

DORADCA WYKONAWCY

nr 08, sierpień 2015

ISSN 2392-0424

JAK WYGRAĆ PRZETARG

w numerze m.in.:

Korzystanie z obcego potencjału przy wykazywaniu warunków – kiedy wolno powołać się na zasoby innych podmiotów, aby spełnić wymogi zamawiającego, i jakie formalności się z tym wiążą **str. 1–4**

Postanowienia umowy o zamówienie dotyczące wynagrodzenia – jakie zapisy kontraktu stosowane przez zamawiających narażają wykonawców na straty **str. 5–6**

Katalog formalnych dokumentów, które powinien mieć każdy podmiot starający się o zamówienia publiczne **str. 7–8**

Wzór wyjaśnień wykonawcy związanych z rażąco niską ceną **str. 9**

Przy zamówieniu podzielonym na części wnosi się jedno odwołanie na wybór oferty **str. 10**

Podwykonawca musi rozliczać się z wykonawcą i nie może wystawić faktury bezpośrednio zamawiającemu **str. 10**

Zmiana nazwy wykonawcy nie uniemożliwia mu posługiwania się starymi referencjami **str. 11**

Zaświadczenie z ZUS można złożyć zamawiającemu w formie elektronicznego wydruku **str. 11**

Zamawiający powinien starać się ocenić nawet wadliwą ofertę, interpretując oświadczenia woli zgodnie z siwz **str. 12**

Wykonawca, który nie spełnia warunków, może powołać się na cudze zasoby

Przedsiębiorcy starający się o uzyskanie zamówienia publicznego muszą spełnić wiele wymogów opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Wśród nich znajdują się warunki udziału w postępowaniu, które organizator postępowania powinien każdorazowo doprecyzować i opisać. Wykonawca może spełnić warunki samodzielnie, zawiązując konsorcjum bądź za pomocą potencjału innych podmiotów – tzw. podmiotów trzecich. O tym, z jakich cudzych zasobów może korzystać oferent, aby wykazać, że spełnia wymogi dokumentacji przetargowej, jakie dokumenty ma wówczas obowiązek przedstawić zamawiającemu oraz o czym pamiętać, korzystając z tej możliwości, piszemy w dalszej części artykułu.

Stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) wykonawca może polegać na:

- wiedzy i doświadczeniu,
- potencjale technicznym,
- osobach zdolnych do wykonania zamówienia,
- zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów.

Możliwość powołania się na cudzy potencjał dotyczy zatem prawie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Tylko warunek polegający na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania) musi być spełniony samodzielnie przez wykonawcę lub wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Uprawnienie do powołania się na obcy potencjał przysługuje wykonawcy niezależnie od charakteru stosunku prawnego, jaki łączy go z podmiotem trzecim. Nie muszą być oni zatem powiązani formalnie czy kapitałowo. Ważne jest natomiast funkcjonowanie między nimi wiążącego, tj. możliwego do wyegzekwowania, zobowiązania. Dzięki temu dokumentowi zamawiający powinien być w stanie stwierdzić, czy potrzebny wykonawcy potencjał podmiotu trzeciego rzeczywiście zostanie mu powierzony w celu prawidłowego wykonania zamówienia.

Wykonawca, który korzysta z potencjału podmiotów trzecich, musi spełnić określone wymogi wskazane ustawą Pzp. Jest mianowicie zobowiązany:

- 1) udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia,
- 2) wykazać, że podmiot trzeci spełnia warunki.

Ciąg dalszy na str. 2

OD REDAKCJI



DROGI CZYTELNIKU

Na potrzeby składania ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert warto stale dysponować aktualnym katalogiem dokumentów formalnych firmy, takich jak np. odpis z KRS czy zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego. Zamawiający bowiem zazwyczaj wraz z ofertą wymaga określonych dokumentów i oświadczeń, aby sprawdzić, czy dany podmiot może zgodnie z prawem realizować zamówienie publiczne. O tym, jakie dokumenty skompletować i co jaki czas je uaktualniać, piszemy na str. 7–8. Zachęcam również do zapoznania się ze str. 1–4 publikacji, na których szczegółowo omawiamy zasady „pożyczania” sobie różnych zasobów w celu spełnienia warunków zamawiającego.

Justyna Rek-Pawłowska
redaktor naczelna

Doradca wykonawcy

Wydawca: **Rafał Duluk**

Redaktor naczelna: **Justyna Rek-Pawłowska**

Autor wzoru na str 9: **Małgorzata Skóra**

Koordynator produkcji: **Mariusz Jezierski**

Korekta: **Monika Rychalska**

Skład i łamanie: **IGAWA Ireneusz Gawliński**

Druk: **Miller Druk sp. z o.o.**

Nakład: **500 egz.**

Wydawnictwo Wiedza i Praktyka sp. z o.o.

03-918 Warszawa, ul. Łotewska 9a. Tel. 22 518 29 29, faks 22 617 60 10, e-mail: za@wip.pl, NIP: 526-19-92-256

Numer KRS: 0000098264 – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, Sąd Gospodarczy XIII Wydział Gospodarczy Rejestrowy. Wysokość kapitału zakładowego: 200.000 zł Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian i skrótów w nadesłanych artykułach i ich tytułach. Artykułów ani jakichkolwiek innych materiałów niezamówionych redakcja nie zwraca. Wszelkie prawa do niniejszej publikacji, w tym do jej tytułu oraz do treści zawartych w zamieszczonych w niej artykułach, podlegają ochronie prawnej przewidzianej w szczególności prawem autorskim. Ich przedruk oraz rozpowszechnianie bez wiedzy i zgody redakcji są zabronione. Zakaz ten nie dotyczy cytowania ww. materiałów w granicach dozwolonego użytku, z powołaniem się na źródło. Wszelkie materiały zawarte w niniejszej publikacji mają charakter wyłącznie popularyzacyjno-informacyjny i nie mogą być traktowane w sposób prawnie wiążący pomiędzy Czytelnikiem a wydawcą lub redakcją. Redakcja dokłada wszelkich starań, aby informacje i dane zamieszczone w tych materiałach były poprawne merytorycznie i aktualne, jednakże informacje te nie mają charakteru porady czy opinii prawnej, jako że wydawca ani redakcja nie świadczą żadnych usług prawnych. Nie mogą być one również traktowane jako oficjalne stanowisko organów i urzędów państwowych. Zastosowanie tych informacji w konkretnym przypadku może wymagać dodatkowych, pogłębionych konsultacji lub opinii prawnej. Wobec powyższego wydawca, redakcja, redaktorzy ani autorzy ww. materiałów nie ponoszą odpowiedzialności prawnej, w szczególności za skutki zastosowania lub wykorzystania w jakikolwiek sposób informacji zawartych w tych materiałach.

Informacje o prenumeracie:

tel.: **22 518 29 29**, e-mail: **cok@wip.pl**

Wykonawca, który nie spełnia warunków, może powołać się na cudze zasoby

Ciąg dalszy ze str. 1

Zobowiązanie do oddania zasobów

Pierwszym dokumentem, który powinien znaleźć się w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składanym przez wykonawcę, który korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, jest pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Dokument ten musi być jednoznaczny i nie może budzić wątpliwości co do tego, czy wykonawca, który go przedstawia, rzeczywiście dysponuje obcym potencjałem, a także w jakim zakresie nastąpiło jego przekazanie. Uprawnienie do dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego nie może być oparte na zobowiązaniu blankietowym, abstrakcyjnym, ogólnym, to

znaczy niezłożonym w związku z konkretnym postępowaniem.

Dokument zobowiązania powinien zostać podpisany przez osobę, która jest uprawniona do reprezentowania podmiotu trzeciego. Należy go przedstawić w oryginale. Jak wskazuje opinia Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) pt. „Forma zobowiązania podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp)”, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełnia wymogu formy pisemnej.

Rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów), umożliwia wprowadzenie posługiwanie się

Jak sformułować zobowiązanie do oddania zasobów

Wadliwe zobowiązanie	Prawidłowe zobowiązanie
Ja, niżej podpisany, będąc upoważniony do reprezentowania spółki (określenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasób), oświadczam, że udostępnię wykonawcy stosowną wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji zamówienia.	Ja, niżej podpisany, będąc upoważniony do reprezentowania spółki (określenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasób), oświadczam, że ww. podmiot: 1) odda wykonawcy (określenie podmiotu, któremu zasób zostanie oddany) zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w/w zakresie (określenie zasobu i zakresu udostępnienia); 2) wskazany wyżej w pkt 1 zasób będzie wykorzystywany przez wykonawcę przy realizacji zamówienia w następujący sposób/poprzez (określenie sposobu korzystania przez wykonawcę z udostępnianych zasobów przy realizacji zamówienia, np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje itp.); 3) spółka będzie brała udział w realizacji zamówienia publicznego na ... (określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) w zakresie realizacji (np. wszystkich robót budowlanych polegających na, wskazanie określonych robót/części robót budowlanych, etapów, zakresów prac itp.) przez okres (np. miesięcy, realizacji etapu/cały okres realizowania umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania itp.); 4) spółkę będzie łączył z wykonawcą stosunek oparty na, w ramach którego nastąpi udostępnienie wskazanego zasobu (informacja o charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę i spółkę, np. umowa przeniesienia itp.).

w postępowaniu kopiami dokumentów poświadczonymi przez wykonawcę. Odnosi się to jednak tylko do dokumentów wskazanych w tym rozporządzeniu, a nie tych wymienionych w ustawie Pzp (a tak jest w przypadku zobowiązania podmiotu trzeciego).

Jak potwierdzić warunki udziału w postępowaniu

Obok zobowiązania wykonawca, który korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, musi także udowodnić, że podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu. Stąd w zależności od opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków oferent będzie musiał przedstawić odpowiednie oświadczenia bądź dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego. Ich katalog określa zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, zaś w trybach, gdzie nie publikuje się ogłoszeń o zamówieniu – w zaproszeniu do negocjacji. Oczywiście nie mogą to być inne dokumenty niż wskazane w § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Są to np. wykaz robót budowlanych wraz z dowodami dotyczącymi najważniejszych robót określającymi, czy zostały one wykonane w należyty sposób, oraz wskazującymi, czy zrealizowano je zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończono. Może to być także wykaz głównych dostaw lub usług wraz z dowodami, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie bądź wykaz osób, sprawozdanie finansowe lub jego część, informacje z banku, jak również opłacona polisa OC. Wymienione oświadczenia i dokumenty będą dotyczyły podmiotu trzeciego. Inaczej niż w przypadku zobowiązania można przedstawić ich kopie. Należy jednak przy tym pamiętać, że to podmiot trzeci musi poświadczyć ich zgodność z oryginałem. Zgodnie bowiem z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy

ORZECZENIE

Z uchwały Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z 27 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 113/13) wynika, że aby udowodnić dysponowanie zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie wystarczy złożyć w poczet dokumentacji postępowania dokumentu zatytułowanego „zobowiązanie”, powielającego w swej treści brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Należy wykazać zamawiającemu za pomocą tego dowodu, że wykonawca rzeczywiście uzyska odpowiedni zasób. Wyraźna i jednoznaczna wola udostępnienia potencjału powinna się przejawiać we wskazaniu rodzaju zasobu, czasu oraz sposobu jego udostępnienia, jak też konkretnego wykonawcy i postępowania, do którego zobowiązanie jest składane.

Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Oczywiście oferent, który ubiega się o zamówienie publiczne, może niektóre warunki spełniać samodzielnie, a pozostałe – przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego. A zatem zobowiązanie powinno odnosić się do zasobu udostępnianego w celu spełnienia warunku, który jest wykazywany z pomocą podmiotu trzeciego. Taka sama sytuacja odnosi się do dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków.

Zamawiający może też wymagać innych dokumentów

Rozporządzenie w sprawie dokumentów daje też zamawiającemu podstawę do tego, by od wykonawcy, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, żądać jeszcze jednej grupy dokumentów. Zgodnie z § 1 ust. 6 rozporządzenia, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, polega na zasobach innych podmiotów, zamawiający, w celu oceny, czy oferent będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę

z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej – sprawozdania finansowego lub jego części, informacji z banku lub SKOK, opłaconej polisy OC, a także innych dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz,
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy realizacji zamówienia,
 - charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Należy pamiętać, że zakres tych dokumentów określa na podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów ogłoszenie o zamówieniu lub siwz. Zamawiający nie ma obowiązku ich żądania i to od niego zależy, czy ostatecznie postawi w tym zakresie wymogi. Wolno mu także poprzestać tylko na wybranych dokumentach. Ewentualne ich kopie musi również poświadczyć podmiot trzeci.

ORZECZENIE

KIO w wyroku z 11 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1253/13) zauważyła, że redakcja przepisu § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie pozostawia wątpliwości, iż kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te osoby trzecie. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio”, co zdaniem KIO wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci jest uzależnione od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.

Dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia

Wykonawca korzystający z zasobów innych podmiotów może też zostać zobowiązany do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego z postępowania. Zgodnie z § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do nich dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1–3 rozporządzenia. Są to:

- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualny odpis z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej,
- aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
- aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

Ale uwaga! Zamawiający może ich żądać tylko w sytuacji, kiedy podmiot trzeci, z pomocy którego korzysta wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Wymóg ich złożenia powinien wynikać z treści ogłoszenia o zamówieniu lub siwz.

4 ważne sprawy, o których należy pamiętać

Wykonawca, który korzysta z potencjału innego podmiotu, powinien także pamiętać o następujących kwestiach:

1. **Podmiot trzeci, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów.** Wyjątkiem jest sytuacja, w której nieudostępnienie zasobów nastąpiło nie z jego winy. Należy zwrócić uwagę, że zakres tej odpowiedzialności jest ograniczony tylko do szkody zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia zasobów, a nie za wykonanie umowy w sprawie zamówienia i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy – jak w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjów). Stąd decyzja podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału, który musi być w faktycznej dyspozycji wykonawcy, powinna być podjęta z dostatecznym rozeznaniem co do warunków udziału w postępowaniu oraz warunków realizacji zamówienia. Udostępnienie zasobów wiąże się bowiem obecnie z pewnym ryzykiem.
2. **Przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają ograniczeń związanych z udostępnianiem potencjału przez jeden podmiot kilku wykonawcom** biorącym udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W efekcie za dopuszczalną należy uznać sytuację, w której w jednym przetargu ten sam potencjał jednego podmiotu jest udostępniany kilku różnym wykonawcom składającym niezależne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty.
3. W przypadku trybów udzielania zamówień publicznych, w których istnieje możliwość ograniczenia

liczby zapraszanych wykonawców do udziału w dalszych etapach postępowania (w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym), **zamawiający może wprowadzić ograniczenia dotyczące korzystania z potencjału osób trzecich w celu prekwifikacji.** Wykonawca, który korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, nie jest w takiej sytuacji uprzywilejowany w stosunku do wykonawców, którzy są w stanie spełnić warunki uczestnictwa w postępowaniu samodzielnie. W efekcie w procedurze, w której dysponowanie danym potencjałem ponad wymagane minimum jest premiowane dodatkowymi punktami, wykonawca wykazujący spełnianie warunków na podstawie zdolności podmiotów trzecich nie otrzyma dodatkowych punktów.

4. Zobowiązanie osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą we własnym imieniu zawierające **oświadczenie tej osoby o udostępnieniu samej siebie na rzecz wykonawcy nie stanowi zobowiązania „innego podmiotu”** w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 14 października 2011 r., sygn. akt KIO 2106/11). Bezpośrednie dysponowanie osobami na podstawie umów cywilnoprawnych przez wykonawcę także nie jest sytuacją, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (wyrok KIO z 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1104/10).



Daniel Szczyński

radca prawny, kierownik wydziału zakupów w instytucji zamawiającej, w latach 2003–2006 pracownik UZP

W RAMACH PRENUMERATY KAŻDY CZYTELNIK OTRZYMUJE:



e-letter „Przetargi News”
raz w tygodniu prosto
na swoją skrzynkę e-mail



dostęp do archiwum
wydań na stronie
doradcawykonawcy.wip.pl



możliwość zadania
pytania redakcji na adres
doradcawykonawcy@wip.pl

Aby nie stracić na zamówieniu, należy szczególnie wnikliwie przeanalizować zapisy umowy dotyczące wynagrodzenia

Postanowienia kontraktu, zgodnie z którymi zamawiający ma prawo rozszerzyć zakres prac, nie płacąc za nie wynagrodzenia, oraz ograniczające odpowiedzialność zamawiającego w przypadku braku zapłaty w terminie, są dość powszechne. W skrajnych przypadkach tego rodzaju zapisy mogą doprowadzić wykonawcę na skraj bankructwa, a już z pewnością poważnie zachwiać jego kondycję finansową.

Aby realizacja umowy o zamówienie publiczne była opłacalna dla wykonawcy i w celu uniknięcia przykrych niespodzianek, warto zwrócić uwagę na niżej opisane postanowienia kontraktu.

Umowny zakres prac musi odpowiadać zapisom oferty

Zamawiający często przyznają sobie prawo do zmiany zakresu zamówienia w toku realizacji kontraktu. Wskazują, że wykonawca oprócz robót określonych w siwz jest zobowiązany zrealizować prace, które pojawiły się w wyniku zmian dokumentacji dokonanych podczas inwestycji.

Pamiętaj Inwestor, co do zasady, nie ma prawa zmieniać kontraktu w stosunku do treści oferty. Umówiony w nim zakres świadczenia wykonawcy powinien być zgodny z tym zaoferowanym podczas postępowania. Wyjątki od tej reguły są ściśle określone przepisami ustawy Pzp. I tak jej art. 144 dopuszcza taką zmianę, wyłącznie w przypadku gdy była ona przewidziana w ogłoszeniu lub siwz i jeśli zamawiający określił tam warunki modyfikacji.

Zamawiający często wskazują, że w zakres zamówienia wchodzi dokumentacja techniczna i roboty, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie realizacji umowy. Oto przykładowy zapis tego rodzaju: „Zamawiający ma prawo dokonać zmian postanowień kontraktu w stosunku do treści oferty w części dotyczącej zakresu rzeczowego przedmiotu kontraktu, jeżeli zmiany wynikają z okoliczności, których nie

można było przewidzieć w chwili zawarcia kontraktu lub są korzystne dla zamawiającego. Zmiany wprowadzone na podstawie niniejszej klauzuli nie będą rodziły uprawnień odszkodowawczych dla wykonawcy”.

Uwaga! Inwestor powołując się na takie postanowienia, może rozszerzyć zakres prac bez konieczności zwiększania wynagrodzenia. Będzie miał do tego prawo, jeśli umowa przewiduje ryczałt. Zgadzając się na tego typu wynagrodzenie, wykonawca powinien zdawać sobie sprawę, że w trakcie realizacji zamówienia oraz po jego wykonaniu nie będzie mógł żądać większej ceny. Ma on w takim przypadku jedynie prawo wystąpić do sądu o podwyższenie wynagrodzenia lub rozwiązanie umowy na zasadach wynikających z art. 632 § 2 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej: kc). Musi jednak wówczas udowodnić, że wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie prac groziłoby mu rażącą stratą. Sytuacja wygląda inaczej w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. Wówczas omawiane prace powinny być potraktowane jako roboty dodatkowe lub uzupełniające. Wykonawca powinien otrzymać za nie zapłatę na podstawie odrębnej umowy. Inne zapisy kontraktu będą niezgodne z prawem i powinny być przedmiotem odwołania.

Ponadto cytowane postanowienie narusza art. 144 ustawy Pzp i art. 353¹ kc. Zamawiający nie określa w nim bowiem żadnych warunków zmiany, które mogłyby umożliwić oszacowanie ryzyka związanego z ewentualną korektą zakresu umowy.

Równie niekorzystne dla wykonawcy będą zmiany umowy zmniejszające jej zakres rzeczowy. Ponosi on bowiem w związku z realizacją kontraktu pewne ogólne koszty m.in. zatrudnienia pracowników, podwykonawców i dostawców, organizacji zaplecza czy sprowadzenia i zakupu sprzętu. Przedsiębiorca jest w stanie oszacować te wydatki i podołać im, tylko wtedy gdy zna rozmiary i zakres prac oraz kiedy są one niezmiennie. Jeśli zamawiający może w sposób dowolny i nieograniczony zmniejszyć ilość przedmiotu zamówienia, ryzyko związane z koniecznością poniesienia stałych kosztów może okazać się wówczas dla wykonawcy zbyt wysokie.

Pamiętaj Jeżeli przedsiębiorca w wyniku zmniejszenia zakresu prac poniesie rzeczywistą szkodę, może wystąpić do sądu z roszczeniem o zwrot poniesionych nakładów. W tym przypadku warto powołać się na art. 354 kc, zgodnie z którym wierzyciel (w tym przypadku zamawiający) powinien wykonać swoje zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego społeczno-gospodarcemu celowi oraz zasadom współżycia społecznego.

Brak klauzul waloryzacyjnych może zaszkodzić wykonawcy

Niemal standardowo kontrakty nie dopuszczają korekty postanowień w przypadku zmiany przepisów. Takie zapisy mogą doprowadzić wykonawcę do znacznych strat finansowych. Zmiana umowy w trakcie jej wykonywania, w przypadku wejścia w życie nowych, nieznanych w momencie składania ofert regulacji prawnych, powinna być zawsze i w pełni dopuszczalna. Jest to ważne szczególnie w odniesieniu do okoliczności, na które żadna ze stron nie miała wpływu.

Warto pamiętać, że zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp umowy zawierane na okres dłuższy niż 12 miesięcy muszą zawierać postanowienia określające zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku modyfikacji stawki VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym bądź zdrowotnym, a także wysokości składki na takie ubezpieczenia. Oczywiście zmiana tych wartości musi pośrednio lub bezpośrednio wpływać na koszty wykonania zamówienia.

Pamiętaj Jeśli zamawiający, mimo spełnienia ustawowych przesłanek, nie wprowadzi stosownych zapisów o waloryzacji do umowy, wykonawca z mocy samego prawa będzie mógł żądać odpowiedniej zmiany zapłaty. Ma on wtedy roszczenie o waloryzację wynagrodzenia.

Ustawa Pzp zobowiązuje do formułowania klauzul waloryzacyjnych jedynie w zakresie trzech obszarów. Nadal więc zamawiający może pominąć w umowie zapisy dotyczące innych sytuacji np. wzrostu kosztów materiałów. Przedsiębiorcy pozbawieni prawa do waloryzacji cen powinni bardzo dokładnie przeanalizować ryzyko związane ze zmiennością wartości surowców i materiałów, jakie będą stosowane przy realizacji zamówienia.

Jeśli w umowie nie ma klauzul waloryzacyjnych, a nieprzewidywalna nadzwyczajna zmiana stosunków (np. nadzwyczajny wzrost cen paliw czy materiałów budowlanych) spowodowała, że spełnienie świadczenia groziłoby wykonawcy rażącą stratą, wówczas na podstawie art. 357¹ kc oferent może wystąpić do sądu z roszčeniem o wprowadzenie tzw. waloryzacji sądowej.

Ryzyko utraty dochodu

Zamawiający z reguły wykluczają prawo wykonawcy do roszczenia o umiarkowany zysk, w przypadkach kiedy jego

utrata jest efektem działań lub zaniechań po stronie inwestora. Pozbawienie przedsiębiorcy tego uprawnienia należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Takie ryzyko trzeba w kalkulować w cenę oferty. Wykonawca powinien w tym przypadku oszacować, jaki procent założonego przy wycenie oferty zysku może utracić, w przypadkach gdy to zamawiający narazi go na szkodę. Taka kalkulacja jest szalenie trudna, dlatego wskazane zapisy w szczególny sposób naruszają interes przedsiębiorcy.

Warto jednocześnie zauważyć, że pozycje w kosztorysach sporządzanych przez wykonawców zawierają w sobie skalkulowany zysk. Inwestor, w przypadku uwzględnienia swoich roszczeń, daje sobie umowne prawo do potrącania ich w całości. Podkreśla to dodatkowo brak równowagi w prawach stron na niekorzyść wykonawcy.

Odpowiedzialność zamawiającego za brak zapłaty

Kontrowersyjnym zapisem umów jest zastrzeżenie, iż inwestor jest zobowiązany do zapłaty odsetek za zwłokę w dokonywaniu płatności na rzecz wykonawcy, ale już nie za opóźnienie. Przepisy rozróżniają dwa rodzaje opóźnień w wykonaniu zobowiązań – zwykłe oraz kwalifikowane, czyli zwłokę.

Zwykłe opóźnienie wystąpi wówczas, kiedy świadczenie nie zostanie spełnione w terminie z niezależnych od dłużnika przyczyn. Ze zwłoką mamy do czynienia, wtedy gdy dłużnik nie wykonał zobowiązania na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Artykuł 481 § 1 kc stanowi: „Jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Przepis ten

obciąża dłużnika obowiązkiem zapłaty odsetek bez względu na przyczyny przekroczenia terminu płatności. Już sam fakt opóźnienia przesądza, że wierzycielowi należą się odsetki. Dłużnik jest zobowiązany je uiścić, nawet wtedy gdy wierzyciel nie poniósł szkody. Odmienne zapisy umowy naruszają prawa wykonawcy.

Kredytowanie zamawiającego przez wykonawcę

Należy zwrócić uwagę na często praktykowane przez inwestorów unikanie w kontrakcie o roboty budowlane klauzul dotyczących możliwości żądania przez wykonawcę gwarancji zapłaty za realizację prac. Takie działanie jest bezprawne. Artykuł 649² kc stanowi, że nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia generalnego wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty. Odstąpienie zamawiającego od umowy spowodowane żądaniem takiej gwarancji będzie bezskuteczne.

Pamiętaj Zapłata wynagrodzenia jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z umowy wzajemnej. Jakikolwiek opóźnienie lub wstrzymanie takiej płatności wiąże się z obowiązkiem zapłacenia wykonawcy odsetek za opóźnienie (art. 359 kc).

Inwestorzy, którzy realizują zamówienia współfinansowane ze środków unijnych, starają się również przerzucić na wykonawców ryzyko związane z ewentualnym cofnięciem lub wstrzymaniem dotacji. Pojawiają się w związku z tym zapisy umowne, w których zamawiający zastrzega sobie prawo np. do odroczenia w takich przypadkach płatności bez żadnych konsekwencji po swojej stronie.



Dominika Perkowska

prawnik, praktyk z wieloletnim doświadczeniem w dziedzinie zamówień publicznych, m.in. zastępca naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych w dużej instytucji zamawiającej, obecnie główny specjalista ds. zamówień publicznych w firmie wykonawczej

Zamawiający może sprawdzić, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu tylko za pomocą dokumentów z rozporządzenia

Każdy przedsiębiorca, który stara się o uzyskanie zamówień publicznych, powinien dysponować w swoim biurze katalogiem określonych, aktualnych dokumentów. Wśród nich są m.in. odpis z właściwego rejestru czy zaświadczenie z urzędu skarbowego o niezaleganiu z podatkami. Dokumenty te zachowują ważność przez określony przepisami czas, a zatem należy dbać o ich uaktualnianie. W tekście piszemy o tym, jakie dokumenty zgromadzić, aby mieć gotową „teczkę” potwierdzającą brak podstaw do wykluczenia z postępowania, i co jaki czas ją uaktualniać.

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu z postępowania,
- 2) spełniają postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie tych okoliczności zamawiający może żądać dokumentów określonych przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Przesłanki wykluczenia z postępowania

Zanim wykonawca podejmie decyzję o tym, by wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien upewnić się, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z procedury. Wymienia je art. 24 ustawy Pzp. I tak, z postępowania o udzielenie zamówienia obowiązkowo wyklucza się pokrótce m.in.:

- wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono (nie dotyczy to podmiotów, które zawarły układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli nie przewiduje on zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego);
- wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne (nie dotyczy podmiotów, które uzyskały zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu);
- osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo:
 - popełnione w związku z postępo-

waniem o udzielenie zamówienia,

- przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową,
- przeciwko środowisku,
- przekupstwa,
- przeciwko obrotowi gospodarczemu,
- popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych,
- skarbowe,
- udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
- spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za którekolwiek wymienione powyżej przestępstwo;
- spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za którekolwiek wymienione powyżej przestępstwo;
- spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za którekolwiek wymienione powyżej przestępstwo;
- osoby prawne, których zarządzającego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za którekolwiek wymienione powyżej przestępstwo;
- podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
- wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału

w tym samym postępowaniu (chyba że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu).

Dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia

W celu wykazania niepodlegania wykluczeniu w opisanych okolicznościach wykonawca zobowiązany jest złożyć dokumenty wyszczególnione przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia dowolnych oświadczeń czy dokumentów. Ograniczają go w tej mierze przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Pamiętaj Nie wszyscy zamawiający i nie we wszystkich okolicznościach żądają złożenia pełnego katalogu dokumentów. W postępowaniach prowadzonych w procedurze uproszczonej, zwanej również krajową (tj. takich, których wartość przedmiotu zamówienia w zależności od rodzaju zamawiającego nie przekracza 134.000/207.000 euro dla dostaw i usług oraz 5.186.000 euro dla robót budowlanych), zamawiający często, poprzestają jedynie na żądaniu od wykonawcy oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W postępowaniach o wyższej wartości, tj. takiej, która jest równa lub przekracza wskazane kwoty, zamawiający jest zobligowany żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu.

Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie wykonawca ma dostarczyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, zawiera ogłoszenie o zamówieniu oraz siwz. Dokumenty, jakie przedstawi wykonawca, zależą częstokroć od formy prawnej, w jakiej prowadzi on działalność (przedstawia je

tabela nr 2). Złożenie jednak niektórych oświadczeń i dokumentów jest niezależne od rodzaju podmiotu uczestniczącego w procedurze i są to doku-

menty wyszczególnione w tabeli nr 1. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjów) oświadczenia i doku-

menty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu składa każdy z wykonawców – członków konsorcjum.

Tabela nr 1. Dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia składane przez wykonawców niezależnie od formy prawnej prowadzonej przez nich działalności

Rodzaj dokumentu	Okres ważności
oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu	aktualne na dzień składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu
zaświadczenie z urzędu skarbowego	wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert/wniosków
zaświadczenie z ZUS lub KRUS*	wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert/wniosków
lista podmiotów należących do tej samej co wykonawca grupy kapitałowej albo informacja o braku przynależności do takiej grupy (obowiązek złożenia tego oświadczenia wynika wprost z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, nie zaś z rozporządzenia w sprawie dokumentów)	aktualne na dzień składania ofert/wniosków
* jeżeli wykonawca jest osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej i nie pozostaje z inną osobą fizyczną w stosunku prawnym uzasadniającym objęcie tej osoby ubezpieczeniami społecznymi – nie jest płatnikiem składek, a w związku z tym nie może złożyć zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami, wydawanego na wniosek płatnika składek; zamiast tego może natomiast przedstawić zaświadczenie, że nie figuruje w Centralnym Rejestrze Płatników	

Tabela nr 2. Dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania zależne od formy prawnej działalności wykonawcy

Rodzaj dokumentu	Podmiot zobowiązany do złożenia	Okres ważności
odpis z Krajowego Rejestru Sądowego	spółka jawna spółka partnerska spółka komandytowa spółka komandytowo-akcyjna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka akcyjna	Wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert/wniosków
informacja z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej	osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą	
informacja z Krajowego Rejestru Karnego (dalej: KRK) w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4–8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp	osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej	
	osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą	
	wspólnik spółki jawnej	
	partner lub członek zarządu spółki partnerskiej	
	komplementariusz spółki komandytowej	
	komplementariusz spółki komandytowo-akcyjnej	
	urzędujący członek zarządu spółki z o.o.	
	urzędujący członek zarządu spółki akcyjnej	
informacja z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp	spółka jawna spółka partnerska spółka komandytowa spółka komandytowo-akcyjna spółka z o.o. spółka akcyjna	

Wykonawca składa dokumenty w oryginale albo kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do jego reprezentacji. Powinien on również dbać o aktualność składanych dokumentów. Termin ich ważności wynika wprost z przepisów przytoczonego wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jest to istotne również z punktu widzenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp regulującego obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów. W sytuacji gdy wykonawca nie złoży któregoś z opisanych dokumentów (a był on żądany), zamawiający będzie zobowiązany wezwać go do jego uzupełnienia. Istotne, aby złożone na wezwanie dokumenty potwierdzały stan zaistniały nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wielu wykonawców, mając na względzie możliwość uzupełnienia dokumentów, składa niekompletne oferty lub wnioski, dając sobie w ten sposób czas na uzyskanie niezbędnych dokumentów. W konsekwencji, w przypadku dokumentów urzędowych, o których wystawienie wykonawca będzie wnioskował po upływie terminu składania ofert bądź wniosków, oferent powinien zaznaczyć we wniosku, że chodzi o potwierdzenie jego sytuacji w danej dacie. Nie będzie to możliwe w przypadku zaświadczeń z KRS, które zawsze potwierdzają stan w dniu złożenia wniosku o wydanie dokumentu. Mając świadomość braku zaświadczenia z KRS, wykonawca powinien wystąpić o jego wydanie najpóźniej w dniu składania ofert lub wniosków.



Agata Hryc-Ląd

doświadczony praktyk w dziedzinie zamówień publicznych, doradca, członek Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, obecnie główny specjalista w dużej instytucji zamawiającej

Przykładowe pismo wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny

Warszawa, 2015 r.

Znak pisma: WYK/345/15

Od:

Pan Tomasz Praski

Członek Zarządu

XYZ

ul.

45-324 Opole

Do:

Zamawiający

Ministerstwo

XYZ

ul.

00-999 Warszawa

Dotyczy: Postępowania na prowadzonego w trybie (nr postępowania: ZP/AJX 245/2015)

W nawiązaniu do pisma znak z dnia w sprawie wezwania dotyczącego tematu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pragnę wyjaśnić, co następuje.

Nasza firma od kilkunastu lat jest dystrybutorem urządzeń marki XXX w Polsce i posiada duże doświadczenie w realizacji dostaw, w tym także dla Zamawiającego. Zgodnie z zawartą przez nas umową należy podkreślić, że od 2013 roku nasze firmy łączy partnerstwo strategiczne, co potwierdza oświadczenie firmy XXX, które przedstawiam jako załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Dzięki łączącym nas relacjom oraz w związku z priorytetowym charakterem prowadzonego przez Państwa postępowania, uzyskaliśmy bardzo duże wsparcie finansowe oraz logistyczne od firmy polegające na

Na potwierdzenie załączam umowę z dnia 2015 r. pomiędzy naszą firmą a firmą XXX, na mocy której otrzymaliśmy jako jedyny dystrybutor w Polsce rabat w wysokości ...% oraz wyłączność na dostawy i materiały eksploatacyjne. Dodatkowo firma XXX wsparła również ten projekt od strony gwarancji, oferując 36-miesięczny okres gwarancji oraz dodatkowe limity wydajnościowe na poszczególne podzespoły. Dążenie do uzyskania jak najniższych kosztów eksploatacji urządzeń jest kluczowym elementem polityki XXX, co – biorąc pod uwagę rozmiar zamówienia, którego zamierza udzielić Zamawiający – zaowocowało niezwykle korzystnymi warunkami dostawy oraz szczególnie dużym wsparciem w zakresie cen części zamiennych do oferowanych urządzeń. Wynegocjowane u producenta ceny na urządzenia i materiały eksploatacyjne zostały wskazane w załączniku nr 2 do niniejszego pisma.

Dodatkowo należy podkreślić, że zgodnie z opisem zamówienia zawartym w siwz cena za dostawę urządzeń razem z oprogramowaniem stanowi około 33% całkowitej ceny brutto oferty, a wartość usług to około 67% jej ceny. W konsekwencji największy wpływ na wartość całkowitą oferty ma wycena usługi serwisowej. Nasza firma ma największą bazę serwisową w Polsce. Powoduje to ograniczenie kosztów ewentualnych usług reklamacyjnych związanych z wysłaniem i odbiorem uszkodzonego sprzętu. Dodatkowo z uwagi na to, że nasze centra usługowe są zlokalizowane w małych miejscowościach, ograniczamy koszty własne (w tym osobowe).

Reasumując, na niezwykle atrakcyjną cenę naszej oferty miało wpływ:

- uzyskanie dużego wsparcia finansowego i logistycznego od firmy XXX, która jest producentem zaoferowanych urządzeń, z uwagi na posiadany status dystrybutora i strategicznego partnera w Polsce,
- uzyskanie od koncernu XXX wsparcia w zakresie gwarancji, limitów wydajnościowych na podzespoły i materiały eksploatacyjne oraz w zakresie cen części zamiennych do zaoferowanych urządzeń,
- istniejące zaplecze serwisowe pokrywające terytorium Polski.

Powyższe okoliczności miały bezpośredni wpływ na obniżenie cen za serwis w przeliczeniu na stronę A4 we wszystkich segmentach zaoferowanych urządzeń, a zatem także na możliwość obniżenia całkowitej ceny za serwis, co w konsekwencji przełożyło się na ostateczną cenę naszej oferty.

Pragnę również podkreślić, że nasza firma zrealizowała dla Zamawiającego kilkanaście umów na dostawę i eksploatację drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z gwarancją, przez co znane nam są koszty usług serwisowych w umowach o porównywalnych parametrach. Mając na uwadze powołane wyżej indywidualne uwarunkowania (zaplecze serwisowe pokrywające geograficznie terytorium Polski, strategiczne partnerstwo z producentem zaoferowanych urządzeń, posiadane doświadczenie w świadczeniu usług podobnego rodzaju i relacje z producentem oferowanych urządzeń, sposób zarządzania przedsiębiorstwem, ilość świadczonych jednocześnie usług – skalę działalności), wykonanie zamówienia za taką cenę będzie dla nas atrakcyjne finansowo nawet w przypadku niewielkiej marży 0,3%, jaką zaproponowaliśmy w naszej ofercie. Przy zakresie przedmiotowego zamówienia nasze zyski zostały skalkulowane na kwotę 1.567.000 zł w skali roku.

W załączeniu przekazuję zestawienie wszystkich poniesionych kosztów, jak również sposobu i zakresu, w jakim obniżenie cen przez firmę XXX miało wpływ na obniżenie zaoferowanej ceny, oraz dowody potwierdzające, podnoszone przez nas okoliczności.

Mam nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia upewnią Państwa, iż zaoferowana cena jest rynkowa, i zachęcą do przyszłej owocnej współpracy przy realizacji zamówienia.

Z poważaniem
Tomasz Praski

.....

Przy zamówieniu publicznym podzielonym na części wnosi się jedno odwołanie na wybór oferty

PYTANIE Przetarg, w którym bierzemy udział, jest podzielony na dwie części. Odwołujemy się od wyboru ofert w obydwu pakietach. Czy w takim przypadku musimy złożyć dwa odwołania i wpłacić podwójny wpis?

ODPOWIEDŹ

Nawet jeśli zakupy są podzielone na części, to mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Odwołanie (jedno) wnosi się zaś w zakresie danego zamówienia, niezależnie od tego, czy wyodrębniono w nim części, i bez względu na ewentualną ich liczbę.

WYJAŚNIENIE

Fakt, iż niezależnie od technicznego podzielenia zamówienia na części, wciąż jest to jedno zamówienie i postępowanie, potwierdza brzmienie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Przewiduje on, że w przypadku gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość części.

Nietrafny jest zatem wniosek, iż wobec podziału zamówienia mamy do czynienia

z odrębnymi czynnościami wyboru najkorzystniejszej oferty, na które z osobna należy się odwoływać. Warto przy tym zwrócić uwagę na art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z nim wykonawca może złożyć jedną ofertę. Z kolei stosownie do art. 83 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. W takiej sytuacji wykonawca może wnieść oferty na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części, o które wolno się ubiegać. W myśl natomiast art. 93 ust. 2 ustawy Pzp przepisy o unieważnianiu postępowania stosuje się odpowiednio do unieważnienia w części procedury udzielenia zamówienia, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Z treści tych przepisów wynika postrzeganie ofert częściowych jako składanych w jednym postępowaniu. To nakazuje trak-

tować je jako czynności jednej procedury, a nie odrębnych, samodzielnych postępowań, w ramach których przysługiwałyby oddzielne środki ochrony prawnej.

Podobnie rzecz ma się z opłatą za odwołanie. Przyjęcie stanowiska, że w razie wniesienia odwołania od wyboru oferty w każdej z części należy kilka razy uiścić wpis w wysokości pochodnej od wartości całego zamówienia, prowadziłoby do nadmiernego nieuzasadnionego pobierania tej opłaty. Powyższe potwierdza np. wyrok KIO o sygn. akt KIO 2407/10.

■ Podstawa prawna

art. 32 ust. 4, art. 82 ust. 1, art. 83 ust. 2 i 3, art. 93 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Renata Dzikowska

radca prawny specjalizujący się przede wszystkim w prawie zamówień publicznych, naczelnik w Departamencie Kontroli UE Urzędu Zamówień Publicznych

Autorka zastrzega, że treść odpowiedzi to jej prywatna opinia, a nie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Podwykonawca musi rozliczać się z wykonawcą i nie może wystawić faktury bezpośrednio zamawiającemu

PYTANIE Jesteśmy wykonawcą – jednostką budżetową – biorącym udział w przetargu na wynajem sali oraz usługę wyżywienia. Podwykonawcą, który zapewni wyżywienie, będzie restauracja. My nie możemy wystawić faktury za taką usługę, gdyż jej nie świadczymy. Czy rachunek za wynajem sali może sporządzić wykonawca, a za żywienie podwykonawca?

ODPOWIEDŹ

Restauracja, jako podmiot niemający statusu wykonawcy, nie może wystawić zamawiającemu rachunku za realizację części prac.

WYJAŚNIENIE

Wykonawcą jest osoba fizyczna lub prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę

w sprawie zamówienia. Przez zamówienia publiczne należy rozumieć odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą. Ich przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Na podstawie zawartej umowy i należyć zrealizowanego zamówienia wykonawca dostarcza fakturę. Jeśli restauracja nie jest w postępowaniu wykonawcą, a więc stroną umowy, nie może wysta-

wić zamawiającemu rachunku za zrealizowaną część zamówienia. Istnieje jednak inne rozwiązanie. Restauracja, jako podwykonawca, może dostarczyć fakturę wykonawcy na podstawie umowy o podwykonawstwo. Ten z kolei przedstawi zamawiającemu rachunek za całość przedmiotu umowy.

■ Podstawa prawna

art. 2 pkt 9b, art. 11 i 12 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Mariola Kubicka

audytor wewnętrzny w instytucji zamawiającej, wieloletni praktyk w dziedzinie zamówień publicznych

Zmiana nazwy wykonawcy nie uniemożliwia mu posługiwania się w przetargach starymi referencjami

PYTANIE Zmieniliśmy nazwę naszej spółki oraz siedzibę. Jednak z pełnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, iż jesteśmy tym samym podmiotem. Czy w takiej sytuacji zamawiający powinien uznać nasze doświadczenie i poświadczenia oraz referencje wystawione na poprzednią nazwę spółki?

ODPOWIEDŹ

Jeśli zmieniona została jedynie nazwa i siedziba firmy, to jest to nadal ten sam podmiot prawny, który nabył wiedzę oraz doświadczenie potwierdzone referencjami, poświadczeniami czy innymi dowodami. Zamawiający ma więc obowiązek uznać referencje wystawione na poprzednią nazwę spółki.

WYJAŚNIENIE

Zmiana firmy czy siedziby spółki nie należy do rzadkości w obrocie prawnym. Firmą osoby prawnej jest jej nazwa. Firma zawierać musi określenie formy prawnej danego podmiotu, które może być podane w skrócie, a ponadto może wskazywać na przedmiot działal-

ności, siedzibę osoby prawnej oraz inne dowolnie obrane określenia.

Modyfikacja brzmienia firmy nie powoduje zmiany samego podmiotu prawa, który zachowuje swój dotychczasowy byt i tożsamość. W takim przypadku mamy do czynienia z identycznością podmiotu, jego ciągłością, a zmienione zostaje tylko samo jego oznaczenie, które nie powoduje materialnoprawnych zmian w stosunkach z osobami trzecimi (stanowisko Sądu Rejonowego w Skierniewicach IV Wydział Pracy, zawarte w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Łodzi VII Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 13 października 2014, sygn. akt VII Pz 80/14).

ORZECZENIE

Zespół Arbitrów w wyroku z 27 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/20/0–305/07) odniósł się do sytuacji, w której podmiot składający ofertę w trakcie trwania postępowania zmienił nazwę. Orzekł mianowicie, że poprzez zmianę nazwy firmy (spółki) nie doszło do ustania jej bytu prawnego. Spółka ze zmienioną nazwą jest beneficjentem wszelkich praw i obowiązków, jakie posiadała, zanim jej firma została zmodyfikowana.

Podstawa prawna

art. 43³ i następne ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.).



Renata Dzikowska

radca prawny specjalizujący się w prawie zamówień publicznych, naczelnik w Departamencie Kontroli UE Urzędu Zamówień Publicznych

Autorka zastrzega, że treść odpowiedzi to jej prywatna opinia, a nie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych można złożyć zamawiającemu w formie elektronicznego wydruku

PYTANIE Złożyliśmy w przetargu zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu ze składkami w formie elektronicznego wydruku. Zamawiający umieścił w siwz zapis: „dokumenty wymienione w rozdziale 11 (m.in. zaświadczenie z ZUS) powinny być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii poświadczonych przez wykonawcę za zgodność z oryginałem”. Poświadczyliśmy oczywiście zgodność wydruku z oryginałem. Czy zamawiający powinien uwzględnić dokument w takiej formie?

ODPOWIEDŹ

Dołączenie do oferty zaświadczenia z ZUS wygenerowanego elektronicznie i podpisanego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jest dopuszczalne.

WYJAŚNIENIE

Zaświadczenie właściwego oddziału ZUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, można uzyskać drogą elektroniczną. Może być ono wydane na wniosek płatnika składek w postaci dokumentu elektronicznego w formie pliku .xml.

W takiej sytuacji zaświadczenie będzie opatrzone kwalifikowanym podpisem uprawnionej do jego wydania osoby. Wzór takiego dokumentu elektronicznego dla zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek można znaleźć na stronie http://epuap.gov.pl/wps/portal/E2_CRD.

Aby uzyskać pewność, że dołączone do oferty zaświadczenie jest autentyczne, zamawiający może skorzystać z wyszukiwarki na stronie internetowej <https://ssl.zus.pl/zn/>, wpisując numer wydanego zaświadczenia, typ identyfikatora

płatnika, identyfikator płatnika oraz datę wydania zaświadczenia.

Zgodnie z ustawą z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone.

Podstawa prawna

art. 76 § 1 ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 267).



Renata Dzikowska

radca prawny specjalizujący się w prawie zamówień publicznych, naczelnik w Departamencie Kontroli UE UZP

Autorka zastrzega, że treść odpowiedzi to jej prywatna opinia, a nie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający powinien starać się ocenić nawet wadliwą ofertę, interpretując oświadczenia woli zgodnie ze specyfikacją

TEZA Ominięcie w treści oferty informacji istotnych dla jej oceny, co do zasady, stanowi poważną jej wadę i prowadzi do jej odrzucenia. Jednak w pewnych okolicznościach można przyjąć metody działania, które – pomimo takiego braku – umożliwią ocenę oferty przy wykorzystaniu zasad interpretacji oświadczenia woli oraz logiki. Przy jasno i dokładnie określonych wymogach czy parametrach minimalnych bądź maksymalnych ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert może okazać się, że taką lukę da się w sposób obiektywny uzupełnić. Wówczas zamawiający zamiast odrzucić ofertę, będzie mógł przyznać jej określoną (zazwyczaj minimalną) liczbę punktów w kryterium (wyrok KIO z 12 marca 2015 r.; sygn. akt KIO 380/15).

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający ustalił w postępowaniu termin wykonania zamówienia na 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy czym etapy I–IV umowy miały zostać zrealizowane w terminie do 9 miesięcy od dnia jej podpisania. W odniesieniu do kryterium terminu przewidział następujące możliwości wyboru oraz punktację: 3 punkty za termin 7 miesięcy, 2 punkty za termin 8 miesięcy oraz 1 punkt za termin 9 miesięcy. Wskazał też, że termin realizacji będzie liczony w pełnych miesiącach, a warunkiem bezwzględny jest czas maksymalny 9 miesięcy.

Zamawiający odrzucił ofertę i unieważnił procedurę

W ofercie wykonawcy X termin realizacji etapów I–IV pozostał nieskreślony (i niezaznaczony w inny sposób). Zamawiający uznał w związku z tym, że odwołujący nie przedstawił żadnej propozycji w tym zakresie, i odrzucił jego ofertę. Powołał przy tym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając swoją czynność okolicznością, że wykonawcy byli zobowiązani skreślić w formularzu oferty te terminy, których nie oferowali, pozostawiając niezakreślony oferowany termin realizacji. W konsekwencji zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że wszystkie pozostałe oferty przewyższają kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na realizację

zamówienia. Wykonawca X wniósł odwołanie na jego czynność.

STANOWISKO KIO

Izba ustaliła, iż nie określając terminu realizacji, wykonawca doprowadził do sytuacji, w której zamawiający nie był w stanie w obiektywny sposób ocenić jego oferty. Nie mógł też poprawić tego przeoczenia jako omyłki, gdyż zaoferowany termin realizacji zamówienia nie wynikał z żadnego innego dokumentu w ofercie. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień było również niedopuszczalne. Mogłoby bowiem doprowadzić do niezgodnej z ustawą Pzp zmiany treści oferty po otwarciu ofert. W konsekwencji zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewidział w siwz procedury postępowania, na wypadek gdyby zaszła sytuacja, w której wykonawca nie zaznaczył żadnej z opcji.

Pamiętaj Skład orzekający stwierdził, iż oczywiście jest, że wykonawca składając ofertę, jednocześnie godzi się na spełnienie bezwzględnych wymagań zamawiającego – inaczej składanie oferty nie miałoby sensu.

Należało odwołać się do postanowień specyfikacji

Zamawiający wskazał w siwz maksymalny i minimalny termin realizacji zamówienia, jaki mógł zaoferować

wykonawca w postaci trzech opcji: 7, 8 lub 9 miesięcy. Jednocześnie wymóg wykonania umowy w zakresie etapów I–IV w terminie 9 miesięcy był bezwzględny. Wykonawca nie mógł go zmienić i gdyby nawet w formularzu oferty nie było takiego zapisu, oczywiście byłoby, że składając ofertę, wykonawca zgadza się na zawarcie umowy na warunkach określonych w siwz, czyli na wykonanie jej w ciągu 48 miesięcy, a etapów I–IV w ciągu 9 miesięcy.

Zamawiający mógł więc, zdaniem KIO, przyjąć, iż należy ocenić termin 9 miesięcy i tym samym przyznać wykonawcy 1 punkt. Tak przyznana minimalna liczba punktów w żaden sposób nie uprzywilejowywała wykonawcy w stosunku do konkurentów. Jeśli z kolei otrzymałby on niższą ocenę, niż potencjalnie mógłby uzyskać, to wynikałoby to wyłącznie z jego winy i tym samym nie dawało podstaw do domagania się przez niego większej liczby punktów.

Zdaniem Izby zaistniała wada oferty nie była wadą nieusuwalną, a sama oferta mogła zostać oceniona na 1 punkt. KIO wskazała, że to do zamawiającego należy w takiej sytuacji decyzja, czy wystarczy mu wskazanie uzasadnienia tej metody w uzasadnieniu oceny oferty, czy też postanowi poprawić zaistniały brak na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego pierwsza opcja była lepsza.

Wskazówka Izby dla zamawiających

W ramach podsumowania KIO podkreśliła, że warto, aby zamawiający już w siwz opisywał sposób oceny ofert w przypadku ich wad w zakresie wymaganych deklaracji co do parametrów i wymogów podlegających ocenie (np.: „W przypadku gdy wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji, zamawiający uzna, iż zadeklarował termin wykonania zamówienia 9 miesięcy”).