

2013

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
Lipiec 2012 – Czerwiec 2013



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
Lipiec 2012 – Czerwiec 2013

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”. Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Opracowanie:

Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa
www.uzp.gov.pl

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-240-6

Wydanie I

Nakład: 5000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:
Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

Słowo wstępne

Publikacja prezentuje opinie prawne opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych w 2012 i 2013 r. oraz wskazuje na wybrane przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, których niezastosowanie lub błędna interpretacja skutkuje nieprawidłowościami w postępowaniach przetargowych lub nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

Zachęcamy do zapoznania się z publikacją zwłaszcza zamawiających, aby uniknąć błędów, które skutkują nieprawidłowościami przy wydatkowaniu środków publicznych.

Opracowanie jest publikowane w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, realizowanego w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednym z celów projektu jest wzrost wiedzy zamawiających o możliwościach jakie stwarza ustawa Prawo zamówień publicznych oraz sposobach wdrożenia tych rozwiązań w praktyce udzielania zamówień.

Nowe podejście, którego założenia zostały zawarte w dokumencie rządowym: „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku, oznacza wprowadzenie nowoczesnego systemu, w którym istotnymi elementami przy udzielaniu zamówień są: innowacyjność, nowoczesne rozwiązania elektroniczne oraz kryteria ekologiczne i społeczne. Nowe podejście zmierza również do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych.

Zastosowanie rozwiązań wynikających z nowego podejścia musi iść w parze z prawidłowym, zgodnym z obowiązującymi regulacjami, prowadzeniem postępowań.

Wyrażamy nadzieję, że publikacja przyczyni się do uniknięcia błędów oraz będzie przydatnym źródłem wiedzy dla uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Bożena Lublińska-Kasprzak – Prezes Polskiej Agencji Przedsiębiorczości

Spis treści

Wybór partnera prywatnego w projektach PPP	7
Finansowanie zamówień w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych	10
Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych.....	12
Zamówienia dodatkowe i uzupełniające dla konsorcjum.....	15
Udzielanie zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego	18
Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych	20
Dopuszczalność zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT) po wyborze oferty, a przed datą zawarcia umowy.....	23
Egzekwowanie wykonywania orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.....	26
Obowiązek stosowania kryteriów środowiskowych przy zakupie pojazdów transportu drogowego.....	28
Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp.....	34
Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w kontekście upadłości członka konsorcjum.....	36
Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie.....	38
System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych.....	43
Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	50
Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.....	55
Oplacona polisa.....	57
Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp	59

Wybór partnera prywatnego w projektach PPP

I. Sposób wskazania trybu wyboru partnera prywatnego uregulowany jest w przepisie art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PPP”. W myśl tego przepisu, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 1). W przypadkach innych niż określone powyżej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 2). W przypadkach natomiast, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa Pzp, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, z późn. zm.). W świetle przywołanego brzmienia przepisów art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP kluczowe znaczenie dla określenia trybu wyboru partnera prywatnego ma ustalenie sposobu wynagrodzenia partnera. W tym zakresie należy uwzględnić również przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a w szczególności jej art. 1 ust. 3. W myśl bowiem tego przepisu płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

II. Ustawa PPP nie zawiera szczegółowych unormowań dotyczących trybu, według którego ma nastąpić wybór partnera prywatnego, pozostawiając tę kwestię uregulowaniu zawartemu odpowiednio w przepisach ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo ustawy Pzp.

Stosując zatem odpowiednio przepisy ustawy Pzp (art. 4 ust. 2 ustawy PPP), do wyboru partnera prywatnego może znaleźć zastosowanie tryb dialogu konkurencyjnego, o którym mowa w art. 60a ustawy Pzp. Stosownie do postanowienia art. 60b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności: (1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy Pzp lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia, (2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę charakter i naturę prawną projektów PPP, która polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, i wynikającą z tego złożoność projektów PPP, należy uznać, iż co do zasady w przypadku wyboru partnera prywatnego są spełnione przesłanki do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego. Należy przy tym wskazać, iż kryteria oceny ofert stosowane przy wyborze partnera prywatnego nie odnoszą się wyłącznie do wysokości płatności podmiotu publicznego, ale także obejmują podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (arg. z art. 6 ust. 2 ustawy

PPP). Zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego umożliwia więc właściwe wypracowanie szczegółowej formuły realizowanego projektu PPP (arg. z art. 60e ust. 1 ustawy Pzp).

III. Stosownie do postanowienia art. 60d ust. 7 zd. 1 ustawy Pzp dialog prowadzony z zaproszonymi wykonawcami ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Rozwinięcie powyższej zasady zawiera przepis art. 60e ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Z wyraźnego postanowienia art. 60 ust. 2 ustawy Pzp wynika natomiast, że zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

W świetle przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp należy stwierdzić, iż ostateczne ustalenie wymagań odnoszących się do przedmiotu postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego – w omawianym przypadku odnoszących się do projektu PPP – następuje dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (art. 60e ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp). Do tego momentu wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP mogą być przedmiotem negocjacji. Z istoty postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wynika właśnie, iż ostateczne ukształtowanie warunków realizacji projektu następuje w wyniku przeprowadzonych negocjacji i prezentacji przez poszczególnych wykonawców propozycji konkretnych rozwiązań w tym zakresie (arg. z art. 60e ust. 1 w zw. z art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Ustawa PPP, ani ustawa Pzp nie zawiera katalogu wymagań odnoszących się do przedmiotu projektu PPP, które są wyłączone z możliwości prowadzenia dialogu. Ograniczenia takiego nie stanowi w szczególności treść ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest unormowanie zawarte w art. 38 ust. 4b ustawy Pzp (a contrario), którego zakaz zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obejmuje dialogu konkurencyjnego (przepis ten dotyczy wyłącznie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem).

Konkludując należy stwierdzić, iż przedmiotem dialogu mogą być wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP. Ostateczny kształt tych wymagań zostanie nadany przez zamawiającego dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (arg. art. 60e ust. 2 i 3 zd. 1 ustawy Pzp).

IV. Kryteria oceny ofert stosowane do wyboru partnera prywatnego określone zostały w przepisach art. 6 ust. 2 i 3 ustawy PPP. Przy czym stosownie do postanowienia art. 6 ust. 1 ustawy PPP najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

Określenie kryteriów oceny ofert, według których zostanie dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji wybór partnera prywatnego stanowi jeden z niewralgicznych elementów procedury wyboru takiego partnera. Ustawa PPP nie określa ani sposobu, ani momentu określenia przez podmiot publiczny kryteriów oceny ofert. W tym zakresie znajdują więc odpowiednie zastosowanie przepisy albo ustawy Pzp albo ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (arg. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP).

W odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wymóg określenia kryteriów oceny ofert następuje już na etapie publicznego ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 48 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 60c ust. 1 ustawy Pzp). Podobnie w przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wymóg określenia kryteriów oceny ofert pojawia się już na etapie ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 11 pkt 9 tej ustawy).

Powyższy wymóg koresponduje z uregulowaniami zawartymi w przepisach art. 29 ust. 7 i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji

procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r.). Z przepisów tych wynika bowiem, iż określenie kryteriów oceny ofert w dialogu konkurencyjnym powinno nastąpić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Wymóg określenia kryteriów oceny ofert na tym etapie stanowi jeden z kluczowych warunków przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych (por. wyrok ETS z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE*, pkt 36).

Konkludując powyższe należy stwierdzić, iż określenie kryteriów oceny ofert w celu wyboru partnera prywatnego winno nastąpić w ogłoszeniu o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Przy czym należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalna zmiana tych kryteriów na dalszym etapie postępowania (por. wyrok ETS w sprawie C-532/06, pkt 45).

Finansowanie zamówień w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

I. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:

- ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Dla ustalenia obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest jednoczesne spełnienie, w odniesieniu do udzielanego zamówienia, wszystkich trzech opisanych powyżej przesłanek.

II. Pierwszym, z kryteriów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest ustalenie, że ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji „finansowania”. Termin ten w języku polskim oznacza dostarczanie środków pieniężnych na coś (źródło: Słownik Języka Polskiego, Portal Wiedzy PWN, www.pwn.pl). Finansowanie oznacza zatem pokrywanie kosztów działalności jakiegoś podmiotu lub kosztów jakiegoś przedsięwzięcia (zob. Inny Słownik Języka Polskiego PWN, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000, s. 408). Przepis art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi transpozycję do krajowego porządku prawnego przepisu art. 8 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r.). Wskazany przepis dyrektywy stanowi, że dyrektywę stosuje się do udzielania określonych zamówień, które subsydiowane są w sposób bezpośredni w ponad 50% przez instytucje zamawiające i których szacunkowa wartość bez podatku VAT jest równa lub większa od kwot wskazanych w tym przepisie, w zależności od rodzaju przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powołanego brzmienia przepisu art. 8 dyrektywy 2004/18/WE znajduje on zastosowanie do przypadków „bezpośredniego subsydiowania” zamówień przez instytucje zamawiające (wersja angielska: „contracts which are subsidised directly by contracting authorities”). A zatem przepis ten dotyczy sytuacji, w których dane zamówienie jest bezpośrednio dotowane przez instytucję zamawiającą. Z dotowaniem mamy natomiast do czynienia w przypadku udzielenia bezzwrotnej pomocy finansowej, która w sytuacji subsydiowania zamówienia może polegać na pokryciu części kosztów związanych z wykonaniem takiego zamówienia. Jeżeli zatem dane zamówienie będzie dotowane w ponad połowie, wówczas będzie spełniona przesłanka stosowania art. 8 dyrektywy 2004/18/WE. Wymóg bezpośredniego dotowania zamówienia oznacza, że środki pieniężne przekazywane przez instytucję zamawiającą muszą być przekazane beneficjentowi wprost na pokrycie kosztów danego zamówienia. Tym samym przekazane środki pieniężne muszą mieć charakter celowy (przeznaczone na ściśle określony cel).

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż z zakresu zastosowania art. 8 dyrektywy 2004/18/WE wyłączone są przypadki, gdy środki finansowe przekazywane przez instytucje zamawiające nie mają charakteru dotacji lub też nie są bezpośrednio przeznaczone na pokrycie kosztów danego zamówienia. Tym samym zakresem zastosowania tego przepisu nie są objęte przypadki udzielania przez instytucje zamawiające finansowania w formach zwrotnych, w tym w formie pożyczek. Takie też stanowisko należy przyjąć na gruncie przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, iż art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do przypadków, w których dane zamówienie jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, na podstawie dotacji lub innych bezzwrotnych form wsparcia finansowego, które przeznaczone są bezpośrednio na pokrycie kosztów danego zamówienia. Przepis ten nie dotyczy natomiast przypadków udzielania pożyczek ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. W przypadku zatem, gdy dane zamówienie jest realizowane w części z wykorzystaniem środków pochodzących z dotacji i w części z wykorzystaniem środków pochodzących z pożyczki, wówczas przy ustalaniu obowiązku stosowania ustawy Pzp uwzględnia się jedynie środki pochodzące z dotacji. Przy czym dla powyższego stwierdzenia bez znaczenia prawnego pozostaje ustalenie, czy dotacja i pożyczka pochodzi od tego samego podmiotu publicznego (donatora), czy też od różnych podmiotów. W obydwu bowiem przypadkach przy ustalaniu wartości części zamówienia, która jest subsydiowana ze środków publicznych, uwzględnia się jedynie środki pieniężne przekazane beneficjentowi w formie dotacji.

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych

I. Katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp zawiera art. 3 ust. 1 tej ustawy. I tak ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt. 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt. 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt. 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt. 3;
- 4) inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
 - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;
- 5) inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
 - a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,
 - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,
 - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
- 6) podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Dla stwierdzenia zatem, że dany podmiot jest zobowiązany do stosowania ustawy Pzp konieczne jest zakwalifikowanie go do jednej z kategorii zamawiających określonych w przepisach art. 3 ust.1 ustawy Pzp.

II. W świetle postanowień art. 3 ust. 1 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż uzyskiwanie środków publicznych w ramach dotacji nie stanowi samodzielnej przesłanki do zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp. Żaden bowiem z przepisów art. 3 ust. 1 ustawy Pzp nie wiąże wprost faktu pozyskiwania środków publicznych z obowiązkiem stosowania tej ustawy. Samo zatem stwierdzenie, że dany podmiot pozyskuje środki publiczne w ramach dotacji nie jest wystarczające do zakwalifikowania go do podmiotów zamawiających.

III. Okoliczność, że dany podmiot uzyskuje środki publiczne na swoją działalność lub na sfinansowanie danego zamówienia może być natomiast rozważana jako jedna z przesłanek, od zaistnienia której uzależnione jest stwierdzenie, że dany podmiot posiada status zamawiającego. Z przesłankami tymi mamy do czynienia w przepisach art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a, art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. a oraz art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp. W przypadkach wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a oraz pkt 4 lit. a ustawy Pzp chodzi o sytuację, w której działalność danego podmiotu jest finansowana w ponad 50% ze środków pochodzących od podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp (finansowanie działalności podmiotu). W przypadku zaś wskazanym w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp chodzi o sytuację, w której dane zamówienie, spełniające szczególne kryteria przedmiotowe określone w tym przepisie, jest finansowane w ponad 50% ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp (finansowanie zamówienia ze środków publicznych).

Przesłanka finansowania działalności podmiotu, jak też przesłanka finansowania zamówienia ze środków publicznych, o których mowa powyżej, nie mają charakteru samoistnego. Oznacza to, że zaistnienie tych przesłanek nie jest wystarczające dla zakwalifikowania danego podmiotu do podmiotów zamawiających. W każdym z przypadków obok ziszczenia się tych przesłanek konieczne jest zatem stwierdzenie zaistnienia pozostałych przesłanek określonych – odpowiednio – w art. 3 ust. 1 pkt 3, art. 3 ust. 1 pkt 4 albo art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe należy podkreślić, iż w żadnym przypadku samo stwierdzenie, że dany podmiot jest finansowany ze środków publicznych lub, że dane zamówienie jest finansowane ze środków publicznych, nie przesądza stwierdzenia, że dany podmiot jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie konieczne jest dokonanie każdorazowo indywidualnej oceny dotyczącej statusu prawnego danego podmiotu oraz warunków jego funkcjonowania. Ocena ta z istoty rzeczy może być dokonywana w realiach danego przypadku i dotyczyć konkretnego podmiotu. Oznacza to, że ocena ta ma zawsze charakter indywidualny.

IV. Dokonując oceny, czy została spełniona przesłanka finansowania działalności podmiotu przez podmioty publiczne, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a i art. 3 ust. 1 pkt 4 lit. a ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, iż pojęcie finansowania działalności podmiotu nie obejmuje każdego przypadku, w którym następuje przekazanie danemu podmiotowi środków publicznych. Pod pojęciem finansowania działalności podmiotu należy bowiem rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a i pkt 4 lit. a ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Nie są zatem objęte jego zakresem przypadki, gdy dany podmiot (np. organizacja pozarządowa) wykonuje zadania publiczne na podstawie umowy zawartej z podmiotem publicznym, i na których realizację

otrzymuje dotację celową (tak art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie – Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536, z późn. zm.). W takim bowiem przypadku nie mamy do czynienia z finansowaniem działalności danego podmiotu, ale z finansowaniem kosztów realizacji danego zadania publicznego wykonywanego przez ten podmiot (np. organizację pozarządową). Istotne przy tym jest to, że finansowanie podmiotu publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a i pkt 4 lit. a ustawy Pzp, ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem a instytucjami publicznymi lub państwem (zob. wyrok Trybunału UE z dnia 3 października 2000 r. C-380/98, pkt 40 i n.). Nie każde świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności, stąd jako finansowanie ze środków publicznych w znaczeniu tego przepisu mogą być rozumiane jedynie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony (szerzej na ten temat w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”).

V. Dokonując natomiast oceny, czy została spełniona przesłanka finansowania zamówienia ze środków publicznych, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. a ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że zachodzi ona wyłącznie w przypadku, gdy dane zamówienie jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, na podstawie dotacji lub innych bezzwrotnych form wsparcia finansowego, które przeznaczone są bezpośrednio na pokrycie kosztów danego (konkretnego) zamówienia (zamówienie subsydiowane ze środków publicznych – por. art. 8 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r.). W tym miejscu należy jednak nadmienić, iż art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie zamówień na roboty budowlane wymienione w tym przepisie oraz usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

VI. Obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp nie zachodzi w odniesieniu do niepozostających w stosunku zależności od podmiotów publicznych organizacji pozarządowych realizujących zadania publiczne na podstawie umowy o wsparcie realizacji zadania publicznego lub o powierzenie realizacji zadania publicznego, na którego realizację otrzymują dotację ze środków publicznych (art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie).

Jedynie w przypadku jednoczesnego ziszczenia się przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, organizacja pozarządowa otrzymująca środki finansowe na pokrycie kosztów zamówienia na określone roboty budowlane i związane z nimi usługi, może być uznana za podmiot zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp. W tym przypadku organizacja pozarządowa posiada status zamawiającego (art. 2 pkt 12 ustawy Pzp) i jest zobowiązana do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp, w pełnym zakresie (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zamówienia dodatkowe i uzupełniające dla konsorcjum

I. Przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp określają przesłanki, od zaistnienia których uzależniona jest dopuszczalność udzielenia – odpowiednio – zamówienia dodatkowego albo zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamówienia te, pomimo istnienia związku pomiędzy nimi a zamówieniem podstawowym mają charakter samodzielny, a zatem stanowią zamówienia odrębne od zamówienia podstawowego.

Jedną z przesłanek tożsamych dla obydwu przepisów jest wskazanie, że zamówienie dodatkowe i uzupełniające mogą być udzielone dotychczasowemu wykonawcy (wykonawcy zamówienia podstawowego). Przepisy te zatem w sposób szczególnie określają krąg podmiotów, którym może zostać udzielone zamówienie dodatkowe i uzupełniające, wyłączając tym samym możliwość swobodnego wyboru wykonawcy przez zamawiającego.

W myśl tych przepisów zamówienie dodatkowe i uzupełniające może zostać udzielone wyłącznie dotychczasowemu wykonawcy. Stosownie do postanowienia art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę treść przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż „dotychczasowym wykonawcą” w rozumieniu tych przepisów będzie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, z którą zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, tj. której udzielił zamówienia podstawowego. Powyższe oznacza, że zamówienie dodatkowe i uzupełniające są udzielane wyłącznie na rzecz tego samego wykonawcy, któremu zamawiający udzielił wcześniej zamówienia podstawowego. Nie jest zatem możliwe udzielenie takiego zamówienia innemu wykonawcy. Przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp zakładają zatem konieczność zachowania tożsamości podmiotowej wykonawcy zamówienia podstawowego oraz zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego.

II. Powyższe ustalenie nie budzi wątpliwości w sytuacjach, w których zamówienie zostało udzielone wyłącznie jednemu podmiotowi (wykonawcy). W praktyce jednak zamówienia publiczne są udzielane niejednokrotnie kilku podmiotom działającym wspólnie i wspólnie występującym po stronie wykonawcy (wielość podmiotów – wielopodmiotowość strony stosunku prawnego).

Taki przypadek został unormowany w przepisach art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten stanowi zatem wprost o możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców działających w ramach konsorcjum. Konsorcjum, jako forma współpracy gospodarczej przedsiębiorców, nie posiada podmiotowości prawnej, nie jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, nie jest też odrębną jednostką organizacyjną. Z uwagi na powyższe zamówienie publiczne w sensie formalnoprawnym udzielane jest łącznie wszystkim wykonawcom tworzącym konsorcjum. Zatem każdy z podmiotów uczestniczących w konsorcjum jest wykonawcą zamówienia (arg. z art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten daje możliwość działania jednego z uczestników konsorcjum (także osoby trzeciej) w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom działającym w ramach konsorcjum, wykonawcami zamówienia publicznego są wszyscy uczestnicy konsorcjum. Mamy tu zatem do czynienia z wykonawcą zbiorowym (wielopodmiotowość strony stosunku prawnego). Należy jednocześnie wskazać, iż stosownie do postanowienia art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Z przepisu tego wynika zatem, iż na gruncie ustawy Pzp, zasady i warunki odnoszące się do wykonawców stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

III. Zastosowanie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w odniesieniu do konsorcjum rozumianego jako wszyscy wykonawcy, którym udzielono zamówienia podstawowego, nie budzi wątpliwości. Oznacza to, że zamówienie dodatkowe lub uzupełniające mogą być udzielone bez przeszkód wszystkim wykonawcom działającym wspólnie wchodzącym w skład takiego konsorcjum. Istotne wątpliwości – wobec braku pozytywnej regulacji ustawowej – pojawiają się natomiast w odniesieniu do oceny, czy zamówienie dodatkowe lub uzupełniające mogą być udzielone wyłącznie jednemu lub niektórym wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego. Uzasadnienie dla udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego tylko jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe może wynikać z różnych okoliczności. Może to być następstwem obiektywnych okoliczności, takich jak likwidacja podmiotu albo ogłoszenie jego upadłości. Nie można również wykluczyć, iż z uwagi na samodzielny charakter zamówienia dodatkowego i uzupełniającego zaistnieje sytuacja, w której udzielenie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego w konkretnych okolicznościach możliwe będzie, tylko jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. Sytuacja taka może zachodzić na przykład, gdy ze względu na zakres usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem dodatkowym warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp będą spełniać jeden albo niektóre z wykonawców. W praktyce możliwe są również sytuacje, w których nie wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zainteresowani wykonaniem zamówienia dodatkowego (np. z uwagi na ryzyka gospodarcze związane z jego wykonaniem).

W tym zakresie konieczne jest przyjęcie wykładni funkcjonalnej i systemowej przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Ustalenie sensu normatywnego przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego i uzupełniającego „dotychczasowemu wykonawcy”, jako gwarancji przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych, nie prowadzi wprost do zakwestionowania możliwości udzielenia takiego zamówienia jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. W dalszym bowiem ciągu jest zachowany zamknięty krąg podmiotów, którym może zostać udzielone zamówienie dodatkowe lub uzupełniające. A tego dotyczy istota omawianej przesłanki.

IV. Dokonując powyższej wykładni przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp należy mieć również na uwadze postanowienie art. 141 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten ma kluczowe znaczenie dla oceny prawnej analizowanego zagadnienia prawnego. Przyjęcie reżimu odpowiedzialności solidarnej oznacza, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (art. 366 § 1 k.c.). Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani (art. 366 § 2 k.c.).

Przenosząc powyższe na grunt umowy w sprawie zamówienia publicznego należy stwierdzić, iż wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego, są odpowiedzialni za wykonanie całego przedmiotu umowy. Wzajemny podział zadań w ramach konsorcjum będzie miał jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi (arg. z art. 376 § 1 k.c.). W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia jedynie od niektórych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. A zatem już na etapie wykonania zamówienia podstawowego może dojść do sytuacji, gdy zamówienie to będzie wykonywane tylko przez niektórych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Powyższe stwierdzenie nie uchybia w żadnym razie ustaleniu, że w dalszym ciągu solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, wobec zamawiającego, ponoszą wszyscy wykonawcy. Wskazując na powyższe należy stanąć na stanowisku, że wykładnia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp nie wyklucza możliwości udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego jednemu lub kilku wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego.

V. Dopuszczalność udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe musi być jednak zawsze oceniona z punktu widzenia podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym wyłączona jest dowolność wyboru przez zamawiającego wykonawców uczestniczących w konsorcjum, którym zostanie udzielone zamówienie dodatkowe. Sytuacja taka będzie zatem zachodzić w przypadku, gdy tylko jeden albo niektórzy z wykonawców uczestniczących w konsorcjum spełniają warunki udziału w postępowaniu (dla zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego), mogą lub też wyrażą wolę realizacji tego zamówienia. Dotyczyć to będzie również innych przypadków niemożności udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego wszystkim wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum wykonującego zamówienie podstawowe (np. ogłoszenie likwidacji, ogłoszenie upadłości jednego z członków konsorcjum). Nie można też wykluczyć, iż przyczyny te będą miały charakter gospodarczy, techniczny, czy organizacyjny.

Udzielanie zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego

I. Zagadnienie dotyczące udzielania zamówień publicznych spółdzielniom socjalnym przez tworzące je jednostki samorządu terytorialnego bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych wiąże się z problematyką udzielania przez podmioty zamawiające tzw. „zamówień in house”. Pojęcie to zostało wykształcone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) i obejmuje ono zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom.

W odniesieniu do tej kategorii zamówień mamy do czynienia z utrwalonym już orzecznictwem ETS, zgodnie z którym nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek¹. W przypadku takich zamówień mamy w istocie do czynienia z powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej jednostce organizacyjnej, wykonywanym w imieniu i na rachunek tej jednostki. Nie zmienia to jednak charakteru wykonywanych zadań jako zadań o charakterze użyteczności publicznej.

II. W świetle postanowień art. 9 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.) oraz art. 2 i 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, z późn. zm.) jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne tworząc własne jednostki organizacyjne lub zawierając umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Gospodarka komunalna może być zatem prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, jak też poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy z zachowaniem właściwych przepisów (np. ustawy Pzp, ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym itd. – zob. art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). W przepisach tych nie wymienia się explicite spółdzielni socjalnych, jednakże należy zwrócić uwagę, iż katalog jednostek organizacyjnych, w ramach których może być prowadzona gospodarka komunalna zawarty w art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, nie jest wyczerpujący. Powyższe wynika z użytego w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. Nie jest zatem wykluczone prowadzenie gospodarki komunalnej za pośrednictwem spółdzielni socjalnej (arg. z art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej oraz art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych – Dz.U. Nr 94, poz. 651, z późn. zm.).

Wybór określonej formy prawnej wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostki samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej (zob. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2005 r., sygn. akt II SA/Wr 169/05). Oznacza to, iż powierzenie realizacji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego utworzonemu przez tę jednostkę podmiotowi (np. spółce prawa handlowego, spółdzielni socjalnej) leży w kompetencji organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego (rady gminy). Przy czym ustawa o gospodarce komunalnej, jak też ustawa Pzp, nie zastrzegają żadnych wymogów formalnych, co do formy takiego powierzenia. Z tych względów przy

ocenie powierzenia zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego utworzonemu przez tę jednostkę podmiotowi (np. spółce prawa handlowego, spółdzielni socjalnej) podstawowe znaczenie winny mieć przepisy regulujące formy prowadzenia gospodarki komunalnej.

III. Powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych utworzonemu przez tę jednostkę podmiotowi (np. spółdzielni socjalnej) powołanej w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05, Lex nr 155826).

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp nie będzie zachodził w przypadku powierzenia przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań w sferze gospodarki komunalnej utworzonemu przez tę jednostkę podmiotowi (np. spółdzielni socjalnej), w odniesieniu do którego jednostka samorządu terytorialnego sprawuje pełną kontrolę. W odniesieniu do spółdzielni socjalnych warunków posiadania pełnej kontroli przez instytucje zamawiające będzie zachodził w przypadku, gdy podmiotami tworzącymi spółdzielnię i posiadającymi 100% udziałów będą wyłącznie co najmniej dwie jednostki samorządu terytorialnego (arg. z art. 5 ust. 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Tylko w takim przypadku jednostki samorządu terytorialnego zachowują wyłączną możliwość decydowania o sprawach spółdzielni (pełną kontrolę nad spółdzielnią).

IV. Wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako zadań statutowych spółdzielni socjalnej powierzonych zgodnie z przepisami o gospodarce komunalnej, należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym wypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółdzielnię zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Natomiast zlecenie spółdzielni takiego zadania w drodze umowy następuje w sytuacji, gdy przedmiotem zlecenia nie będą zadania z zakresu gospodarki komunalnej, dla realizacji których dana spółdzielnia została utworzona. Wówczas zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej należy stosować właściwe przepisy, tj. m.in. przepisy ustawy Pzp lub przepisy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1530).

V. Rekapitulując należy stwierdzić, iż jednostki samorządu terytorialnego mają możliwość powierzenia spółdzielniom socjalnym zadań z zakresu gospodarki komunalnej zgodnie z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej, bez konieczności stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp, o ile będą spełnione dwa podstawowe warunki, tj. jednostki samorządu terytorialnego będą sprawowały pełną kontrolę nad spółdzielnią, a spółdzielnia będzie wykonywała swoją działalność w zasadniczej części na rzecz tych jednostek.

1. Zob. wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa) teza 55 oraz powołane tam orzecznictwo. Tekst wyroku dostępny na portalu EUR-lex (<http://eur-lex.europa.eu/pl/index.htm>). Zob. też wyrok z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz przegląd orzecznictwa ETS w: M. Lemke, D. Piasta: *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, UZP, Warszawa 2006, s. 28-36.

Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydatkujące środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych

I. Przypadki, w których zachodzi obowiązek stosowania ustawy Pzp, określają przepisy art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy te określają bowiem kategorie podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych (zamawiających). Tak więc dla stwierdzenia, iż dany podmiot przy udzieleniu danego zamówienia jest zobowiązany do zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp, konieczne jest ustalenie, iż w odniesieniu do tego podmiotu zachodzi jeden z przypadków określonych w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Przepisy art. 3 ust. 1 ustawy Pzp nie kwalifikują wprost stowarzyszeń jako zamawiających zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, iż samo posiadanie przez dany podmiot statusu prawnego stowarzyszenia (ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach – Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855, z późn. zm.) nie jest wystarczające do zakwalifikowania go jako zamawiającego.

Podobnie przepisy ustawy Pzp nie wiążą w sposób samoistny faktu wydatkowania przez dany podmiot środków publicznych z obowiązkiem stosowania procedur udzielenia zamówień publicznych. Okoliczność ta może jedynie stanowić jedną z przesłanek, od zaistnienia której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp (tak art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Oznacza to, iż samo ustalenie, że dany podmiot wydatkuje środki publiczne nie jest wystarczające do stwierdzenia obowiązku stosowania przez ten podmiot przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do ustalenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp istotne znaczenie może mieć stwierdzenie, że dany podmiot jest finansowany w ponad 50% ze środków publicznych przez podmioty wskazane odpowiednio w przepisach art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp (tak art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp). Jednak również i w tym przypadku okoliczność ta nie stanowi samoistnej przesłanki pozwalającej na stwierdzenie obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Okoliczność ta może zatem stanowić jedynie jedną z przesłanek, od zaistnienia której uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp (arg. z art. 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp).

Rekapitulując powyższe należy stwierdzić, że fakt, iż dane stowarzyszenie wydatkuje środki pochodzące z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych, dokonanego zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536, z późn. zm.), nie stanowi samodzielnej podstawy do stwierdzenia obowiązku stosowania przez to stowarzyszenie procedur udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp. W każdym przypadku konieczna jest zatem analiza, czy w odniesieniu do danego podmiotu zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp przez stowarzyszenia może zachodzić w dwóch przypadkach. Pierwszy przypadek będzie zachodzić w sytuacji spełnienia przesłanek określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (podmiot prawa publicznego). Drugi przypadek może natomiast zachodzić w sytuacji ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Szczegółowe omówienie powyższego zagadnienia zawiera opinia prawna zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicz-

nych pt. „Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na postawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5”.

IV. W uzupełnieniu powyższego stanowiska należy wskazać, iż dokonując oceny przesłanki finansowania działalności podmiotu, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy mieć na uwadze całokształt działalności ocenianego podmiotu (cały dochód uzyskiwany przez podmiot, włączając w to dochód z działalności komercyjnej, jeżeli taką działalność prowadzi). Przy ocenie przesłanki finansowania podkreślenia wymaga, iż pod pojęciem tym należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Finansowanie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych. Stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 pkt 1 i 2).

Istotne przy tym jest to, że finansowanie podmiotu publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ma odzwierciedlać bliską zależność pomiędzy tym podmiotem, a instytucjami publicznymi lub państwem (zob. wyrok Trybunału UE z dnia 3 października 2000 r. C-380/98, pkt 40 i n.). Nie każde świadczenie pieniężne na rzecz takiego podmiotu, poniesione przez instytucje publiczne, stwarza ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności, stąd jako finansowanie ze środków publicznych w znaczeniu tego przepisu mogą być rozumiane jedynie takie płatności, które mają na celu finansowanie lub wsparcie działalności tego podmiotu, bez odniesienia do jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego z jego strony.

Odnosząc powyższe uwagi do zagadnienia związanego z przekazywaniem środków pochodzących z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych należy wskazać, iż dla ustalenia, czy środki te mieszczą się w kategorii finansowania działalności podmiotu publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, istotne znaczenie ma określenie zasad i trybu przekazywania tych środków na rzecz organizacji pożytku publicznego. W tym zakresie kluczowe znaczenie mają przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (art. 27 – art. 27a).

Stosownie do postanowienia przepisów art. 27 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może, na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych, przekazać 1% podatku obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego. Decyzja o przekazaniu środków, ich wysokości oraz wyborze organizacji pożytku publicznego należy do wyłącznej i autonomicznej decyzji podatnika. Kluczowe przy tym jest to, że organizacje pożytku publicznego nie mają prawnej możliwości uzyskania tych środków bez decyzji samego podatnika. Dokonanie takiego odpisu przez podatnika nie ma bowiem charakteru obligatoryjnego. Wprowadzenie instytucji odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie stwarza zatem dla organizacji pożytku publicznego gwarancji uzyskania takiego finansowania. O przyznaniu organizacji pożytku publicznego środków w ramach odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie decydują na żadnym etapie podmioty określone w art. 3 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, a w szczególności nie decydują o tym organy administracji publicznej. Jedynie stosownie do postanowienia art. 27a ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego prowadzi w formie elektronicznej i upublicznia wykaz organizacji mających status organizacji pożytku publicznego, na które podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych, zgodnie z odrębnymi przepisami, może przekazać 1% podatku z zeznań podatkowych składanych za rok podatkowy. Przy czym o tym jakie organizacje pożytku publicznego uwzględnia się w tym wykazie roz-

strzygają wprost przepisy art. 27a ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż samo zamieszczenie danej organizacji w wykazie nie jest równoznaczne z pozyskaniem środków z tytułu odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych. Powyższe, jak wskazano powyżej, zależeć będzie w każdym przypadku od wyłącznej decyzji samego podatnika.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż uzyskanie środków z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych dokonywanego przez podatników nie stanowi finansowania działalności podmiotu przez podmioty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp. Tym samym powyższa okoliczność nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia obowiązku stosowania przez organizację pożytku publicznego przepisów ustawy Pzp na zasadzie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku nie dochodzi do nawiązania stosunku zależności pomiędzy beneficjentem (organizacją pożytku publicznego) a organami administracji publicznej przekazującymi środki zgodnie z dyspozycją podatnika.

V. Odnosząc się z kolei do kwestii zastosowania przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż znajduje on zastosowanie do przypadków, w których dane zamówienie jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, na podstawie dotacji lub innych bezzwrotnych form wsparcia finansowego, które przeznaczone są bezpośrednio na pokrycie kosztów danego zamówienia. Przepis ten nie dotyczy natomiast przypadków, gdy zamówienie jest finansowane ze środków pochodzących z ogólnego dofinansowania działalności danego podmiotu. Jedynie zatem celowe pochodzenie środków z przeznaczeniem na sfinansowanie konkretnego zamówienia spełnia przesłankę „finansowania zamówienia” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odnosząc powyższe do zagadnienia związanego z przekazywaniem środków pochodzących z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych należy wskazać, iż przekazywanie tych środków nie ma takiego charakteru. Stosownie bowiem do postanowienia art. 27 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie środki z tego tytułu mogą być wykorzystane wyłącznie na prowadzenie działalności pożytku publicznego. Środki te nie są zatem przekazywane na sfinansowanie konkretnego zadania czy projektu, jakkolwiek muszą być przeznaczone na działalność pożytku publicznego. Powyższe oznacza, że środki te mają charakter wsparcia działalności podmiotu posiadającego status organizacji pożytku publicznego, a zatem stanowią ogólne dofinansowanie jego działalności (a nie konkretnego zamówienia). Wobec powyższego należy stwierdzić, że okoliczność, iż dane zamówienie jest finansowane z wykorzystaniem środków uzyskanych z odpisu 1% podatku dochodowego od osób fizycznych nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia obowiązku stosowania przez organizację pożytku publicznego przepisów ustawy Pzp na zasadzie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dopuszczalność zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT) po wyborze oferty, a przed datą zawarcia umowy

Dopuszczalność zmiany umownego wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia określonego w jego ofercie w związku ze zmianą stawki podatku VAT może zachodzić w trzech przypadkach. Po pierwsze, gdy zamawiający przewidział w warunkach przyszłej umowy klauzulę waloryzacyjną przewidującą automatyczną zmianę wynagrodzenia z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT. Po drugie, w przypadku konstytucyjnego orzeczenia sądu na podstawie art. 357¹ k.c. I po trzeciej, w przypadku zmiany umowy przy zachowaniu przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp”. Szerwsze omówienie powyższego zagadnienia zawarte jest w opinii pt. „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)”, zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu, w zakładce prawo krajowe.

Jak wskazano powyżej jednym z przypadków dopuszczalności zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą stawki podatku VAT, jest przypadek, w którym zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp). Tak więc zamieszczenie stosownego zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków jest wystarczające do uznania, iż strony umowy (zamawiający i wykonawca) mogą dokonać odpowiedniej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (podwyższenia wynagrodzenia brutto).

Z literalnego brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż dotyczy on zmiany „zawartej umowy”, a zatem etapu, gdy doszło już do złożenia zgodnych oświadczeń woli stron (zamawiającego i wykonawcy) o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym miejscu należy jednak wskazać, iż istota instytucji prawnej „zmiany umowy” określonej w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp sprowadza się do zmiany istotnej treści stosunku prawnego wyznaczonego przez wiążące strony postanowienia tej umowy.

Istotną treść umowy w sprawie zamówienia publicznego wyznaczają z jednej strony oferta wybranego wykonawcy, a z drugiej strony postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (arg. z art. 36 ust. 1 pkt 3, 4 i 16 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Złożenie oświadczeń woli o zawarciu umowy (art. 94 ustawy Pzp) sprowadza się zatem do stanowczego nawiązania więzi prawnej o treści ukształtowanej przez postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i najkorzystniejszą ofertę (art. 91 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp).

Jak wynika z powyższego ukształtowanie istotnej treści przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (treści przyszłego stosunku prawnego) następuje nie w chwili jej zawarcia – jakkolwiek w tej chwili powstaje więź obligacyjna (art. 353 § 1 k.c.) – ale już w chwili upływu terminu związania ofertą (arg. z art. 84 ust. 1 i art. 85 ust. 1 ustawy Pzp). Zasadności powyższego stanowiska nie podważa w żadnym stopniu stwierdzenie, iż w chwili upływu terminu składania ofert nie jest jeszcze znana oferta najkorzystniejsza (nie jest zidentyfikowany wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa). Pomijając w tym miejscu rozważania teoretyczne dotyczące określenia charakteru prawnej więzi kształtujących się pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, którzy złożyli oferty, należy stwierdzić, iż już od momentu upływu terminu składania ofert wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są związani treścią złożonych ofert. Do-

tyczy to także wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Tak więc o ile istotne postanowienia (treść) przyszłej umowy identyfikuje się dopiero w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, o tyle treść wybranej oferty jest już ustalona na dzień upływu terminu składania ofert.

Z uwagi na powyższą okoliczność pomiędzy ustaleniem istotnych postanowień (treści) przyszłej umowy, a powstaniem samego zobowiązania upływa pewien okres. W tym stanie rzeczy okoliczności (zdarzenia) określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako uzasadniające zmianę umowy (zmianę treści stosunku prawnego) mogą nastąpić już po ustaleniu istotnej treści przyszłej umowy – po terminie składania ofert – a przed datą powstania więzi obligacyjnej – przed terminem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tym tle powstaje pytanie, czy sam fakt, że więź obligacyjna powstaje po dacie zaistnienia zdarzeń określonych przez zamawiającego jako przesłanki zmiany umowy wyklucza możliwość zmiany treści stosunku prawnego na etapie zawarcia umowy. Znaczenie dla rozstrzygnięcia powyższej kwestii ma istota unormowania zawartego w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp sprowadzająca się do określenia przez zamawiającego przesłanek zmiany treści umownego stosunku prawnego w sposób jawny dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. Przy czym jak wskazano powyżej ukształtowanie treści przyszłej umowy następuje już z chwilą upływu terminu składania ofert. Po tej dacie zamawiający nie ma bowiem możliwości zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (arg. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) a wykonawca nie ma możliwości zmiany treści oferty (arg. z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp). W tym kontekście bez znaczenia dla istnienia motywów (potrzeby) zmiany treści stosunku prawnego pozostaje fakt, kiedy nastąpiło zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy. Czy już po terminie składania ofert, a przed datą zawarcia umowy, czy też dopiero po zawarciu umowy. W obu bowiem przypadkach dotyczy to sytuacji, w której pierwotna treść stosunku prawnego została już ukształtowana. Przy czym w odniesieniu do zmiany stawki podatku VAT datą miarodajną dla oceny zaistnienia tego zdarzenia jest data wejścia w życie zmienionych przepisów określających nowe stawki tego podatku. Podstaw do odmiennej interpretacji nie dostarcza w szczególności sam art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem wprost, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Tak więc punktem odniesienia dla oceny dopuszczalności zmian treści umowy (treści stosunku prawnego) nie jest pierwotna treść umowy, ale oferta wybranego wykonawcy. Powyższe uregulowanie wynika z faktu, że ukształtowanie treści przyszłej umowy następuje już w treści oferty z chwilą upływu terminu składania ofert.

Rekapitulując należy stwierdzić, iż art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako przesłanka zmiany umowy, zaszło przed zawarciem umowy pierwotnej, jak i po dacie jej zawarcia. Innymi słowy fakt, iż takie zdarzenie miało miejsce przed datą złożenia zgodnych oświadczeń woli o zawarciu umowy (datą zawarcia umowy) nie stanowi przeszkody do następczego dokonania zmiany takiej umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zawarcia aneksu.

Powyższe ustalenie ma istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia. Jeżeli bowiem fakt, iż zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy (zmiany treści stosunku prawnego) nastąpiło przed datą zawarcia umowy nie stanowi przeszkody do dokonania tej zmiany, a więc zmiana ta może być dokonana zaraz po jej zawarciu (np. tego samego dnia), to tym bardziej możliwe jest uwzględnienie zmiany treści stosunku prawnego już w pierwotnym brzmieniu umowy (argumentum a maiori ad minus). Przy czym brak jest jakichkolwiek przyczyn natury jurystycznej wykluczającej takie rozwiązanie. Przeszkody takiej nie stanowi w szczególności art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W świetle powyższego przepisu musi być zachowana tożsamość przedmiotu zamówienia wynikająca z oferty i SIWZ z przedmiotem zamówienia określonym w umowie. Przy czym tożsamość zamówienia musi być zachowana przez cały okres obowiązywania umowy, czego gwarantem jest właśnie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Z

tych względów ewentualna zmiana treści umowy w stosunku do treści oferty i SIWZ może być uzasadniona wyłącznie w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż jest dopuszczalne uwzględnienie w treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zmian treści zobowiązania wynikających ze zdarzeń określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako przesłanki zmiany umowy, w sytuacji gdy zdarzenia te nastąpiły przed datą zawarcia umowy. Normatywną podstawę prawną dla takiego stanowiska stanowi art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z regułą wnioskowania argumentum a maiori ad minus. Jeżeli bowiem w tych samych okolicznościach prawnie dopuszczalna jest zmiana zawartej już umowy, to tym bardziej dopuszczalna jest zmiana przyszłej umowy.

Egzekwowanie wykonywania orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej

I. Ustawa nie przewiduje terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Wydaje się przy tym, że nieuprawnionym byłoby twierdzenie, że zamawiający zobligowany jest do podjęcia wskazanych w sentencji czynności już po ogłoszeniu wyroku, ponieważ: 1) w pewnych sytuacjach aby prawidłowo wykonać wyrok KIO zamawiający winien mieć możliwość zapoznania się z uzasadnieniem orzeczenia i motywami, którymi kierowała się Izba wydając określone rozstrzygnięcie (co może nastąpić dopiero po doręczeniu wyroku wraz z uzasadnieniem); 2) zamawiający – jako strona postępowania odwoławczego – jest podmiotem uprawnionym do wniesienia w terminie 7 dni od dnia doręczenia wyroku skargi na orzeczenie KIO w sytuacji, gdy nie zgadza się z orzeczeniem Izby (arg. z art. 198a ust. 1 w zw. z art. 198b ust. 2 ustawy Pzp). Mając na względzie powyższe, wydaje się, że co do zasady skuteczne dochodzenie wykonania wyroku KIO przez zamawiającego może nastąpić najwcześniej po upływie terminu do wniesienia skargi do sądu na orzeczenie KIO. Dodatkowo wskazać należy na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2005 roku (sygn. akt III CZP 85/05), z której uzasadnienia wynika, że jeżeli wyrok Zespołu Arbitrów (obecnie Krajowej Izby Odwoławczej) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu nie wstrzymuje jego wykonania.

II. Ustawa Pzp przewiduje ponadto szczególny tryb, w którym dopuszczalne jest żądanie wykonania wyroku, w przypadku, gdy zamawiający uchyla się od wykonania czynności wskazanych w sentencji. Kwestię wykonalności orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej reguluje art. 197 ust. 1 ustawy – Pzp, zgodnie z którym orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

Cytowany przepis ustawy Pzp odsyła do przepisu art. 781 § 2 K.p.c. Stosuje się go do orzeczeń Izby (wyroków oraz postanowień kończących postępowanie w sprawie), które są „innymi tytułami” w rozumieniu tego przepisu. Zgodnie ze wzmiankowanym przepisem sąd rejonowy właściwości ogólnej dłużnika może nadać „innym tytułom” klauzulę wykonalności, w następstwie czego stają się tytułami wykonawczymi (art. 776 zd. 2 K.p.c.) i jako takie stanowią podstawę wszczęcia przez wierzyciela egzekucji sądowej.

W myśl art. 197 ust. 3 ustawy Pzp sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności. O tym czy orzeczenie Izby nadaje się do egzekucji sądowej przesądza jego treść. Wyroki Izby mogą nadawać się do egzekucji sądowej, gdy chodzi o rozstrzygnięcia co do istoty sprawy oraz w przedmiocie kosztów postępowania.

Wobec powyższego zasadnym jest stwierdzenie, iż egzekucja wyroków Krajowej Izby Odwoławczej podlega przepisom Kodeksu postępowania cywilnego regulującym postępowanie egzekucyjne i przeprowadzana jest przez właściwe organy egzekucyjne.

III. Jednocześnie wydaje się, że w celu wyegzekwowania od zamawiającego podjęcia czynności określonych w sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie znajdą przepisy odnoszące się do egzekucji świadczeń niepieniężnych, a w szczególności art. 1050 K.p.c. dotyczący egzekucji czynności niezastępowanych. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu jeżeli dłużnik ma wykonać czynność, której inna osoba wykonać za niego nie może, a której wykonanie zależy wyłącznie od jego woli, sąd, w którego okręgu czynność ma być wykonana, na wniosek wierzyciela po wysłuchaniu stron wyznaczy dłużnikowi termin do wykonania i zagrozi mu grzywną na wypadek, gdyby w wyznaczonym terminie czynności nie wykonał

(§ 1 art. 1050 K.p.c.). Po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego dłużnikowi do wykonania czynności, sąd na wniosek wierzyciela nałoży na dłużnika grzywnę i jednocześnie wyznaczy nowy termin do wykonania czynności, z zagrożeniem surowszą grzywną (§ 3 art. 1050 K.p.c.).

Sądem właściwym do rozpoznawania wniosku wierzyciela w zakresie komentowanego artykułu jest sąd rejonowy właściwy dla dokonania czynności określonej w tytule egzekucyjnym. Sąd ten podejmuje następujące czynności: 1) wyznaczenie dłużnikowi terminu do wykonania czynności z zagrożeniem karą grzywny w razie jego niewykonania; 2) nałożenie na dłużnika grzywny wraz z wyznaczeniem nowego terminu, obwarowanego zagrożeniem kolejną, wyższą grzywną. Z powyższego wynika więc, że w trybie art. 1050 K.p.c. wierzyciel może wielokrotnie domagać się przymuszenia dłużnika w drodze nałożenia grzywny, także gdy tylko dłużnik częściowo nie wykonuje czynności, do której jest zobowiązany.

Na marginesie wskazać należy, że jeżeli sąd jako organ egzekucyjny, po rozpoznaniu sprawy na skutek wniosku wierzyciela o przeprowadzenie egzekucji w celu wykonania czynności objętej tytułem wykonawczym, dojdzie do przekonania, że zasadna jest egzekucja z innej podstawy prawnej, niż tego żądał wierzyciel, to tenże sąd stosuje środki przymuszające przewidziane we właściwym przepisie, bez względu na treść wniosku wierzyciela (post. SN z 20.12.1988 r., III CRN 429/88, OSNC 1991, Nr 1, poz. 11).

Obowiązek stosowania kryteriów środowiskowych przy zakupie pojazdów transportu drogowego

1. Obowiązek uwzględniania przy zakupie pojazdów samochodowych czynnika energetycznego i oddziaływania na środowisko – wymogi wynikające z dyrektywy w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych¹ wdraża dyrektywę 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz.Urz. UE L 120 z dnia 15.05.2009 r.). Zamawiający przy zakupie pojazdów transportu drogowego (to jest: samochodów osobowych M₁, lekkich pojazdów dostawczych N₁, pojazdów ciężkich ciężarowych N₂ i N₃ oraz autobusów M₂ i M₃) mają obowiązek uwzględnienia czynników energetycznych i oddziaływania na środowisko podczas cyklu użytkowania pojazdu: zużycia energii, emisji dwutlenku węgla (CO₂) oraz emisji tlenków azotu (NO_x), węglowodorów (NMHC) i cząstek stałych, a także mogą uwzględniać inne, określone przez nich samych, czynniki oddziaływania na środowisko. Implementacja obowiązku uwzględniania przy zakupie pojazdów samochodowych czynnika energetycznego i oddziaływania na środowisko ma na celu promowanie i pobudzanie rynku pojazdów o mniejszej uciążliwości dla środowiska i efektywniejszych energetycznie oraz zwiększanie udziału sektora transportowego w realizacji polityki dotyczącej środowiska, klimatu i energii.

Istnieje zatem możliwość spełnienia wymogu uwzględniania czynników środowiskowych przy zakupie pojazdów bądź poprzez uwzględnienie i określenie w specyfikacji wymogów technicznych dotyczących parametrów energetycznych i środowiskowych dla każdego rozważanego rodzaju oddziaływania, a także wszelkich dodatkowych skutków dla środowiska, bądź też poprzez uwzględnienie w prowadzonych postępowaniach konkurencyjnych czynników oddziaływania na zużycie energii i na środowisko jako kryteriów oceny ofert, w tym przez określenie kosztów całego cyklu użytkowania.

Cytowana wyżej dyrektywa wymaga, aby zawsze, jeżeli stosowane jest postępowanie konkurencyjne – procedura przetargowa, czynniki te były stosowane jako kryteria oceny ofert. Do tego drugiego przypadku określonego dyrektywą odwołuje się właśnie rozporządzenie.

Warto przy tym zaznaczyć, jak wskazuje dyrektywa, że energetyczne i środowiskowe kryteria udzielania zamówień publicznych powinny znajdować się wśród różnych kryteriów branych pod uwagę przez instytucje lub podmioty zamawiające przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego na ekologicznie czyste i energooszczędne pojazdy transportu drogowego. Obowiązek stosowania omawianych kryteriów podczas udzielania zamówień na ekologicznie czyste i energooszczędne pojazdy nie wyklucza włączenia innych istotnych z punktu przedmiotu zamówienia kryteriów udzielania zamówień.

¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz.U. Nr 96, poz. 559) opublikowane dnia 10 maja 2011 r. – wejście w życie w dniu 25 maja 2011 r.

2. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych²– zakres zastosowania

Treść rozporządzenia dotyczy zamówień na dostawy pojazdów transportu drogowego. Zamawiający przy zakupie pojazdów transportu drogowego (to jest: samochodów osobowych M_1 , lekkich pojazdów dostawczych N_1 , pojazdów ciężkich ciężarowych N_2 i N_3 oraz autobusów M_2 i M_3) mają obowiązek stosowania przepisów rozporządzenia poprzez uwzględnianie czynników energetycznych i oddziaływania na środowisko podczas cyklu użytkowania pojazdu w opisie przedmiotu zamówienia bądź w kryteriach oceny ofert. Rozporządzenie wskazuje, że jeżeli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określono wymogi techniczne pojazdu dotyczące czynników oddziaływania na środowisko: zużycia energii, emisji dwutlenku węgla (CO_2) oraz emisji tlenków azotu (NO_x), węglowodorów (NMHC) i cząstek stałych, a także innych, określonych przez samych zamawiających (np. poziom emisji hałasu), czynników oddziaływania na środowisko, przepisów rozporządzenia nie stosuje się (por. § 2 rozporządzenia). Natomiast, jeżeli takie wymogi techniczne odnoszące się do czynników oddziaływania na środowisko nie zostały określone w specyfikacji wymagane jest ujęcie w postępowaniach na zakup pojazdów transportu drogowego czynników energetycznych i oddziaływania na środowisko jako kryteriów oceny ofert, gdyż wówczas ma zastosowanie rozporządzenie (por. § 3 rozporządzenia).

Zamawiający może również zrealizować zalecenia dyrektywy przez jednoczesne zastosowanie obu wyżej wymienionych metod, umieszczając np. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi odnoszące się do jednego bądź dwóch czynników, zaś pozostałe czynniki, których zamawiający nie uwzględnił w specyfikacji, zastosować jako kryteria oceny ofert. Zamawiającemu zatem, pozostawiona została swoboda co do sposobu uwzględnienia czynników środowiskowych określonych rozporządzeniem. Należy jednakże zaznaczyć, iż bez względu na sposób realizacji przepisów rozporządzenia zamawiający obowiązany jest uwzględnić w prowadzonym przez siebie postępowaniu wszystkie czynniki wymienione w rozporządzeniu tj. zużycie energii, emisje: dwutlenku węgla, tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów. Niedopuszczalne jest ujęcie, czy to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy jako kryterium oceny ofert tylko jednego czynnika np. zużycia energii, z jednoczesnym pominięciem w prowadzonym postępowaniu pozostałych wymogów dotyczących emisji dwutlenku węgla, tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

3. Metody stosowania innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert przy zakupie pojazdów transportu drogowego

Zamawiający określając kryteria oceny ofert przy zakupie pojazdów transportu drogowego może wykorzystać jedną z dwóch metod wskazanych rozporządzeniem; metodę wielkościową, w której porównuje się oferty przy wykorzystaniu informacji dotyczących emisji gazów cieplarnianych, emisji zanieczyszczeń i zużycia energii np. zużycie paliwa, rodzaju paliwa, rodzaju napędu pojazdu (§ 5 rozporządzenia) bądź metodę kosztową, w której porównuje się oferty przy wykorzystaniu określonych według metodyki opisanej w § 7 wartości rozporządzenia pieniężnych (kwot) odzwierciedlających koszty zużycia energii, koszty emisji dwutlenku węgla (§ 8 rozporządzenia) oraz koszty emisji zanieczyszczeń (stanowiących elementy tzw. kosztów zewnętrznych) podczas cyklu użytkowania oferowanego pojazdu samochodowego (§ 9 rozporządzenia).

² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych – Dz.U. Nr 96, poz. 559.

❖ Metoda wielkościowa

Zamawiający decydując się na zastosowanie tzw. metody wielkościowej określonej w § 4 pkt 1 rozporządzenia a uszczegółowionej w § 5 rozporządzenia, żąda jedynie podania informacji wskazujących na wielkość zużywanej przez oferowany pojazd energii, wielkości emisji dwutlenku węgla oraz wyrażone łącznie (poprzez np. odwołanie się do normy EURO) lub oddzielnie wielkości emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów, z jednoczesnym wskazaniem w jakich jednostkach dane te mają być przedstawione. Należy zaznaczyć, że zamawiający powinien porównywać ze sobą tylko te wielkości, które zostały zmierzone według takiej samej procedury badawczej np. procedury homologacyjnej. Nie można bowiem porównywać ofert, w których podane wielkości wynikają z różnych procedur badawczych.

Zaznaczenia wymaga jednakże fakt, iż dla pojazdów kategorii M₁ oraz części pojazdów kategorii N₁ dane określające wielkość emisji dwutlenku węgla, tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów podawane są przez producentów w g/km. Natomiast, wielkość przedmiotowych emisji dla pozostałych kategorii pojazdów tj. N₂, M₂, N₃ i M₃ oraz dla części pojazdów kategorii N₁, producenci podają w g/kWh. Przygotowując zatem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający musi uwzględnić właściwą jednostkę pomiarową dla danej kategorii pojazdów, w przeciwnym bowiem wypadku, nie będzie w stanie zweryfikować rzeczywistych parametrów oferowanego produktu z uwagi na nieposiadanie przez wykonawców dokumentów potwierdzających ilość emitowanych gazów w jednostce żądanej przez zamawiającego.

Standardowym dokumentem zawierającym dane dotyczące wielkości zużywanej energii, emisji dwutlenku węgla, tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów jest *Wyciąg ze świadectwa homologacji dla homologacji całopojazdowej krajowej* bądź *Świadectwo zgodności WE dla homologacji całopojazdowej wspólnotowej*. Dokumenty te, wydawane dla pojazdów kategorii M₁ oraz części pojazdów kategorii N₁, zawierają wszystkie wyżej wymienione dane. Warto podkreślić, że dokumenty homologacyjne w tych kategoriach zawierają dane dotyczące emisji poszczególnych cząstek podawane są w g/km. Natomiast, *Wyciąg ze świadectwa homologacji* bądź *Świadectwo zgodności WE* wydawane dla pojazdów kategorii N₂, M₂, N₃ i M₃ oraz dla części pojazdów kategorii N₁ na ogół zawierają jedynie wskaźnik emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów. Powyższe implikuje tym samym konieczność przedstawienia przez wykonawców zamawiającemu innego wskazanego przez niego dokumentu, określającego rzeczywistą ilość zużywanej energii oraz emisji dwutlenku węgla przez oferowany pojazd. Dokument taki spełniać musi wymóg podawania w nim wielkości zużycia energii bądź emisji dwutlenku węgla określonej według innej metody pomiaru zapewniającej porównywalność ofert. Jedną z takich metod może być ETC (*Emission Test Cycle*), z zastrzeżeniem jednakże, iż nie wszystkie pojazdy kategorii M i N mogły być badane z zastosowaniem przedmiotowej metody.

Jeżeli, przeprowadzane jest postępowanie o udzielenie zamówienia na pojazd kategorii M lub N, co do którego nie ma ujednoliconych metod pomiaru poszczególnych kryteriów, zamawiający może zażądać przeprowadzenia stosownych badań dla oferowanych produktów przez jeden z podmiotów specjalizujących się w tego typu badaniach. Zamawiający powinien jednakże zastrzec, iż badania te mają być przeprowadzane według jednolitej metody badawczej np. w przypadku przetargu na autobusy, zamawiający wskazuje, że wielkości mają być zmierzone na określonej trasie, o określonej porze dnia i temperaturze przy jednoczesnym obciążeniu autobusu masą np. 450 kg. Aktualna lista instytucji zajmujących się przedmiotowymi badaniami na terenie Unii Europejskiej znajduje się pod adresem http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/automotive/approval-authorities-technical-services/approval-authorities/index_en.htm

❖ Metoda kosztowa

Zamawiający może również uwzględnić kryteria oceny ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosując tzw. metodę kosztową wskazaną w § 4 pkt 2 rozporządzenia.

Z uwagi na fakt, iż sposób obliczania kosztów poszczególnych emisji wskazany w § 8 oraz § 9 rozporządzenia, uwzględnia jedynie wielkości emisji wyrażone w g/km, w obecnym stanie prawnym metodę tę można jedynie zastosować do pojazdów kategorii M_1 oraz części pojazdów kategorii N_1 , dla których to pojazdów dane pomiarowe zawarte w *Wyciągu ze świadectwa homologacji* bądź *Świadectwie zgodności WE* wyrażone są w g/km.

Rozporządzenie podaje metodologię obliczania wartości pieniężnej kosztów operacyjnych podczas całego cyklu użytkowania dla zużycia energii oraz dla emisji dwutlenku węgla i zanieczyszczeń. Przy czym, związane z eksploatacją pojazdu zużycie paliwa oraz emisje dwutlenku węgla i zanieczyszczeń w przeliczeniu na kilometr opierają się na znormalizowanych procedurach testowych w odniesieniu do pojazdów, dla których w przepisach dotyczących homologacji typu zostały ustalone takie procedury testowe. Procedury ustalone dla badań homologacyjnych wynikają z przepisów art. 68 ustawy – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908, z późn. zm.) oraz wydanego na podstawie delegacji tej ustawy rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. z 2005 r. Nr 238, poz. 2010, z późn. zm.), dla homologacji całopojazdowej krajowej i homologacji całopojazdowej wspólnotowej.

W odniesieniu do pojazdów nieobjętych znormalizowanymi procedurami testowymi porównywalność między różnymi ofertami powinna być zapewniona przez wykorzystanie powszechnie uznanych procedur testowych, wyników testów przeprowadzonych dla danej instytucji lub informacji dostarczonych przez producenta. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż podawane dla poszczególnych pojazdów wielkości zużywanego paliwa na danym odcinku (najczęściej 100 km), uwzględniają trzy tryby spalania tj. tryb miejski, pozamiejski oraz mieszany.

❖ Przykład obliczenia kosztów eksploatacji dla pojazdu kategorii M_1

Poniżej przedstawiony został sposób obliczania kosztów eksploatacji poszczególnych czynników oddziaływania na środowisko określonych rozporządzeniem dla pojazdu kategorii M_1 , który nie jest samochodem elektrycznym ani hybrydowym typu „plug in”, o następujących parametrach: zużycie paliwa w cyklu mieszanym – 5 litrów benzyny na 100 km; wielkość emisji dwutlenku węgla – 170 g/km; wielkość emisji tlenków azotu – 0,05 g/km; wielkość emisji cząstek stałych – 0,005 g/km; wielkość emisji węglowodorów – 0,1 g/km.

▪ Obliczanie wartości pieniężnej odzwierciedlającej koszty zużycia energii (KZE)

Zgodnie z § 7 rozporządzenia wartość pieniężna odzwierciedlająca koszty zużycia energii (KZE) stanowi iloczyn założonego przez zamawiającego lub ustalonego na podstawie załącznika nr 3 do rozporządzenia przebiegu pojazdu (PP), zużycia energii (ZE) oraz wartości pieniężnej za jednostkę energii (WPJE) [**KZE = PP x ZE x WPJE**].

Przebieg pojazdu (**PP**) dla samochodu osobowego M_1 zgodnie z załącznikiem nr 3 do rozporządzenia wynosi **200 000 km**.

Stosownie do § 7 ust. 2 pkt 2 zużycie energii (ZE) wyrażone w megadžulach na kilometr stanowi iloczyn zużycia paliwa (5l/100km) i wartości energetycznej (32 MJ/l = załącznik nr 1 rozporządzenia). A zatem [**ZE = 5l/100km (zużycie paliwa) x 32 MJ/l (wartość energetyczna); ZE = 1,6 MJ/km**].

Zgodnie z brzmieniem § 7 ust. 4 rozporządzenia, jednolitą wartość pieniężną za jednostkę energii (WPJE) wyrażoną w zł na megadżul, stanowi niższy z kosztów za jeden megadżul energii uzyskanej z benzyny lub oleju napędowego przed opodatkowaniem. Ceny paliw w Polsce przed opodatkowaniem, zamieszczane są cotygodniowo pod adresem http://ec.europa.eu/energy/observatory/oil/bulletin_en.htm Uwzględniając aktualną stawkę cen benzyny przed opodatkowaniem, zgodnie z wykazem zamieszczonym pod wyżej wskazanym adresem, tj. 2,40 zł/l oraz podaną wcześniej wartość energetyczną benzyny tj. 32 MJ/l, otrzymujemy wynik 0,075 zł/MJ [WPJE = 2,40 zł/l / 32 MJ/l; **WPJE = 0,075 zł/MJ**].

A zatem, koszt zużycia energii dla samochodu kategorii M₁ spalającego 5 litrów na 100 km, wynosi **24 000,00 zł** [KZE = 200 000 km (PP) x 1,6 MJ/km (ZE) x 0,075 zł/MJ (WPJE)].

▪ **Obliczanie wartości pieniężnej odzwierciedlającej koszty emisji dwutlenku węgla (KEDW)**

Zgodnie z § 8 rozporządzenia wartość pieniężna odzwierciedlająca koszty emisji dwutlenku węgla (KEDW) stanowi iloczyn założonego przez zamawiającego lub ustalonego na podstawie załącznika nr 3 do rozporządzenia przebiegu pojazdu (PP), wielkości emisji dwutlenku węgla (WEDW) dla danego pojazdu oraz określonego na podstawie załącznika nr 2 kosztu jednostkowego emisji dwutlenku węgla (KJEDW) [**KEDW = PP x WEDW x KJEDW**].

Koszt jednostkowy emisji dwutlenku węgla, zgodnie z załącznikiem nr 2 rozporządzenia wynosi 0,115 – 0,154 zł/kg. Z uwagi jednakże na fakt, iż wielkość emisji przedmiotowego pojazdu podana jest w g/km koniecznym jest ujednoczenie zastosowanych jednostek wielkości. A zatem, koszt jednostkowy emisji dwutlenku węgla wynosi **0,000115 zł/g (KJEDW)**.

Wielkość emisji dwutlenku węgla, zgodnie z przyjętymi założeniami wynosi **170 g/km (WEDW)**.

Przebieg pojazdu pozostaje taki sam jak przy obliczaniu kosztów zużycia energii tj. **200 000 km (PP)**.

A zatem, koszt emisji dwutlenku węgla dla samochodu kategorii M₁ emitującego 170 g/km dwutlenku węgla, wynosi **3910,00 zł** [KEDW = 200 000 km (PP) x 170 g/km (WEDW) x 0,000115 zł/g (KJEDW)].

▪ **Obliczanie wartości pieniężnej odzwierciedlającej koszty emisji zanieczyszczeń (KEZ)**

Zgodnie z § 9 rozporządzenia wartość pieniężna odzwierciedlająca koszty emisji zanieczyszczeń (KEZ) stanowi suma kosztów każdego z zanieczyszczeń tj. tlenków azotu (KETA), cząstek stałych (KECS) oraz węglowodorów (KEW) [**KEZ = KETA + KECS + KEW**].

Koszty poszczególnych zanieczyszczeń (KETA, KECS, KEW) stanowią iloczyn założonego przez zamawiającego lub ustalonego na podstawie załącznika nr 3 do rozporządzenia przebiegu pojazdu (PP), wielkości emisji danego zanieczyszczenia (WETA, WECS, WEW) dla danego pojazdu oraz określonego na podstawie załącznika nr 2 kosztu jednostkowego emisji zanieczyszczenia (KJETA, KJECS, KJEW) [**KETA, KECS, KEW = PP x WETA, WECS, WEW x KJETA, KJECS, KJEW**].

Przebieg pojazdu wynosi **200 000 km (PP)**.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia koszty jednostkowe dla poszczególnych emisji wynoszą: **0,0169 zł/g** dla tlenku azotu (**KJETA**); **0,334 zł/g** dla cząstek stałych (**KJECS**); **0,00384 zł/g** dla węglowodorów (**KJEW**).

Przyjęte do celów niniejszego obliczenia wielkości emisji poszczególnych zanieczyszczeń wynoszą: **0,05 g/km** dla tlenków azotu (**WETA**); **0,005 g/km** dla cząstek stałych (**WECS**); **0,1 g/km** dla węglowodorów (**WEW**).

Koszt emisji tlenków azotu (**KETA**) wynosi **169 zł** [$KETA = 200\ 000\ \text{km (PP)} \times 0,05\ \text{g/km (WETA)} \times 0,0169\ \text{zł/g (KJETA)}$].

Koszt emisji cząstek stałych (**KECS**) wynosi **334 zł** [$KECS = 200\ 000\ \text{km (PP)} \times 0,005\ \text{g/km (WECS)} \times 0,334\ \text{zł/g (KJETA)}$].

Koszt emisji węglowodorów (**KEW**) wynosi **76,80 zł** [$KEW = 200\ 000\ \text{km (PP)} \times 0,1\ \text{g/km (WEW)} \times 0,00384\ \text{zł/g (KJEW)}$].

A zatem koszt emisji zanieczyszczeń (**KEZ**) wynosi **579,80 zł** [$KEZ = 169\ \text{zł (KETA)} + 334\ \text{zł (KECS)} + 76,80\ \text{zł (KEW)}$].

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp

I. Stosownie do postanowienia art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” przepisy rozdziału 5 – „Zamówienia sektorowe” ustawy Pzp stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zwanych dalej „zamówieniami sektorowymi”, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonej w art. 132 ust. 1 pkt 1 -7 ustawy Pzp.

Udzielanie zamówień przez podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poddane zostało dwóm reżimom prawnym, w zależności od charakteru zamówienia. Jeżeli zamówienie nie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy (nie ma charakteru zamówienia sektorowego), wówczas podmioty prawa publicznego zobowiązane są do stosowania ustawy na zasadach ogólnych. Natomiast jeżeli zamówienie udzielane jest w ww. celu (ma charakter zamówienia sektorowego), wówczas podmioty te zobowiązane są do stosowania ustawy na zasadach określonych w rozdziale dotyczącym zamówień sektorowych.

Jednocześnie należy mieć na względzie, iż pojęcie „w celu wykonywania” zasadniczo powinno być interpretowane szeroko. Zakresem zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ustawy Pzp będą objęte zamówienia wprost mieszczące się w przedmiocie tej działalności, ale także zamówienia związane z nią tylko funkcjonalnie. Ilustrując to za pomocą prostych przykładów – zamówienia sektorowe to zarówno zamówienia specyficzne dla danego rodzaju działalności sektorowej (np. zakup autobusów przez przedsiębiorstwo autobusowej komunikacji miejskiej, zakup elementów do sieci energetycznej przez przedsiębiorstwo energetyczne, zakup elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych przez przedsiębiorstwa trudniące się tym rodzajem działalności), jak i pozostałe zamówienia, pozostające w funkcjonalnym związku z działalnością sektorową, konieczne dla sprawnego jej prowadzenia (np. budowa nowego budynku administracyjnego, mającego mieścić zarząd przedsiębiorstwa; obsługa prawna przedsiębiorstwa w zakresie przedsięwzięć związanych z gospodarką wodną, zakupy sprzętu biurowego, paliwa do samochodów itp.). Wszystkie wymienione zamówienia, jako udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej, będą podlegały pod regulację art. 132 ustawy Pzp i traktowane będą jako zamówienia sektorowe. Wątpliwości nie budzi ponadto fakt, iż jeżeli określony podmiot prowadzi wyłącznie działalność sektorową, to wszystkie dokonywane przez niego zakupy, należy traktować jako zamówienia udzielane w celu wykonywania tej działalności.

II. Zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający. Wprawdzie cytowany przepis nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem „przedmiot zamówienia”, jednakże termin ten znany jest ustawie Pzp, gdyż ustawodawca posłużył się nim m.in. w art. 29, 36 ust. 1 pkt 3, 41 pkt 4 ustawy Pzp. Pojęcie to jest zatem bardzo szerokie i obejmuje nie tylko

rzeczy i inne przedmioty materialne (np. gaz), ale również przedmioty niematerialne, takie jak energia elektryczna, czy dobra intelektualne. Z wyrażenia „zamówienia sektorowe udzielane w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia” wywnioskować z kolei można, iż aby zamawiający mógł powołać się na omawiane zwolnienie, zamiar odsprzedaży lub wynajmu musi istnieć już w chwili udzielenia zamówienia. Ponadto konieczne jest, by przedmiot zamówienia był przekazany osobie trzeciej (nabywcy lub najemcy) w takiej postaci, w jakiej nabył go zamawiający, tj. bez poddawania go obróbce lub przetworzeniu. Z przepisu wynika ponadto, że wyłączenie to nie obowiązuje, gdy zamawiający posiada szczególne lub wyłączne prawo do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia albo gdy inne podmioty nie mogą przedmiotu zamówienia swobodnie sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający. Jest więc rzeczą oczywistą, że zwolnienie to ma zastosowanie tylko wtedy, kiedy na rynku określonych dóbr istnieje pełna konkurencja i dobra te są powszechnie oferowane do sprzedaży lub wynajmu. Należy mieć również na względzie treść art. 138 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje o przedmiotach zamówień objętych tym wyłączeń.

III. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, iż nie znajduje uzasadnienia prawnego argument, zgodnie z którym zamówienia udzielane w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim należy automatycznie zakwalifikować jako zamówienia udzielane w celu innym niż prowadzenie działalności sektorowej. W sytuacji, gdy podmiot prawa publicznego prowadzi obok działalności sektorowej również inną działalność gospodarczą, może zdarzyć się, że udzielone przez niego zamówienie w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia nie będzie mieścić się w pojęciu zamówienia udzielanego w celu wykonywania działalności sektorowej, jednakże zależność powyższa musi być przez zamawiającego każdorazowo szczegółowo rozpatrzona w konkretnych okolicznościach faktycznych i w żadnym przypadku nie można z góry zakładać jej istnienia. W takim przypadku, z uwagi na fakt, że zamówienie nie jest udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej, zamawiający będący podmiotem prawa publicznego ma obowiązek nabywania usług, dostaw i robót budowlanych na zasadach ogólnych. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp może zatem mieć miejsce tylko wtedy, gdy zamawiający:

1. udziela zamówienia sektorowego,
2. mającego na celu odsprzedaż lub wynajem tego przedmiotu zamówienia w niezmodyfikowanej postaci osobom trzecim, przy czym zamiar odsprzedaży lub wynajmu zamawiający musi mieć już w chwili udzielenia zamówienia,
3. pod warunkiem, że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach, co zamawiający.

Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w kontekście upadłości członka konsorcjum

I. Stosownie do postanowienia art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy te w żaden sposób nie regulują kwestii związanej z reprezentacją wykonawców tworzących konsorcjum na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia przy tym wymaga, iż kwestia wzajemnej reprezentacji wykonawców tworzących konsorcjum należy w zasadzie do sfery wewnętrznych stosunków prawnych pomiędzy wykonawcami. Należy zatem uznać, iż brak jest przeszkód prawnych do dokonania zmiany podmiotu będącego liderem konsorcjum, z którym to konsorcjum zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności należy podkreślić, iż zmiana taka nie stanowi zmiany podmiotowej wykonawcy, a w konsekwencji możliwości dokonania takiej zmiany nie sprzeciwia się unormowanie zawarte w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto dopuszczalności takiej zmiany nie sprzeciwia się art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zmiana taka nie stanowi zmiany umowy w stosunku do treści oferty.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż brak jest przeszkód prawnych, aby w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego liderem konsorcjum wykonującego umowę stał się inny wykonawca (partner) wchodzący w skład tego konsorcjum niż ten, który reprezentował to konsorcjum przy zawarciu umowy. Dodatkowo należy wyjaśnić, iż sama zmiana lidera konsorcjum nie wpływa na zakres zobowiązań podmiotów tworzących to konsorcjum wynikających z umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do których ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego (arg. z art. 141 ustawy Pzp).

II. Zagadnienie dotyczące skutków prawnych złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy wzajemnej przez syndyka w odniesieniu do umowy zawartej przez uczestnika konsorcjum, wobec którego ogłoszono upadłość likwidacyjną, wiąże się z wykładnią przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2012 r. poz. 1112).

Mając na uwadze istotę odpowiedzialności solidarnej ukształtowanej na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 366 i n. k.c.), na której oparta jest wspólność praw i obowiązków podmiotów tworzących konsorcjum (arg. z art. 141 ustawy Pzp), należy stanąć na stanowisku, iż skutek w postaci wygaśnięcia zobowiązania z tytułu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wyniku odstąpienia od umowy dokonanego przez syndyka, odnosi się wyłącznie do relacji pomiędzy zamawiającym a upadłym wykonawcą. Za takim stanowiskiem przemawia brak wzajemnej reprezentacji dłużników solidarnych na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego (arg. z art. 371, art. 372 i art. 373 k.c.). W tym miejscu można przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2008 r. (sygn. akt V CSK 488/07), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w świetle art. 91 ust. 1 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze wymagalność wierzytelności przysługującej wierzycielowi w stosunku do upadłego nie zmienia treści stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wierzycielem oraz współdłużnikami. W konsekwencji, świadczenie pieniężne współdłużników płatne jest w terminie pierwotnym, wynikającym z treści zobowiązania. Podobnie Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 17 kwietnia 2008 r. (sygn. akt I ACa 189/08) stwierdził, że ogłoszenie upadłości jednego z dłużni-

ków solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że uznanie, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego złożone przez syndyka wywołuje skutki prawne wyłącznie pomiędzy upadłym a zamawiającym, prowadzi do wniosku, że zgodnie z przyjętą na gruncie ustawy Pzp solidarną odpowiedzialnością wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie (art. 141 ustawy Pzp), zobowiązanie z tytułu umowy w sprawie zamówienia publicznego trwa nadal pomiędzy zamawiającym a pozostałymi uczestnikami konsorcjum, którzy w dalszym ciągu są zobowiązani do wykonania tej umowy. Jednakże kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższej kwestii ma ustalenie skutków prawnych odstąpienia od umowy dokonanego przez syndyka zgodnie z przepisami ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze (art. 98 tej ustawy).

Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie

Sygnalizowane przez instytucje naukowe i środowiska akademickie problemy związane ze stosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej zwanej „ustawą Pzp”), dotyczą zasadniczo dwóch grup zagadnień: związanych z korzystaniem z wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, a także zagadnień związanych z szacowaniem wartości zamówienia, w tym z dzieleniem zamówienia na części. W szczególności, ta druga grupa zagadnień jest przedmiotem licznych zapytań kierowanych do Prezesa Urzędu w związku z organizacją udzielania zamówień przez instytucje naukowe i środowiska akademickie, które, jak wynika z przekazywanych informacji, preferują zbiorcze udzielanie zamówień dla wszystkich jednostek organizacyjnych pozostających w strukturach uczelni i instytutów z nimi powiązanych, bez względu na istnienie wyodrębnienia organizacyjnego i finansowego takich jednostek. Przyjęte wewnętrzne zasady udzielania zamówień, w tym skomplikowanie struktury procesu udzielania zamówienia – od opisu zapotrzebowania po ostateczne zawarcie umowy, stają się często przyczyną niewydolności tego systemu i braku korzystania z możliwości, które stwarza w tym względzie ustawa Pzp przy udzielaniu poszczególnych rodzajów zamówień.

I. Stosownie do postanowień art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, ustawa nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są *usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznej jego własności.* Interpretacja art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, z uwagi na to, że dotyczy materii uregulowanej w przepisach prawa unijnego, musi uwzględniać postanowienia art. 16f dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym dyrektywy nie stosuje się do zamówień *dotyczących usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem, że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.* Z racji tego, iż *wyłączenia przedmiotowe* przy udzielaniu zamówień publicznych uregulowane są w przepisach prawa Unii Europejskiej (a ich wyliczenie jest taksatywne), ich interpretacja nie może być rozszerzająca i powinna odpowiadać ściśle wyróżnionym w przepisach prawa przypadkom. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp, dotyczące zamawiania usług badawczo – rozwojowych, odnosi się do dwóch przypadków, w których:

- a) zamawiający nie opłaca samodzielnie zamówienia w całości, lub
- b) rezultat zamówienia, nie będzie wyłączną własnością zamawiającego.

Dla uznania, iż norma art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest spełniona, wystarczy, że wystąpi przynajmniej jeden z dwóch wymienionych wyżej przypadków. Zamawiający nie będzie więc stosował ustawy, gdy zamawiane przez niego usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych będą opłacane również przez podmiot trzeci. Przez usługi nieopłacane w całości przez zamawiającego, należy rozumieć te, za które wynagrodzenie jest uiszczane przy udziale podmiotu trzeciego. Bez znaczenia dla takiej kwalifikacji pozostaje źródło pochodzenia środków pozostających w dyspozycji zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia.

Zastosowanie wyłączenia usług badawczo-rozwojowych spod reżimu ustawy, na podstawie w art. 4 pkt 3 lit. e, wymaga właściwego rozumienia, użytego w tym przepisie pojęcia własności rezultatów zrealizo-

wanych usług. Rezultaty zleczanych badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczonych usług badawczych muszą bowiem stanowić w okolicznościach zastosowania tego przepisu niewyłączną własność zamawiającego, w tym kontekście że nie będą służyć do wyłącznego użytku czy korzyści zamawiającego. Celem regulacji jest bowiem wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych, zamówień których przedmiotem są usługi badawczo-rozwojowe mające nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Zamawianie usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, nie będzie powodowało obowiązku stosowania ustawy Pzp, gdy wyniki tych badań lub prac zostaną opublikowane oraz udostępnione do wykorzystania wszystkim zainteresowanym, bez względu na okoliczności wypłacania całego wynagrodzenia z tytułu realizacji tych usług z budżetu zamawiającego.

II. Zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy Pzp, z zakresu zamówień publicznych wyłączone są zamówienia, których przedmiotem są umowy z zakresu prawa pracy. W celu rozstrzygnięcia, co jest umową z zakresu prawa pracy należy posłużyć się przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (dalej K.p.), która w art. 9 definiuje pojęcie prawa pracy. Do zamówień, których przedmiotem są zobowiązania wzajemne stron, których podstawa prawna wynika z art. 9 K.p. nie stosuje się ustawy Pzp. Do zakresu prawa pracy nie zalicza się jednak umów cywilnoprawnych, nienoszących cech stosunku pracy. Tym samym nie wypełnienia przesłanki wyłączenia z art. 4 pkt 4 ustawy Pzp, sytuacja w której pracownik uczelni wyższej otrzymuje zlecenie wykonania czynności czy prac na podstawie umowy cywilnoprawnej nie wykazującej cech stosunku pracy. Powyższa interpretacja nie przesądza jednak o możliwości zastosowania przez zamawiającego uproszczonej procedury wyboru wykonawcy, która wynika z innych przepisów ustawy Pzp, określających podstawy zastosowania m.in. trybów niekonkurencyjnych.

III. Przepisy art. 32 ustawy Pzp ustalające zasady dotyczące szacowania wartości zamówienia publicznego, stanowią kluczową regulację służącą prawidłowemu stosowaniu przez zamawiających przepisów z zakresu zamówień publicznych. W oparciu o przepisy ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Zamawiający może więc z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych podzielić zamówienie (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzić kilka odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, przez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zastrzonej). Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące części o wartości poniżej 14 000 euro będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który zamierza skorzystać z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie wyrażonej w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

Określony w art. 6a ustawy Pzp maksymalny próg, dopuszczający udzielanie zamówień w częściach w uproszczony sposób, odnoszący się do 20% wartości przedmiotu zamówienia, dotyczy planowanego przez zamawiającego zamówienia. Jeśli zamówienie ma być udzielone na czas oznaczony nie dłuższy niż 12 miesięcy, zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit a w zw. z art. 6a ustawy Pzp, próg 20% będzie dotyczył wartości zamówienia ustalonej z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia. Jeśli zamówienie ma obejmować okres dłuższy niż 12 miesięcy, próg ten będzie również ustalony z uwzględnieniem rzeczywi-

stego okresu trwania zamówienia, z wyjątkami wynikającymi z zamówień których przedmiotem są umowy dzierżawy, najmu lub leasingu.

W przypadku planowania określonych wydatków, o tym czy mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami przesądza posłużenie się przez zamawiającego przynajmniej trzema kryteriami: przedmiotem, czasem zamówienia oraz możliwością wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wymienionych kryteriów, pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Czas zamówienia, jako jeden z tych elementów, umożliwia ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze, udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu. Zgodnie z orzeczeniem ETS z 5 października 2000 r., *C-16/98 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, LEX nr 83004*, czas zamówienia oceniamy na chwilę wszczęcia procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego. Jeśli więc na chwilę wszczynania procedury, jest możliwe ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, możliwego do wykonania przez jeden podmiot, co do zasady możemy mówić o jednym zamówieniu.

Szacowanie wartości zamówienia

I. Podstawowym elementem prawidłowego i efektywnego stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej zwanej Pzp) jest właściwe planowanie przez zamawiających zamówień i szacowanie ich wartości. Jest to szczególnie istotne w kontekście do przewidzianego w art. 32 ust. 2 Pzp zakazu dzielenia zamówienia publicznego lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przesądzenie czy w przypadku określonego rodzaju zapotrzebowania planowanego w perspektywie roku budżetowego lub wieloletniego, w przypadku umów długoterminowych, mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami wymaga posłużenia się przynajmniej trzema następującymi kryteriami:

- a) przedmiotu zamówienia, umożliwiającego zidentyfikowanie zapotrzebowania o zbliżonym rodzaju i przeznaczeniu,
- b) czasu zamówienia, umożliwiającego ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,
- c) możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wyżej wymienionych kryteriów planowanego przez zamawiającego wydatku pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Tylko do tak ustalonego zakresu zamówienia publicznego odnosi się określony przez ustawodawcę w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (Pzp). Zamawiający, który podzieli tak wyodrębnione zamówienie na części o wartościach przedmiotu poszczególnych zamówień mniejszych niż 14 000 euro netto i udzieli z pominięciem stosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp (z zastrzeżeniem art. 6a ustawy Pzp, o czym szerzej w punkcie III), narusza wskazany wyżej zakaz dzielenia zamówienia na części. Możliwe i zgodne z przepisami ustawy Pzp jest jednak takie działanie zamawiającego, które zmierza do podziału zamówienia z obiektywnie uzasadnionych przyczyn albo przeprowadzenia postępowań w ramach poszczególnych części zgodnie z reżimem przewidzianym dla pełnej wartości zamówienia.

Pewne odrębności dotyczące szacowania wartości zamówienia są przewidziane w stosunku do obliczania wartości przedmiotu zamówienia, udzielanego na czas nieoznaczony przy uwzględnieniu pla-

nowanej długość udzielenia zamówienia (art. 34 ust. 3 pkt 1 Pzp), dla zamówień powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 Pzp). Wielość możliwych stanów faktycznych, które wiążą się z określaniem szacunkowej wartości zamówienia, uniemożliwia jednak szczegółowe opisanie każdego potencjalnego przypadku.

II. Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym ustalenia właściwego trybu, w jakim powinno być ono udzielone, ustala wartość zamówienia w stosunku do zamówień *planowanych*. Zamówieniem planowanym będzie więc wydatek, który zamawiający przewiduje (lub powinien przewidzieć) w odpowiedniej perspektywie czasowej. Odpowiednią perspektywą dla zamawiającego, umożliwiającą mu rzeczywiste zaplanowanie wydatków, będzie np. rok budżetowy (obrachunkowy) albo okres realizacji danego projektu (np. finansowanego ze środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Przystępując do szacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien z należytą starannością ustalić co i w jakiej ilości będzie mu konieczne do realizacji jego gospodarczo-organizacyjnych celów.

Przez planowanie zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp rozumie się w zasadzie dwa procesy:

- 1) planowanie wstępne, przewidziane w art. 13 ustawy Pzp, oraz
- 2) planowanie konkretnego zamówienia.

Zgodnie z art. 13 ustawy Pzp, zamawiający posiadający wiedzę o wysokości środków finansowych którymi będzie dysponował (tj. w zależności od przepisów którym podlega, po zatwierdzeniu planu finansowego lub po sporządzeniu planu wydatków) może upublicznić swoje zamierzenia wydatkowe na najbliższe 12 miesięcy, przekazując wstępne ogłoszenie informacyjne Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczając je na swojej stronie internetowej. Upublicznienie takich informacji przez zamawiającego, służyć ma skróceniu terminów składania ofert w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Bez względu jednak na fakt sporządzania wstępnego ogłoszenia informacyjnego czy też jego braku ustalenie wartości zamówień publicznych następuje zawsze w odniesieniu do zamówień planowanych przez zamawiającego. Jeśli więc zamawiający planuje zamówienia na dany okres, powinien przygotować postępowania oceniając czy nie zachodzi potrzeba łącznego szacowania wartości zamówień w aspektach przedmiotu, czasu oraz podmiotu potencjalnego wykonawcy. Nie podlega natomiast sumowaniu z innymi udzielonymi, zamówienie którego wartość zamówienia zamawiający nie był w stanie przewidzieć wcześniej w okresie roku budżetowego, nawet jeżeli jest to zamówienie o zbliżonym charakterze do udzielonych już zamówień. Szeroko rozumiane pojęcie planowania postępowań o zamówienie publiczne, ma bowiem służyć przede wszystkim prawidłowej ocenie przez zamawiającego jaki reżim wyboru wykonawcy zastosować w konkretnym przypadku. Nie ma zatem uzasadnienia by zamawiający szacując z należytą starannością przedmiot zamówienia, którego nie mógł wcześniej przewidzieć, brał pod uwagę wydatki już przez siebie poniesione.

III. Na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Może się zdarzyć, iż zamawiający z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych zdecyduje, że bardziej odpowiednie jest dla niego podzielenie zamówienia (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzenie kilku odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, przez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczo-

nej, zwykłej czy zastrzonej). Aby zamawiający nie musiał dla każdej z wyodrębnionych części stosować przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia, ustawodawca w art. 6a ustawy Pzp przewidział normę szczególną. Jeśli zamówienie jest udzielane w częściach o wartościach poniżej 80 000 euro dla dostaw i usług lub 1 000 000 euro dla robót budowlanych, zamawiający przeprowadzając postępowanie dla każdej z takich części, może zastosować przepisy właściwe dla każdej z wyodrębnionych części. Łączna wartość części zamówienia do których może znaleźć zastosowanie art. 6a nie może przekroczyć 20% wartości całego zamówienia.

W praktyce może zdarzyć się, iż część zamówienia do której znalazł zastosowanie art. 6a ustawy Pzp, będzie miała wartość poniżej 14 000 euro. Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące tej części będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który skorzysta z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy. Ponieważ konsekwencje zastosowania powyższych regulacji mogą być daleko idące: zamawiający w skrajnych przypadkach nie stosuje ustawy Pzp do postępowań na części obejmujące łącznie do 20% wartości zamówienia, podział zamówienia na części musi być obiektywnie uzasadniony (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych

1. Wstęp

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, oprócz implementacji dyrektywy obronnej, wdraża do polskiego systemu prawnego również przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tzw. dyrektywy sektorowej, dotyczące systemów kwalifikowania wykonawców.

Wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych nowe art. 134a – 134e w odniesieniu do zamówień sektorowych stwarzają możliwość tworzenia i utrzymywania przez zamawiających – systemów kwalifikowania wykonawców, mających polegać na prowadzeniu wykazu wykonawców spełniających określone warunki podmiotowe dotyczące konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

Zasady systemu kwalifikowania wykonawców zostały określone w art. 41, art. 53 oraz załączniku XIV dyrektywy sektorowej. Zgodnie z regulacjami dyrektywy sektorowej zamawiający mogą tworzyć na własne potrzeby systemy kwalifikacji wykonawców, zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które według uznania podmiotów zamawiających, mogą dotyczyć możliwości wykonawców lub charakterystyki robót budowlanych, dostaw lub usług objętych systemem.

Narzędzie w postaci systemu kwalifikowania powinno stanowić udogodnienie dla zamawiających oraz usprawnić proces udzielania zamówień sektorowych, gdyż pozwoli ograniczyć czynności o charakterze powtarzalnym, dotyczące oceny zdolności kandydatów do należytego wykonania określonych kategorii zamówień.

2. Definicja

Wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 12 października 2012 r. do polskiego porządku prawnego system kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, na podstawie wcześniej przeprowadzonych procedur kwalifikacji obejmujących konkretną kategorię zamówień sektorowych. W wykazie zamieszczani będą wykonawcy, spełniający warunki podmiotowe określone przez zamawiającego dla określonej kategorii zamówień. Umieszczenie wykonawcy w wykazie zakwalifikowanych wykonawców oznaczać będzie pozytywną ocenę zamawiającego, co do zdolności konkretnego wykonawcy do wykonania zamówień objętych daną kategorią zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 134a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może ustanowić system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców spełniających warunki wskazane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

Ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców jest fakultatywne i podyktowane wyłącznie potrzebami zamawiającego wynikającymi z prowadzonej działalności w odniesieniu do konkretnej kategorii zamówień sektorowych. Potrzeba ustanowienia takiego systemu będzie mieć szczególne uzasadnienie w odniesieniu do zamówień powtarzalnych, o częstotliwym charakterze. System ustanawiany jest stosownie do potrzeb zamawiającego na czas oznaczony.

System kwalifikowania może mieć podwójne zastosowanie. Po pierwsze, służy do usprawienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwarzając domniemanie, iż wpisani do wykazu wykonawcy są zdolni do prawidłowego wykonania zamówienia objętego daną kategorią zamówień. Wykonawcy dopuszczeni do systemu, w odniesieniu do zamówień nim objętych są zwolnieni z obowiązku przedkładania wymaganych w konkretnych postępowaniach dokumentów i zaświadczeń potwierdzających spełnianie przez nich warunków określonych przez zamawiającego, np. w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia danej działalności, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, ich sytuację finansową i potencjał ekonomiczny czy też niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Po drugie, ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania może stanowić etap wszczynający konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w których będą mogli uczestniczyć wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do systemu kwalifikowania u danego zamawiającego. W tym przypadku zamawiający wszczynają postępowanie o zamówienie publiczne publikując ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania. Dopuszczonymi do udziału w postępowaniu – składaniu ofert (przetarg ograniczony) czy też negocjacjach (negocjacje z ogłoszeniem) są wykonawcy, którzy zostali dopuszczeni do systemu kwalifikowania. Zamawiający nie publikuje w takim przypadku odrębnego ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem są zamówienia, których dotyczy system kwalifikowania.

System kwalifikowania upraszcza zatem wylanianie wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienia u danego zamawiającego oraz weryfikację jakościową cech robót, dostaw lub usług objętych systemem. Ustalona przy ustanowieniu systemu, obowiązująca dla powtarzalnych zamówień zasada ich nabywania oraz jednokrotna weryfikacja wykonawcy ma umożliwić nabywanie określonego typu zamówień wielokrotnie, bez dokonywania niektórych czynności weryfikacji zdolności i wiarygodności wykonawcy podczas procedury udzielania zamówienia.

Należy mieć na uwadze, że regulacja systemów kwalifikowania zawarta w art. 134a – 134e ustawy Pzp nie jest regulacją zupełną, zatem do tej instytucji w sposób odpowiedni będą mieć zastosowanie inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w tym w szczególności przepisy jej części ogólnej.

Tytułem przykładu, ustawodawca polski nie przewidział wprost możliwości zmiany istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, takich jak opis kategorii zamówienia czy kryteria kwalifikacji, podobnie jak i zakończenia bytu systemu przed określonym w ogłoszeniu terminem jego obowiązywania.

Chociaż co do zasady należy przychylić się do możliwości modyfikowania poszczególnych elementów systemu w trakcie jego trwania, to jednakże ze względu na potrzebę zachowania przejrzystości systemu, zamawiający powinni zachować przy takich czynnościach szczególną ostrożność, zwłaszcza przy modyfikacji istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, które mają wpływ na decyzję wykonawców o ubieganie się o dopuszczenie do systemu. W takich sytuacjach odpowiednie zastosowanie będą mieć zasady modyfikacji określone w art. 12 ust. 4, art. 12 a oraz art. 38 ustawy Pzp.

Ze względu na fakultatywność instytucji oraz cel jej ustanowienia należy opowiedzieć się za możliwością wcześniejszego zakończenia przez zamawiającego działania systemu przed upływem terminu jego obowiązywania. Istnienie systemu kwalifikowania wykonawców uzasadnione jest potrzebami konkretnego zamawiającego, który powinien mieć swobodę, co do decyzji w przedmiocie korzystania z tego narzędzia.

3. Zakres zastosowania

Systemy kwalifikowania mogą mieć zastosowanie wyłącznie do zamówień sektorowych, czyli do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i ich związku oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, określonych w art. 132 ust. 1 pkt 1-7 ustawy Pzp, tj.:

- 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolej linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) świadczenia usług pocztowych.

W nowelizacji nie została przewidziana możliwość korzystania przez zamawiających sektorowych z systemów kwalifikowania ustanowionych i prowadzonych przez innych zamawiających, zatem należy uznać, iż polskie podmioty zamawiające mogą korzystać wyłącznie z ustanowionego i prowadzonego przez siebie systemu kwalifikowania wykonawców.

4. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców

Zgodnie z nowym art. 134b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający, w celu ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców, przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. System kwalifikowania wykonawców jest zatem inicjowany publikacją ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Ogłoszenie przekazuje się zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tj.: <http://simap.eu.int>.

Zasady publikacji ogłoszeń o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców są takie same, jak dla pozostałych ogłoszeń, tj. ogłoszenie publikowane jest w całości w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w bazie danych TED w języku, w jakim zostało sporządzone. Streszczenie ważniejszych elementów ogłoszenia publikuje się w językach urzędowych UE, przy czym za autentyczny uznawany jest jedynie tekst oryginału ogłoszenia.

Działający u zamawiającego system kwalifikowania wykonawców może obejmować wiele kategorii zamówień, jednak ze względów przejrzystości systemu właściwym jest, by w odniesieniu do każdej kategorii zamówień każdej oddzielnej kategorii publikowane było odrębne ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania.

Art. 134b ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do systemów kwalifikowania wykonawców ustanawianych na okres przekraczający 3 lata, zawiera dodatkowy wymóg corocznej publikacji ogłoszenia o ustanowieniu systemu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców powinny być dodatkowo udostępniane przez zamawiającego na stronie internetowej przez cały okres trwania systemu.

Powyższe rozwiązania mają służyć realizacji zasady jawności i rozpowszechnieniu informacji o istniejących systemach kwalifikowania wśród potencjalnych wykonawców, w celu zapewnienia im możliwości ubiegania się o dopuszczenie do tych systemów i w ten sposób zwiększenie konkurencyjności zamówień objętych systemami kwalifikowania wykonawców.

W Załączniku XIV dyrektywy 2004/18/WE zostały wyszczególnione informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o istnieniu systemu kwalifikowania, tj.:

- 1) nazwa, adres, adres telegraficzny, adres elektroniczny, numer telefonu, telexu i faksu podmiotu zamawiającego;
- 2) o ile dotyczy, wskazanie, czy zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja jest zastrzeżona w kontekście programów wsparcia pracy chronionej;
- 3) cel systemu kwalifikowania (opis towarów, usług lub robót budowlanych lub ich kategorii, jakie mają być zamawiane poprzez system – numery w nomenklaturze);
- 4) warunki, jakie powinni spełnić wykonawcy w celu zakwalifikowania w ramach systemu oraz metody, według których będą weryfikowane wszystkie te warunki. Jeżeli opis tych warunków i metod weryfikacji jest obszerny i opiera się na dokumentach dostępnych zainteresowanym wykonawcom, wystarczy podsumowanie głównych warunków i metod oraz odniesienie do tych dokumentów;
- 5) okres ważności systemu kwalifikowania oraz formalności w celu jego przedłużenia;
- 6) informacja, czy ogłoszenie stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie;
- 7) adres, pod którym można uzyskać dalsze informacje i dokumentację dotyczącą systemu kwalifikowania (jeżeli inny niż adres podany w pkt. 1);
- 8) nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, o ile dotyczy, procedury mediacyjne. Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań oraz, jeżeli konieczne, nazwę, adres, numer telefonu i faksu oraz adres e-mail biura, od którego można uzyskać tego rodzaju informacje;
- 9) kryteria udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 55: „najniższa cena” lub „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”;
- 10) wszelkie inne istotne informacje.

5. Kategorie systemu kwalifikacji

System klasyfikowania wykonawców zawsze obejmuje przynajmniej jedną określoną kategorię zamówień sektorowych, której opis powinien być dokonywany w sposób zgodny z zasadami sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie powinien zawierać wskazań znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Odpowiednie zastosowanie do opisu kategorii zamówień objętych systemem kwalifikowania powinien mieć również art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, określający wymogi jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości stosowanych określeń opisu przedmiotu zamówienia, gdyż informacje zawarte w opisie kategorii zamówień systemu kwalifikowania stanowią dla potencjalnych uczestników systemu podstawę podjęcia decyzji o przystąpieniu do konkretnego systemu kwalifikowania. Do opisu kategorii systemu kwalifikowania należy stosować nomenklaturę Wspólnego Słownika Zamówień (CPV).

6. Warunki kwalifikacji do systemu kwalifikowania wykonawców

Do określania warunków systemu kwalifikowania wykonawców zastosowanie mają przepisy dotyczące formułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Odmowa dopuszczenia wykonawcy do udziału w systemie może być oparta tylko na kryteriach kwalifikacji określonych dla danego systemu.

Celem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wspomaganie procesu prawidłowego wydatkowania pieniędzy publicznych poprzez udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom dającym rękojmię ich należytego wykonania. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia można podzielić na warunki pozytywne, określone ogólnie w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, których spełnienie warunkuje udział w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunki negatywne, dotyczące wiarygodności wykonawcy, określone w art. 24 ustawy Pzp, których wystąpienie eliminuje możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w odniesieniu do zamówień sektorowych o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mogą odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem w odróżnieniu od zamówień klasycznych, szerszy jest zakres swobody zamawiających udzielających zamówień sektorowych w procesie kwalifikacji wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Art. 138c ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma również zastosowanie do ustalania przez zamawiającego warunków na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców dotyczących określonej kategorii zamówień sektorowych.

Warunki kwalifikowania wykonawców nie mogą jednak być dowolne. Powinny być obiektywne, nie mogą zaś być arbitralne lub irracjonalne, tzn. formułować wymogów, które nie mają żadnego związku z wykonaniem zamówień. Warunki powinny także być adekwatne do danej kategorii zamówień sektorowych. Przy ustalaniu podstaw kwalifikowania zamawiający musi kierować się zasadą niedyskryminacji wynikającą z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i szerszą zakresowo regułą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, wyrażoną w przepisach dyrektywy 2004/17/WE. Wymagania administracyjne, techniczne czy finansowe w ramach każdej z kategorii zamówień sektorowych powinny być jednolicie wymagane od wszystkich potencjalnych wykonawców, z zastrzeżeniem, że wnioski o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców mogą również być składane przez grupy wykonawców. Identycznie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego, dopiero przed zawarciem konkretnej umowy w sprawie zamówienia sektorowego zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie składających wnioski o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania.

Do oceny, czy wykonawca spełnia warunki określone w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania zastosowanie ma art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca może zatem polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówień. Wykonawca powinien wykazać, że zasoby podmiotów trzecich będą faktycznie dostępne dla niego w całym okresie obowiązywania systemu kwalifikacji.

7. Kwalifikacja wykonawców

Wykaz zakwalifikowanych do systemu wykonawców sporządza, aktualizuje oraz prowadzi zamawiający przez czas określony w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Polskie przepisy nie przewidują możliwości ograniczania liczby wykonawców uczestniczących w systemie na innej podstawie, niż na podstawie obiektywnych warunków określonych przez zamawiających w publicznym ogłoszeniu o ustanowieniu systemu.

Procedura kwalifikowania wykonawców odbywa się na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w systemie, złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wnioski mogą być wnoszone w całym okresie obowiązywania systemu. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku na wybranie wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie, przy czym o dopuszczeniu albo odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający powinien powiadomić wykonawcę niezwłocznie, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wraz z wnioskiem wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału określonych przez zamawiającego. Na żądanie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o istnieniu systemu, wykonawcy powinni złożyć również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pod rygorem niedopuszczenia do systemu. Co do zasady, dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie delegacji przewidzianej w art. 25 Pzp. W procedurach udzielania zamówień sektorowych oraz na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców zamawiający mogą żądać również innych dokumentów, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowaniem procesu kwalifikacji wykonawców do systemu kwalifikowania wykonawców będzie sporządzenie przez zamawiającego wykazu zakwalifikowanych wykonawców, podzielonego na odpowiednie kategorie zamówień sektorowych. Wykaz jest jawny i powinien być udostępniany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Wykaz nie ma jednak charakteru statycznego i w okresie obowiązywania systemu podlegać może zmianom, np. w wyniku aktualizacji wniosków złożonych przez wykonawców lub składania nowych wniosków. Zgodnie z art. 134d ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczenie do systemu kwalifikowania oznacza dla wykonawcy zwolnienie z obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone dokumenty są aktualne w rozumieniu odrębnych przepisów.

Wprawdzie aktualizacja złożonego wniosku jest prawem wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, to wykonawcy powinni dbać o aktualność dokumentów składanych, pod rygorem utraty możliwości korzystania z udogodnień wynikających z wcześniejszego dopuszczenia do systemu kwalifikowania wykonawców.

8. Zastosowanie systemu kwalifikacji wykonawców w procedurach przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem

W odniesieniu do zamówień sektorowych objętych systemem kwalifikowania wykonawców, nowa regulacja zezwala zamawiającym na odstąpienie od konieczności odrębnego ogłaszania o tych zamówieniach w przypadku zastosowania trybów przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Stosownie do nowego art. 134e ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie postępowań w tych trybach będzie mogło nastąpić przez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym celu ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikacji powinno zawie-

rać stosowne zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W takiej sytuacji, za dopuszczonych do udziału w postępowaniu będą uważani wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, do określonej kategorii zamówień sektorowych.

Brak konieczności ponownego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za jedną z podstawowych korzyści dla zamawiającego, wynikającą z utworzenia systemu kwalifikowania.

Zastosowanie ogłoszenia o ustaleniu systemu kwalifikowania wykonawców do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie jednak możliwe w odniesieniu do innych procedur udzielania zamówień np. przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zainteresowani zwiększeniem konkurencji, poprzez udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia również innych podmiotów niż dopuszczone do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, powinni do wszczęcia postępowań o udzielenie zamówienia zastosować stosowne ogłoszenia o zamówieniu sektorowym, inne jednak niż ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców.

Podsumowanie

Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień sektorowych możliwości stosowania przez zamawiających systemów kwalifikowania wykonawców wynika z implementacji przepisów dyrektywy 2004/17/WE. System kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, co do których przeprowadzono procedurę sprawdzającą dotyczącą spełniania określonych przez zamawiającego warunków podmiotowych w zakresie konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

System jest jawny i ustanawiany jest na czas określony. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców podlega opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Nowe narzędzie powinno sprzyjać odbiurokratyzowaniu procesu udzielania zamówień sektorowych poprzez rezygnację z obowiązku żądania dokumentów od wykonawców objętych systemem kwalifikowania. Celem nowej regulacji jest umożliwienie zamawiającym zaoszczędzenie czasu oraz kosztów związanych z procedurą weryfikacji oraz przedstawiania stosownych dokumentów przez wykonawców oraz umożliwienie zamawiającemu dysponowania pulą potencjalnych wykonawców, gdy zamierza on udzielić zamówienia w trybie negocjacyjnym lub ograniczonym.

Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Wprowadzenie

Przepisy dotyczące podwykonawstwa to – obok rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji – jedna z głównych nowości wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012 r. poz. 1271), dalej: ustawa nowelizująca, w ślad za dyrektywą obronną³, do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; Nr 161, poz. 1078; Nr 182, poz. 1228; z 2011 r. Nr 5, poz. 13; Nr 28, poz. 143; Nr 87, poz. 484; Nr 234, poz. 1386; Nr 240, poz. 1429; z 2012 r. poz. 769, 951, 1101 i 1271), dalej: ustawa, i jeden z głównych elementów wyróżniających sposób uregulowania postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na tle ogólnego reżimu udzielania zamówień publicznych⁴.

W przypadku zamówień udzielanych na podstawie przepisów dodawanego ustawą nowelizującą rozdziału 4a w dziale III ustawy zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, przy czym poziom ten nie może przekraczać 30% wartości udzielonego danemu wykonawcy zamówienia. Co więcej, ustawa nowelizująca przewiduje wybór podwykonawców w drodze konkurencyjnego postępowania wszczynanego publikacją ogłoszenia o podwykonawstwie. Taka procedura znajduje zastosowanie zawsze, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, a także jeżeli zamawiający zobowiąże do tego wykonawcę w odniesieniu do części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Celem tych przepisów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień małym i średnim przedsiębiorstwom, którym byłoby trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, przy jednoczesnym zagwarantowaniu im równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego.

Definicje

Umowa o podwykonawstwo została zdefiniowana w art. 131m ust. 2 ustawy jako pisemna umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a co najmniej jednym innym podmiotem.

³ dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76)

⁴ por. przygotowaną przez Dyрекcyję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług *Guidance note on Subcontracting* opublikowaną na stronie internetowej Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-subcontracting_en.pdf. Polskie tłumaczenie noty można znaleźć w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, str. 169 i nast.

Jednocześnie za taki inny podmiot, tj. za podwykonawcę, na mocy 131u ust. 1, nie uznaje się podmiotów powiązanych z wykonawcą ani podmiotów wchodzących w skład grupy utworzonej w celu ubiegania się o zamówienie, ani podmiotów powiązanych z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy.

Wymagania w zakresie podwykonawstwa

Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może nałożyć na wykonawcę szczególne wymagania dotyczące podwykonawstwa, o których ma obowiązek poinformować na możliwie wczesnym etapie postępowania, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu. Inaczej niż w przypadku bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, gdzie wyliczenie możliwości dostępnych zamawiającemu nie jest wyczerpujące, katalog dopuszczalnych wymagań w zakresie podwykonawstwa, zawarty w art. 131g ust. 3 i 131m ust. 1 ustawy, ma charakter zamknięty. Mogą one obejmować:

- wzorem zamówień objętych reżimem ogólnym – zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, oraz podania wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiotu umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani;
- zobowiązanie wykonawcy do poinformowania zamawiającego o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia;
- zobowiązanie wykonawcy do wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu – w odniesieniu do wszystkich lub niektórych planowanych przez wykonawcę umów o podwykonawstwo;
- zobowiązanie wykonawcy do zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu (ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa);
- zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego oraz poinformowania o podwykonawcach, których wykonawca już wybrał.

Wszystkie wymienione rozwiązania mają charakter fakultatywny i ich zastosowanie zostało uzależnione od decyzji zamawiającego podejmowanej w konkretnym postępowaniu.

Formularz ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁵ zawiera dedykowaną podwykonawstwu część II.1.7 umożliwiającą poinformowanie wykonawców o wymaganiach zamawiającego dotyczących podwykonawstwa.

Ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa

Przepis art. 131m ustawy przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zobowiązania wykonawcy do powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu poprzez wskazanie minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Zamawiający, który zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w tym zakresie, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo. Inaczej mówiąc, zamawiający określa minimalny poziom podwykonawstwa, podając w ogłosze-

⁵ wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony w załączniku XVI do rozporządzenia wykonawczego Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie nr 1564/2005 (Dz. Urz. UE L 222 z 27.8.2011, str. 1).

niu dwie wartości: dolną i górną granicę podwykonawstwa rozumianego jako odsetek wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom. Zarazem ustawa ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu drugiej z tych wartości, wskazując, że łączna wartość umów o podwykonawstwo objętych omawianym obowiązkiem nie może przekraczać 30% udzielanego zamówienia. Tym samym, zamawiający może określić minimalny poziom podwykonawstwa poprzez wskazanie dwóch wartości mieszczących się w przedziale od >0% do 30% wartości udzielanego zamówienia. Wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia powyższych wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa. Każdy procent wartości umowy mieszczący się w przedziale określonym przez zamawiającego uznaje się za realizujący wymagania zamawiającego dotyczące podwykonawstwa.

Jednocześnie za spełniające wymagania zamawiającego w tym zakresie nie uznaje się, zgodnie z art. 131u ustawy, umów zawartych przez wykonawcę z podmiotami powiązаныmi i podmiotami wchodzącymi w skład grupy utworzonej w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie, ani z podmiotami powiązаныmi z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy. Wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty wykaz tych podmiotów oraz na bieżąco go uaktualniać.

Wszystkie części zamówienia wskazane przez wykonawcę w celu spełnienia wymagań dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa muszą być powierzone podwykonawcom wybranym w konkurencyjnym postępowaniu, o czym niżej.

Należy przy tym pamiętać, że na podstawie art. 131p ust. 1 ustawy wykonawcy przysługuje jednocześnie uprawnienie do powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia w części wykraczającej poza minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zamawiający, określając w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny poziom podwykonawstwa, tj. zobowiązując wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo stanowiących ustalony odsetek wartości głównego zamówienia, nie ma wpływu na to, które konkretnie części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom celem osiągnięcia wymaganego minimalnego poziomu podwykonawstwa. Zamawiający może natomiast mieć wpływ na to, które spośród części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa, zostaną powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym. Tyle że i w tym przypadku wpływ zamawiającego jest ograniczony, bowiem opiera się na wyborze dokonany w ofercie przez wykonawcę.

Wybór podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców zostało uregulowane w art. 131n ustawy. Jak to zostało wyżej wspomniane, wykonawca jest zobowiązany do wyłonienia podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym zawsze, gdy zamawiający korzysta z przysługującego mu uprawnienia do określenia minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Ponadto, jeżeli wykonawca zamierza zawrzeć umowy o podwykonawstwo w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa określony przez zamawiającego, informuje o tym zamawiającego, wskazując, które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom ponad poziom minimalny, a zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wskazania, które z tych części powinny zostać powierzone w postępowaniu konkurencyjnym.

Podobnie w sytuacji, gdy zamawiający nie określa minimalnego poziomu podwykonawstwa, a wykonawca zamierza zlecić realizację części lub całości zamówienia podwykonawcom, zamawiającemu przysługuje uprawnienie wskazania, w oparciu o decyzję wykonawcy, części zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym.

Aby realizacja omawianych uprawnień zamawiającego była możliwa, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, a w przypadku, gdy zamawiający korzysta z uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim w zakresie wykraczającym ponad ten poziom minimalny.

Umowy o wartości powyżej tzw. progów unijnych

W przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro⁶ oraz robót budowlanych o wartości co najmniej 5 000 000 euro⁷ wykonawca, któremu udzielono zamówienia, wszczyna postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców, publikując ogłoszenie o podwykonawstwie. Przepisy dotyczące ogłoszenia o zamówieniu stosuje się odpowiednio. Oznacza to, w szczególności, że wykonawca przekazuje ogłoszenie o podwykonawstwie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pisemnie faksem lub drogą elektroniczną za pomocą strony internetowej <http://simap.europa.eu>. Przy ustalaniu wartości umowy o podwykonawstwo wykonawca stosuje odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia (zob. art. 32–35 ustawy).

Wykonawca nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia o podwykonawstwie, jeśli zachodzi którakolwiek z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Ogłoszenie o podwykonawstwie⁸ musi przede wszystkim zawierać opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podwykonawcę. Oprócz kryteriów selekcji jakościowej podwykonawców (warunków udziału w postępowaniu) przewidzianych przez zamawiającego, opis ten może obejmować wszelkie inne kryteria, jakie wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców i oceny ich ofert, o ile będą one obiektywne, niedyskryminujące i spójne ze sposobem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału stosowanym przez zamawiającego przy wyborze wykonawcy głównego zamówienia.

W toku postępowania w sprawie wyboru podwykonawców wykonawca jest obowiązany działać w sposób przejrzysty i przestrzegać zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców może prowadzić do zawarcia umowy ramowej. W takiej sytuacji umowy o podwykonawstwo zawierane są na warunkach określonych w umowie ramowej. Z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, uwzględniając cykl życia produktów oraz trudności techniczne, jakie spowodowałaby zmiana wykonawcy, okres, na jaki jest zawierana umowa ramowa, nie może przekroczyć siedmiu lat.

Wykonawca nie ma obowiązku zawierania umowy o podwykonawstwo, jeżeli żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców albo żadna ze złożonych ofert nie spełniają wymagań określonych w ogłoszeniu o podwykonawstwie, wskutek czego wykonawca nie może spełnić wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa.

⁶ zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U. Nr 282, poz. 1650) równowartość kwoty 400 000 euro wynosi 1 607 840 złotych.

⁷ zgodnie z cyt. rozporządzeniem w sprawie kursu złotego równowartość kwoty 5 000 000 euro wynosi 20 098 000 złotych.

⁸ wzór ogłoszenia o podwykonawstwie został określony w załączniku XVIII do rozporządzenia 842/2011.

Umowy o wartości poniżej tzw. progów unijnych

Publikacja ogłoszenia o podwykonawstwie nie jest obowiązkowa w przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 400 000 euro oraz robót budowlanych o wartości poniżej 5 000 000 euro. Zarazem ustawa dopuszcza publikację takiego ogłoszenia, niezależnie od wartości umowy o podwykonawstwo, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym.

W przypadku tego rodzaju umów o podwykonawstwo ustawa nakłada jedynie na wykonawcę obowiązek stosowania zasad traktatowych, w szczególności zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i działania w sposób przejrzysty.

Możliwość odrzucenia podwykonawców

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a także na każdym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu przysługuje, na mocy art. 131r ust. 1 ustawy, uprawnienie do odrzucenia proponowanego podwykonawcy, w stosunku do którego zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym ze względu na bezpieczeństwo dostaw, bezpieczeństwo informacji albo zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, lub który nie spełnia przewidzianych dla wykonawcy zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Do podwykonawców znajdują zastosowanie te same przesłanki wykluczenia, które obowiązują w przypadku wykonawców (zob. art. 131e ust. 1 ustawy). Z kolei do oceny spełniania przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu stosuje się odpowiednio opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę z uwzględnieniem opisu przedmiotu umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, że stawiane podwykonawcom warunki muszą być związane z przedmiotem tej umowy oraz być do przedmiotu tej umowy proporcjonalne.

Odrzucając podwykonawcę, zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawcy, który go proponował, o powodach swojej decyzji.

Odpowiednikiem omawianego uprawnienia zamawiającego po stronie wykonawcy jest obowiązek wskazania w ofercie wszystkich proponowanych podwykonawców wraz z przedmiotem umów, dla których zostali wybrani, zaś na etapie realizacji zamówienia obowiązek informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców. Dlatego też wskazane jest, by zamawiający, celem umożliwienia sobie realizacji uprawnień w tym zakresie, nałożył na głównego wykonawcę odpowiednie obowiązki informacyjne.

Podsumowanie

Reasumując, ustawa przewiduje możliwość nałożenia przez zamawiającego na wykonawcę szeregu wymagań w zakresie podwykonawstwa, które mogą, w szczególności, dotyczyć obowiązku wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu albo obowiązku zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom. Poza tym ustawa przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, jeżeli podwykonawcy proponowani przez wykonawcę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w tym tych dotyczących bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw.

Zasady reprezentacji spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

I. Stosownie do postanowienia art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ponadto w myśl postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż do oceny zasad reprezentacji spółek cywilnych należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego (art. 866 w zw. z art. 875).

W tym zakresie należy wskazać, iż brak jest dostatecznych podstaw jurydycznych do przyjęcia stanowiska, że zasady reprezentacji spółki cywilnej określone w przepisach Kodeksu cywilnego zostały wyłączone przez przepis art. 23 ust. 2 ustawy Pzp. Jakkolwiek w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej udział spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowany jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak na gruncie ustawy Pzp nie istnieje potrzeba odrębnego uregulowania zasad reprezentacji spółki cywilnej, te bowiem wynikają już z przepisów Kodeksu cywilnego. Potrzeba taka dotyczy natomiast przypadków, w których o udzielenie zamówienia publicznego ubiegają się samodzielne podmioty działające łącznie np. jako konsorcjum. W odniesieniu do tych przypadków brak jest bowiem uregulowań prawnych określających zasady wzajemnej reprezentacji wykonawców. W takich właśnie przypadkach znajduje zastosowanie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje ustanowienie pełnomocnika do wspólnego reprezentowania wykonawców. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pomiędzy art. 23 ust. 2 ustawy Pzp i art. 866 k.c. nie zachodzi relacja *lex specialis derogat legi generali*.

II. Stosownie do postanowienia art. 866 k.c. w braku odmiennej umowy lub uchwały wspólników każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw. Uprawnienie do prowadzenia spraw spółki reguluje natomiast art. 865 k.c. W myśl postanowień tego przepisu każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki (§ 1). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawy, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki. Jeżeli jednak przed zakończeniem takiej sprawy chociażby jeden z pozostałych wspólników sprzeciwi się jej prowadzeniu, potrzebna jest uchwała wspólników (§ 2). Każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników wykonać czynność nagłą, której zaniechanie mogłoby narazić spółkę na niepowetowane straty (§ 3).

Wskazując na powyższe uregulowania należy stwierdzić, iż ustawowa (kodeksowa) zasada reprezentacji spółki cywilnej ma charakter dyspozytywny i może być modyfikowana wolą samych wspólników spółki cywilnej. Według zaś ustawowej zasady reprezentacji każdy wspólnik spółki cywilnej jest uprawniony do reprezentacji spółki w sprawach zwykłego zarządu, o ile nie ma sprzeciwu innego wspólnika, a także w sprawach nagłych. W sprawach przekraczających zwykły zarząd niezbędne jest działanie wszystkich wspólników łącznie. Zasada ta podlega ograniczeniu, jeżeli umowa spółki lub uchwała wspólników wprowadza szczególne, odmienne postanowienia w tym zakresie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2012 r., V ACa 412/12).

Kluczowe znaczenie dla oceny właściwej reprezentacji spółki cywilnej ma zatem ustalenie, po pierwsze, czy umowa lub uchwała wspólników reguluje w sposób szczególny zasady reprezentacji spółki w stosunku do zasad kodeksowych, a po drugie, czy dana sprawa wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu. W świetle reguł kodeksowych ustalenie, że dana czynność wchodzi w zakres spraw zwykłego zarządu oznacza, że każdy ze wspólników jest uprawniony do samodzielnego reprezentowania spółki (np. złożenia oferty). To, jakie czynności wchodzi w zakres zwykłego zarządu, zależy jednak od okoliczności konkretnego przypadku, a mianowicie, czy są to czynności o charakterze bieżącym, zwykle podejmowane w dążeniu do uzyskania wspólnego celu gospodarczego, czy też mają charakter wyjątkowy, istotnie wpływający na prawa lub obowiązki wspólników (por. ww. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach).

III. Kwestia daty dokumentu pełnomocnictwa nie ma decydującego znaczenia dla oceny skuteczności działania wspólnika (por. na gruncie pełnomocnictwa procesowego uchwała SN z dnia 16 marca 2006 r., III SZ 1/06, Lex nr 257633). Kluczowe znaczenie ma bowiem ustalenie czy działający wspólnik był umocowany w dacie złożenia oferty do samodzielnego działania w imieniu spółki.

Opłacona polisa

I. Celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku finansowego zamawiający, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Co do zasady dokumentem jest polisa, ale nie tylko sam dokument polisy ubezpieczeniowej. Jeżeli z okoliczności zawarcia umowy ubezpieczenia i przedłożonego dokumentu nie wynika fakt opłacenia jej, a zatem istnienia odpowiedzialności ubezpieczeniowej, konieczne jest załączenie kolejnego dokumentu, którego forma powinna odpowiadać formie dokumentu podstawowego. „Opłacona polisa” może stanowić zatem jeden dokument lub zestaw dokumentów. Należy podzielić pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt XIX Ga 460/12, przez Sąd Okręgowy w Katowicach, który wskazał, że pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz.U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. wł.) należy sięgnąć do art. 814 § 1 k.c. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także przez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym – w określonych umownie ratach. Jeżeli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże się opłaceniem składki bądź wykaże, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed opłaceniem składki, w obu przypadkach wymóg z § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia będzie spełniony.

II. Odnosząc się do formy dokumentu w jakiej wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu opłaconą polisę, podkreślić należy, iż na mocy § 7 ust. 1 Rozporządzenia, forma ta ograniczona została jedynie do oryginału dokumentu lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku zaś składania elektronicznego dokumentu, powinien on być co do zasady opatrzony przez wystawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym, forma pisemna w jakiej wykonawcy mają przedkładać zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, o których mowa w Rozporządzeniu, odpowiada regulacji z art. 78 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.). W świetle art. 78 § 1 k.c. do zachowania formy pisemnej wymagane jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Wyrażoną art. 78 § 1 Kc zasadę pisemności tj. złożenia na dokumencie własnoręcznego podpisu, ustawodawca ograniczył m.in. w drodze art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.), zwanej dalej „Prawo bankowe”. Przepis ten stanowi, że dokumenty związane z czynnościami bankowymi nie wymagają pieczęci ani podpisu. Jeżeli zaś ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie elektronicznej spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności (arg. z art. 7 ust. 3 Prawo bankowe). „Przepis ten (art. 7 ust. 3) łagodzi wymóg formy pisemnej w zakresie czynności bankowych. Dopuszczalność liberalizacji w odniesieniu do zasad ogólnych wynika ze szczególnej pozycji banków, na które ustawodawca nakłada surowe wymogi, ale równocześnie obdarza szczególnym zaufaniem, jako podmioty działające pod publicznoprawnym nadzorem. Z tego względu nie jest potrzebne gwarantowanie ekwiwalentu podpisu własnoręcznego.”⁹

Tym samym, wydruk elektroniczny dokumentu bankowego, wygenerowanego w związku ze złożeniem oświadczenia woli związanego z dokonywaniem czynności bankowych np. zestawienie operacji dokonywanych w danym okresie na rachunku bankowym przez jego posiadacza, nie wymaga stempla ani podpisu, ani tym bardziej potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

III. Reasumując, przedłożenie przez wykonawcę elektronicznego wydruku komputerowego, zgodnie z art. 7 Prawa bankowego, z którego treści wynika dokonanie przez wykonawcę przelewu z tytułu opłacenia polisy w określonym dniu, stanowi potwierdzenie okoliczności opłacenia polisy także wówczas, gdy dokument ten nie został opatrzony pieczęcią i podpisem osoby uprawnionej w banku do wydawania takich dokumentów, jak i wówczas gdy dokument ten nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę. Zamawiający zatem nie może wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcy przedkładającego potwierdzenie dokonania przelewu z tytułu opłacenia polisy w formie wydruku komputerowego, z uwagi na niezachowanie formy pisemnej przedmiotowego dokumentu. Jednakże, przesłany np. faksem czy pocztą elektroniczną obraz wydruku stanowi jedynie kopię (odpis) dokumentu traktowanego jako oryginał i wymaga poświadczenia za zgodność z oryginałem.

⁹ Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. 02.72.665), [w:] F. Zoll (red.), A. Adamek, K. Bitner-Przybylska, M. Brożyna, M. Chudzik, A. Frań, I. Karasek, K. Kohutek, K. Korus, R. Kwaśnicki, J. Lachner, J. Molis, M. Olczyk, K. Płończyk, P. Podlasko, M. Porzycki, A. Rataj, D. Rogoń, M. Rusinek, M. Spyra, T. Spyra, S. Szuster, P. Tereszkiwicz, A. Wacławik, F. Wejman, M. Wyrwiński. *Prawo bankowe. Komentarz*, Tom I i II, Zakamycze, 2005.

**Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach
wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego
oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji
o Działalności Gospodarczej jako dokumenty składane
w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy
z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp**

I. Zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231), dalej „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”. Przepis § 3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać dokumentu w formie aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Z kolei z § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika, że dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

II. Przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie określają statusu prawnego wydruku komputerowego, nie precyzują także mocy dowodowej wydruku odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, dalej „KRS”, czy z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dalej „CEIDG”.

Status prawny elektronicznego wydruku z KRS uregulowany został w ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186, z późn. zm.), dalej „ustawa o KRS”. W świetle art. 4 ust. 3 ustawy o KRS Centralna Informacja wydaje odpisy, wyciągi i zaświadczenia oraz udziela informacji z Rejestru, które mają moc dokumentów urzędowych, jeżeli zostały wydane w postaci papierowej lub elektronicznej. Z kolei art. 4 ust. 4a ustawy o KRS stanowi, że pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, o których mowa w ust. 3 (odpisów, wyciągów i zaświadczeń – przyp. własny), jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze.

Cechy samodzielnie pobranych wydruków komputerowych, o których mowa w art. 4 ust. 4a ustawy o KRS, określa treść rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 grudnia 2011 r. w sprawie ustroju i organizacji Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz trybu i sposobu udzielania informacji z Krajowego Rejestru Sądowego i wydawania kopii dokumentów z katalogu, a także struktury udostępniania informacji o podmiotach wpisanych do rejestru oraz cech wydruków umożliwiających ich weryfikację z danymi w Rejestrze (Dz.U. Nr 297, poz. 1760, z późn. zm.). Zgodnie z § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia pobrany samodzielnie wydruk komputerowy aktualnych informacji o podmiocie umożliwia jego weryfikację z danymi zawartymi w rejestrze, jeżeli posiada następujące cechy: (1) adres strony internetowej, na której zamieszczone są aktualne informacje o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego; (2) formę graficzną zgodną z załącznikami nr 12 i 13 do rozporządzenia; (3) identyfikator wydruku. Jeżeli zatem, przedkładany przez zainteresowany podmiot samodzielnie pobrany wydruk komputerowy z KRS, nie posiada którejkolwiek z ww. cech, wówczas dokument ten pozbawiony jest mocy dokumentu urzędowego.

III. Złożenie przez wykonawcę, w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, elektronicznego wydruku z KRS, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia weryfikacji przedmiotowego dokumentu pod kątem jego zgodności z treścią § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Co do zasady analiza elektronicznego wydruku z KRS nie wymaga od zamawiającego posłużenia się widniejącym na wydruku identyfikatorem dokumentu, bowiem samo sprawdzenie informacji zamieszczonych na prowadzonej przez Ministerstwo Sprawiedliwości stronie internetowej, tj. danych udostępnianych zgodnie z art. 4 ust 4a ustawy o KRS, daje potwierdzenie prawdziwości informacji przedstawionych na wydruku. Niemniej jednak, w przypadku niezgodności danych zawartych w złożonym przez wykonawcę dokumencie z zakresem informacji wskazanym na ww. stronie internetowej, zamawiający powinien zweryfikować treść dokumentu za pomocą jego identyfikatora, ponieważ metoda ta umożliwia potwierdzenie danych objętych treścią elektronicznego wydruku z KRS z informacjami widniejącymi w KRS z chwili, z której pochodzi wydruk.

Z uwagi na ustawowe nadanie elektronicznemu wydrukowi z KRS mocy dokumentu urzędowego brak jest podstaw do żądania od wykonawców składających takie elektroniczne wydruki z KRS w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania, iż nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzania tych warunków za zgodność z oryginałem. Samodzielnie pobrane przez wykonawców wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do KRS, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w tym Rejestrze, nie wymagają podpisu ani pieczęci, a zatem również pisemnych oświadczeń osoby posługującej się tego typu dokumentem.

Jeżeli natomiast wykonawca przedkłada w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wydruk z dokumentu elektronicznego, który został mu wydany przez Centralną Informację KRS, do wydruku takiego wykonawca powinien załączyć stosowne oświadczenie. Zgodnie z treścią § 9 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie warunków organizacyjno-technicznych dotyczących form wniosków i dokumentów oraz ich składania drogą elektroniczną do sądów rejestrowych i Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz sposobu posługiwania się dokumentami wydanymi w postaci elektronicznej (Dz.U. Nr 229, poz. 1773), dalej „Rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2011 r.”, w określonych sytuacjach osoba przedkładająca wydruk dołącza bowiem do niego oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym. Oświadczenie o zgodności wydruku z otrzymanym dokumentem elektronicznym składa się zatem jedynie do wydruków z dokumentów elektronicznych uzyskiwanych przez wykonawcę z Centralnej Informacji KRS w formie PDF i opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym, stosownie do treści art. 4 ust. 3 ustawy o KRS, nie zaś do samodzielnie pobranych przez wykonawcę wydruków z KRS, o których mowa w art. 4 ust. 4a ustawy o KRS.

Należy nadmienić, że odpisy dokumentu z KRS we wskazanej wyżej postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, mogą być wykorzystywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci elektronicznej, o ile w danym postępowaniu będzie to możliwe. Jeżeli natomiast nie jest to możliwe, dokument taki może być wykorzystany w formie wydruku, ale wówczas wymagane jest opatrzenie wydruku oświadczeniem wykonawcy.

IV. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.), dalej „ustawa SDG”, zaświadczenia o wpisie w CEIDG dotyczące przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w zakresie jawnych danych, o których mowa w art. 25 ust. 1 (w tym także danych dotyczących upadłości przedsiębiorcy – art. 25 ust. 1 pkt 14 ustawy SDG), mają formę dokumentu elektronicznego albo wydruku ze strony internetowej. Istnieją zatem tylko dwie formy w jakich uzyskać można zaświadczenie o wpisie do CEIDG celem potwierdzenia faktu wykonywania działalności gospodarczej przez danego przedsiębiorcę, bądź też innych okoliczności z tą działalnością związanych, tj. forma elektroniczna bądź wydruk ze strony CEIDG.

Jednocześnie, zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy SDG, organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG. Pozbawienie organów administracji publicznej prawa żądania zaświadczeń o wpisie w CEIDG, opiera się na możliwości stosownego zweryfikowania przedsiębiorcy w oparciu o powszechnie dostępne, za pośrednictwem strony internetowej CEIDG, dane i informacje odnoszące się do poszczególnych przedsiębiorców. Niemniej jednak, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawa Pzp klasyfikuje zaświadczenie o wpisie w CEIDG jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, w zależności od wartości zamówienia, żąda bądź może żądać (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp) od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu, w tym zaświadczenia o wpisie w CEIDG. Dokument ten bowiem został literalnie wskazany w §3 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jako dokumentu składanego w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na marginesie zaznaczyć należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego norma z art. 38 ust. 5 ustawy SDG nie będzie miała zastosowania, bowiem zamawiający, którzy poza procedurą zamówieniową działają w charakterze organu administracji publicznej, nie posiadają w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statusu organu administracji publicznej, tj. nie wykonują czynności w zakresie władztwa publicznego (*imperium*), lecz działają jako równorzędne strony szeroko pojętych stosunków cywilnoprawnych (*dominium*).

Uwzględniając zatem powyższe, w tym fakt, iż samodzielnie pobrany przez wykonawcę wydruk zaświadczenia o wpisie do CEIDG stanowi literalne odzwierciedlenie informacji publicznie udostępnionych za pośrednictwem strony internetowej CEIDG przyjąć należy, iż posiada on charakter dokumentu oryginalnego, niewymagającego składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń przez osobę posługującą się przedmiotowym dokumentem, w tym potwierdzania tego dokumentu przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest także treść informacji zamieszczanej na każdym samodzielnie pobranym wydruku zaświadczenia o wpisie do CEIDG, gdzie wskazuje się, iż „Niniejszy wydruk jest zgodny z art. 38 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r. i ma moc zaświadczenia o wpisie w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP”

Reasumując:

I. Samodzielnie pobrane wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Dzia-

łałości Gospodarczej posiadają status dokumentu oryginalnego w rozumieniu Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

II. Zamawiający nie ma podstaw do żądania poświadczenia przez wykonawcę za zgodność z oryginałem złożonych w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie pobranych wydruków komputerowych aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest rządową agencją wykonawczą, która od 2000 roku wspiera przedsiębiorców. Celem działania PARP jest rozwój małych i średnich firm w Polsce – powstawanie nowych podmiotów, podnoszenie kwalifikacji i wzrost potencjału, wzmocnienie pozycji konkurencyjnej w oparciu o innowacyjność i nowoczesne technologie, kształtowanie przyjaznego otoczenia biznesowego, tworzenie warunków do prowadzenia działalności gospodarczej. Realizując działania wspierające przedsiębiorców (a także: instytucje otoczenia biznesu, jednostki samorządu terytorialnego, uczelnie), PARP korzysta ze środków budżetu państwa oraz funduszy europejskich. Zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i po wejściu przez Polskę do Unii Europejskiej, PARP oferowała przedsiębiorcom wsparcie finansowe i szkoleniowo-doradcze. W latach 2007–2015 Agencja jest odpowiedzialna za realizację działań w ramach trzech ogólnopolskich programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka**, **Kapitał Ludzki** oraz **Rzeczny Wzrost Polski Wschodniej**.

Aby ułatwić przedsiębiorcom dostęp do informacji, PARP zainicjowała utworzenie **Krajowego Systemu Usług dla MSP (KSU)**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. PARP jest ponadto koordynatorem i członkiem jednego z 4 obecnych w Polsce konsorcjów sieci **Enterprise Europe Network**, w skład którego wchodzi ośrodki oferujące przedsiębiorcom nieodpłatne, kompleksowe usługi informacyjne, szkoleniowe i doradcze z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej, organizacji udziału w misjach i targach oraz świadczące pomoc w znalezieniu partnerów do współpracy gospodarczej i w transferze technologii.

Zaangażowanie PARP w międzynarodowe fora i organizacje zajmujące się wspieraniem przedsiębiorczości i innowacyjności (członkostwo w **TAFIE** Europejska Sieć Agencji Innowacyjnych oraz **IASP** Międzynarodowe Stowarzyszenie Parków Naukowo-Technologicznych i Stref Innowacji) przekłada się na jakość oferowanych usług i ich zbieżność ze światowymi tendencjami.

Agencja dysponuje 25 **specjalistycznymi portalami internetowymi i społecznościowymi**, oferującymi szkolenia e-learningowe, e-booki, transmisje ze spotkań szkoleniowych i konferencji, informacje nt. możliwości ubiegania się o wsparcie, bazy wiedzy, publikacje, wyniki badań.

Osoby zainteresowane uzyskaniem dostępnych w PARP informacji nt. programów wsparcia dla przedsiębiorców oraz instytucji otoczenia biznesu, mogą skorzystać z infolinii prowadzonej w ramach **Informatorium** PARP. Konsultanci udzielają informacji telefonicznie i mailowo oraz biorą udział w spotkaniach z zainteresowanymi wnioskodawcami.

Urząd Zamówień Publicznych (UZP) jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

- 1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
- 2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
- 3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
- 4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
- 5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
- 6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje.

PARP

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

tel.: + 48 22 432 80 80

faks: + 48 22 432 86 20

biuro@parp.gov.pl

www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93

0 801 332 202

info@parp.gov.pl

ISBN 978-83-7633-240-6

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

tel.: + 48 22 458 77 77

faks: + 48 22 458 77 00

www.uzp.gov.pl