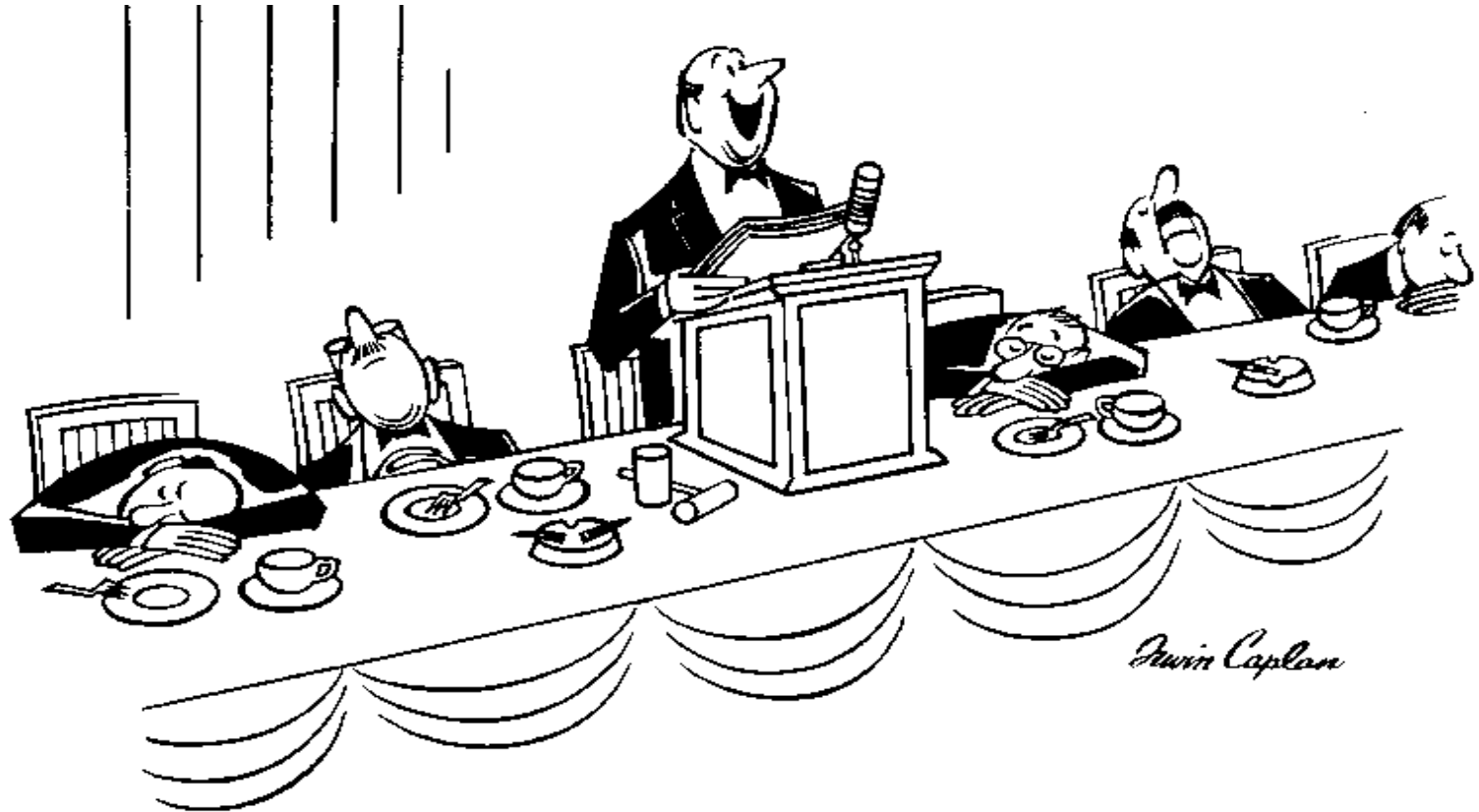


Rzeczpospolita  
Polska

Dofinansowane przez  
Unię Europejską



województwo  
łódzkie



Caplan

Saturday Evening Post

**"And now – are there any questions?"**