

DORADCA WYKONAWCY

nr 06, czerwiec 2015

ISSN 2392-0424

JAK WYGRAĆ PRZETARG

w numerze:

Jak w praktyce uzyskać dostęp do dokumentacji postępowania – terminy ujawnienia poszczególnych dokumentów, reguły sporządzania wniosku o udostępnienie, koszty uzyskania dokumentów **str. 1–3**

Ubieganie się o zamówienie w ramach konsorcjum – zasady łączenia zasobów poszczególnych konsorcjantów i ich ocena przez zamawiającego **str. 4–6**

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy – kiedy i w jaki sposób zamawiający może pobrać pieniądze z zabezpieczenia wpłaconego przez wybranego wykonawcę **str. 7–8**

Kalkulacja ceny ofertowej – zasady bezpiecznej wyceny oferowanych robót budowlanych w zależności od przyjętej formy wynagrodzenia **str. 9–10**

Kopię odwołania można przesłać zamawiającemu po godzinach pracy jego jednostki **str. 11**

Zaległości w opłacie lokalnych podatków wykluczają z postępowania **str. 11**

Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie musi uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca **str. 12**

Wykonawca nie musi wskazywać stawki VAT, jeśli zamawiający nie wymaga tego w dokumentacji postępowania **str. 12**

Zasady dostępu do ofert konkurentów

Bardzo często zdarza się, że zamawiający oceniając złożone przez wykonawców dokumenty, popełnia błędy. To z kolei skutkuje tym, iż w postępowaniu wybiera ofertę, która wcale nie jest najkorzystniejsza bądź zawiera nieprawidłowości będące podstawą jej odrzucenia. Jeśli wykonawcy szczególnie zależy na wygraniu przetargu, powinien każdorazowo już po złożeniu ofert przeanalizować dokumenty konkurencji. W ten sposób będzie mógł nadzorować proces wyboru oferenta i w odpowiednim terminie reagować na błędne działania zamawiającego. W poniższym tekście można przeczytać o zasadach dostępu do dokumentacji przetargowej, terminach ujawniania poszczególnych dokumentów oraz związanych z tym kosztach.

Zgodnie z ogólną zasadą uregulowaną w art. 8 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Reguła ta odnosi się do całej dokumentacji postępowania, a więc obejmuje: wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty oraz inne składane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu dokumenty i informacje (np. wyjaśnienia treści ofert, wyjaśnienia ceny czy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także zgodę na poprawienie omyłek w treści oferty).

Wykonawca może zastrzec jawność niektórych informacji

Możliwość wglądu w dokumenty konkurentów nie dotyczy oczywiście tych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Aby jednak dane informacje mogły zostać utajnione, wykonawca przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musi złożyć odpowiednie zastrzeżenie o zakazie udostępniania danych. Ma jednocześnie obowiązek wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie są tajemnicą przedsiębiorstwa.

O tym, co może być objęte taką tajemnicą, stanowi art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tą regulacją przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje:

- techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne – posiadające wartość gospodarczą,
- które nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości,
- co do których wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Nie wolno przy tym utajnić nazwy i adresu wykonawcy, ceny oferty, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i zawartych w ofercie warunków płatności (art. 8 ust. 3, art. 86 ust. 4 ustawy Pzp). W praktyce wykonawcy często nadużywają uprawnienia do zastrzegania tajności dokumentów, tj. utajniają informacje niespełniające warunków opisanych na poprzedniej stronie. Z tego powodu zamawiający ma zawsze obowiązek badać, czy zastrzeżenie zostało dokonane w uprawniony sposób. Jeśli tak nie było, powinien ujawnić dokumenty.

Ciąg dalszy na str. 2

OD REDAKCJI



DROGI CZYTELNIKU

Sposób wyceny przedmiotu zamówienia, którą podajemy w ofercie, zależy w dużej mierze od rodzaju przyjętego przez zamawiającego wynagrodzenia. W przypadku ryczału znacznie bardziej szczegółowo należy przeanalizować dokumentację przekazaną przez inwestora i dokładnie wszystko sprawdzić. W przeciwnym razie możemy stracić na realizacji zamówienia. Niezależnie natomiast od tego, czy cena ma charakter kosztorysowy czy ryczałtowy, w wynagrodzeniu za roboty budowlane trzeba uwzględnić koszty pośrednie, dodatkowe i ogólne. Jak sporządzić kosztorys, jakie wydatki uwzględnić przy wycenie oraz na co szczególnie uważać, dokonując kalkulacji, piszemy na str. 9–10.

Zapraszam do lektury

Justyna Rek-Pawłowska
redaktor prowadząca

Doradca wykonawcy

Wydawca: **Katarzyna Czech**

Redaktor naczelny: **Justyna Rek-Pawłowska**

Koordynator produkcji: **Mariusz Jezierski**

Korekta: **Monika Rychalska**

Skład i łamanie: **IGAWA Ireneusz Gawliński**

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

Nakład: **1000 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: 000098264 – 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**

Zasady dostępu do ofert konkurentów

Ciąg dalszy ze str. 1

Jeśli zamawiający odmawia udostępnienia zastrzeżonych dokumentów innemu wykonawcy, a ten uważa, że jego konkurent bezprawnie utajnił informacje, może złożyć odwołanie (z zarzutem naruszenia art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Możliwość ta dotyczy jedynie procedur nadprogowych (tj. przekraczających wartość 134.000/207.000/414.000 euro – dla dostaw lub usług albo 5.186.000 euro – dla robót budowlanych).

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), termin na wniesienie tego odwołania biegnie nie od momentu otwarcia ofert czy złożenia wniosku o udostępnienie oferty, której dotyczy tajemnica (odwołanie byłoby przedwczesne) – wyrok KIO z 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 95/14. Liczy się go, co do zasady, od poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wyjątkiem jest sytuacja, w której zamawiający wcześniej zawiadomi wnioskodawcę, że zbadał zasadność zastrzeżenia tajemnicy i odmawia odtajnienia dokumentów. Wówczas termin liczymy od dnia przekazania informacji o wyborze oferty lub otrzymania informacji o odmowie utajnienia dokumentów (wyrok KIO z 2 września 2013 r., sygn. akt KIO 2009/13; wyrok KIO z 15 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1380/14).

Od kiedy dokumenty są jawne

Zgodnie z obowiązującymi przepisami poszczególne dokumenty udostępnia się w różnych terminach. Różne zasady dotyczą:

- wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (składane w pierwszym etapie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego),
- ofert,
- ofert wstępnych (składanych przed negocjacjami w negocjacjach z ogłoszeniem),
- pozostałych dokumentów.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegają udostępnieniu od dnia poinformowania wykonawców przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków.

Oferty są jawne już od chwili ich otwarcia (co następuje w ustalonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz – terminie), a oferty wstępne od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert (ostatecznych), które odbywa się po zakończeniu negocjacji.

Pozostałe dokumenty – stanowiące załączniki do protokołu postępowania – są udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp).

Jak wynika z § 5 ust. 5 rozporządzenia z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający ma obowiązek udostępniać dokumenty, co do których powstał już obowiązek ich ujawnienia, niezwłocznie. Przepis stanowi jednak, że w wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku badania i oceny dokumentów, zamawiający udostępnia oferty lub wnioski w wyznaczonym przez siebie terminie, nie później niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania. Zasadę tę potwierdza orzecznictwo (wyrok KIO z 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 95/14 i wyrok KIO z 2 września 2013 r., sygn. akt KIO 2009/13).

Kontrowersje budzi kwestia terminu udostępnienia uzupełnień lub wyjaśnień wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (które to wnioski są udostępniane od dnia poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków). Uznaje się, że stanowią one inne niż wnioski załączniki do protokołu, powodowałoby, że realna kontrola prawidłowości

kwalifikacji wykonawców, jako spełniających warunki, mogłaby się odbyć dopiero po zakończeniu całego postępowania, tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Istnieją orzeczenia wskazujące, że wyjaśnienia czy uzupełnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegają udostępnieniu w terminie określonym dla wniosków, tj. od dnia poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków. Mając na uwadze ochronę interesów wykonawców, tj. umożliwienie im, po zakończeniu etapu oceny spełniania warunków na podstawie złożonych wniosków, weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego, KIO uznaje, że uzupełnienia czy wyjaśnienia dotyczące dokumentów złożonych w pierwszym etapie postępowania nie stanowią „innych dokumentów składanych przez zamawiającego i wykonawców”. Te bowiem – jako załączniki do protokołu – podlegają udostępnieniu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. W opinii KIO stanowią one kontynuację wniosków o dopuszczenie i jako takie są udostępniane wraz z tymi wnioskami (wyrok KIO z 8 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2525/13).

Kto ma wgląd do dokumentacji

Zasada jawności postępowania dotyczy wszystkich zainteresowanych, a więc nie tylko wykonawców biorących udział w określonym postępowaniu, ale każdego, kto wyrazi wolę zapoznania się z dokumentacją.

Z tego powodu, aby uzyskać wgląd do dokumentów, nie trzeba posiadać upoważnienia do reprezentowania wykonawcy w tym zakresie (w postaci np. pełnomocnictwa). Każdy może żądać dostępu do dokumentów, działając we własnym imieniu.

Wniosek o udostępnienie

Tryb dostępu do dokumentów reguluje rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania. Stanowi ono, iż udostępnienie następuje na wniosek (osoby zainteresowanej). Ani wskazane rozporządzenie, ani ustawa Pzp, nie określają formy wniosku

o udostępnienie. W związku z tym, biorąc pod uwagę regulacje ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, jeżeli dokumenty mogą być udostępnione niezwłocznie (w szczególności gdy wniosek o udostępnienie dotyczy bieżących postępowań zamawiającego), forma wniosku o ich ujawnienie może być dowolna. Wolno zatem przekazać go ustnie (do protokołu), pisemnie, faksem lub w formie elektronicznej.

We wniosku należy określić:

- podmiot/osobę, która żąda dostępu do informacji wraz z adresem,
- postępowanie o udzielenie zamówienia, jakiego dotyczy wniosek,
- dokumenty, które mają być udostępnione (np. oferta firmy X wraz z całością korespondencji wykonawcy X z zamawiającym, jaka powstała od upływu terminu składania ofert aż do wyboru najkorzystniejszej oferty),
- formę, w jakiej podmiot/osoba chciałaby uzyskać żądane informacje,
- podpis wnioskodawcy (z wyłączeniem ustnego wniosku).

W odniesieniu do technicznej strony udostępnienia dokumentów (formy udostępnienia) to może ono nastąpić poprzez:

- wgląd w wyznaczonym przez zamawiającego miejscu lub
- przesłanie ich kopii pocztą, faksem bądź drogą elektroniczną.

Zasadniczo zamawiający jest zobowiązany udostępnić treść dokumentów w formie zgodnej z wyborem wykonawcy, wynikającym z jego wniosku. Jeżeli jednak jest to istotnie utrudnione (z przyczyn technicznych – najczęściej z uwagi na objętość żądanych do przesłania dokumentów), zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje mu sposób, w jaki udostępni dokumentację. W praktyce, gdy udostępniany dokument jest obszerny, zamawiający często wyrażają zgodę tylko na wgląd do jego treści w wyznaczonym miejscu w siedzibie zamawiającego.

Uzyskujący wgląd do dokumentów może – za zgodą zamawiającego

– kopiować lub utrzymywać ich treść za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu (aparat fotograficzny, przenośny skaner, kopiarka).

Opłaty za kopiowanie

Rozporządzenie w sprawie protokołu nie reguluje kwestii opłat za udostępnienie dokumentów, co jednak nie oznacza, że zamawiający nie może ich zażądać. W uzasadnieniu projektu obowiązującego rozporządzenia wskazano bowiem, że kwestie ewentualnych opłat związanych z udostępnieniem protokołów lub załączników reguluje przepis art. 15 ustawy z 6 września 2001 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 782 ze zm.) o dostępie do informacji publicznej.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, jeżeli w wyniku udostępnienia informacji publicznej na wniosek podmiot zobowiązany do udostępnienia (zamawiający) ma ponieść dodatkowe koszty związane z:

- wskazanym we wniosku sposobem udostępnienia lub
- koniecznością przekształcenia informacji w formę wskazaną we wniosku, wolno mu zażądać od wnioskodawcy opłaty w wysokości odpowiadającej tym kosztom. Zamawiający może więc pobrać opłatę za udostępnienie dokumentacji, ale tylko w takiej wysokości, aby pokryć koszty kopiowania, skanowania dokumentów itp. Nie wolno mu na tym udostępnianiu zarabiać.

Na gruncie udostępniania dokumentacji zamówienia publicznego ukształtowała się praktyka niepobierania opłat. Dokumenty są jednak nierzadko ujawniane jedynie poprzez ich udostępnienie do wglądu wraz z umożliwieniem fotografowania czy skanowania.



Anita Elżanowska

praktyk z wieloletnim doświadczeniem w dziedzinie zamówień publicznych, była wiceprezes UZP, obecnie prowadzi firmę doradczą „Doradztwo Prawne. Zamówienia Publiczne”

Firma, która nie ma zasobów, by uzyskać zamówienie, powinna

Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców – tj. np. w ramach konsorcjum – wynika najczęściej z potrzeby połączenia posiadanych przez nich doświadczeń, potencjału kadrowego, technicznego, ekonomicznego lub finansowego. Warto zatem zawiązać konsorcjum, w sytuacji gdy realizacja określonego zamówienia przekracza możliwości jednego podmiotu. Sumowanie potencjałów członków konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest jednak możliwe w każdym przypadku i w nieograniczonym zakresie. W tekście piszemy o wypracowanych w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych zasadach łączenia poszczególnych zasobów konsorcjantów.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wymogu, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniał co najmniej jeden warunek udziału w postępowaniu wskazany w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz opisany przez zamawiającego w siwz. Nie sposób wywieść z nich też zakazu wykazania spełniania wszystkich warunków wyłącznie przez jednego z konsorcjantów.

W przypadku konsorcjum warunki udziału w postępowaniu opisane w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki pozytywne) mogą być zatem – co do zasady – spełnione łącznie. Żądanie od każdego z konsorcjantów spełnienia takiego warunku w pełnym zakresie prowadziłoby do zwielokrotniania nałożonych na wykonawców wymogów.

Przykład

Jeśli zamawiający żąda wykazania się potencjałem technicznym w postaci dysponowania dwiema maszynami, wówczas:

- każdy z dwóch konsorcjantów może wykazywać posiadanie dwóch maszyn lub
- jeden konsorcjant może dysponować jedną maszyną, drugi trzema bądź
- jeden konsorcjant może mieć cztery maszyny, a drugi nie mieć żadnej.

Niedopuszczalny byłby wymóg, aby każdy z członków konsorcjum wykazał, że dysponuje czterema maszynami. Takie działanie byłoby sprzeczne z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Opisanie zatem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu

w taki sposób, że każdy z konsorcjantów musi spełnić pozytywny warunek udziału w postępowaniu w pełnej wysokości, poza nielicznymi przypadkami, może stanowić podstawę do skutecznego zakwestionowania takiej czynności w drodze odwołania. Niestety takie zachowanie zamawiających jest częstym uchybieniem stwierdzanym podczas kontroli wydatkowania środków europejskich. Zasadniczo – jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących wykonawców – potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym zdolność konsorcjum do realizacji przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być ani większa, ani mniejsza niż podmiotu, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia.

Nie zawsze jednak można prostą metodą zsumować poszczególne potencjały. Konsorcjanci będą mogli połączyć swoje siły tylko w takich sytuacjach, w jakich ich zasoby są wobec siebie komplementarne, a ich wzajemne uzupełnianie się daje gwarancję należytego wykonywania zamówienia przez konsorcjum.

Brak przesłanek do wykluczenia

W odniesieniu do tzw. warunków negatywnych określonych w art. 24 ustawy Pzp (potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia) utrwalona wykładnia przepisu art. 23 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek wykazania przez każdego z członków konsorcjum osobno, że nie podlega

on wykluczeniu. Każdy konsorcjant musi zatem wykazać m.in., że:

- nie otwarto wobec niego postępowania likwidacyjnego lub nie ogłoszono jego upadłości,
- nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne,
- nie popełnił określonych wymienionych w ustawie Pzp przestępstw.

Przykład

W przetargu nieograniczonym ofertę złożyło konsorcjum składające się z wykonawców A, B i C. Zamawiający ustalił, że została ogłoszona upadłość konsorcjanta B. Z uwagi na to, że w skład konsorcjum wchodzi upadły wykonawca, zamawiający wyklucza całe konsorcjum z udziału w postępowaniu. Nie ma tu znaczenia obiektywny charakter ogłoszenia upadłości, tj. niezależny od woli pozostałych członków konsorcjum.

Szczególne uregulowania odnoszą się do sytuacji ogłoszenia upadłości członka konsorcjum biorącego udział w przetargu ograniczonym. Jeżeli dochodzi do niej przed złożeniem oferty, ale już po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wówczas konsorcjum po usunięciu upadłego ze swojego składu może złożyć ofertę. Przy czym działanie takie jest możliwe, o ile po wyłączeniu upadłego członka konsorcjum nadal będzie spełniało pozytywne warunki udziału w postępowaniu. Natomiast postanowienie o ogłoszeniu upadłości w stosunku do jednego z członków konsorcjum po złożeniu przez niego oferty skutkuje wykluczeniem całego konsorcjum z postępowania. Udzielenie zamówienia podmiotowi, w skład którego wchodzi wykonawca posiadający cechę „niewiarygodnego”, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Uprawnienia

Stosunkowo dużo problemów wywołuje w praktyce ocena spełniania przez konsor-

pomyśleć o utworzeniu konsorcjum

cjum warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wobec tego warunku także należy opowiedzieć się za brakiem obowiązku posiadania uprawnień przez każdego z członków konsorcjum. Wyjątek od tej reguły można dopuścić wyłącznie wtedy, gdy wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, a ich brak u danego konsorcjanta uniemożliwiłby mu w ogóle uczestniczenie w wykonywaniu zamówienia publicznego.

Przykład

W postępowaniu na usługi całodobowej ochrony i dozoru mienia na potwierdzenie spełniania warunku posiadania uprawnień zamawiający żąda koncesji. Jednocześnie zastrzega, że w przypadku składania przez wykonawców wspólnej oferty dokument musi być przedstawiony przez każdego z nich. W tym przypadku takie postępowanie z uwagi na przedmiot zamówienia – wymagający wykonywania działalności tylko przez podmioty posiadające koncesję i brak innych elementów w zamówieniu poza koncesjonowanymi (np. natury organizacyjnej) – można uznać za dopuszczalne.

W pozostałych przypadkach – innych niż przykładowo wskazane w powyższej ramce – za niezasadne oraz nadmierne uznaje się oczekiwanie zamawiającego, aby wszyscy członkowie konsorcjum legitymowali się np. odpowiednimi zezwoleniami bez względu na ich udział w realizacji zamówienia. Taki wymóg prowadziłby do ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego.

Wiedza i doświadczenie

Szczególne znaczenie w odniesieniu do udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma wykazanie się przez wykonawców odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Pojedynczy wyko-

nawca, który bierze udział jako członek konsorcjum w realizacji danej inwestycji, dostawy czy usługi, może legitymować się nabytym w ten sposób doświadczeniem tak jak całe konsorcjum. A zatem w innym przetargu ma prawo wykazywać pełne wykonanie zadania (nabyte doświadczenie), nawet jeżeli w związku z podziałem obowiązków w ramach konsorcjum w rzeczywistości wykonywał jedynie część zadań. Zamawiający musi takie doświadczenie uwzględnić. Nie ma więc podstaw do arytmetycznego dzielenia wartości całości prac proporcjonalnie do udziału w konsorcjum poszczególnych jego członków. Brak możliwości wykazania się przez pojedynczego wykonawcę doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum, które wykonywało roboty budowlane, usługi czy dostawy, przeczyłby istocie tworzenia konsorcjum.

Przykład

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą wykaz wykonanych robót. Podało w tabeli roboty budowlane wykonane przez wykonawcę Y (pełnomocnika konsorcjum), który przy ich realizacji posługiwał się podwykonawcami. Zamawiający uznał, że podniesiony przez konkurencyjnego wykonawcę zarzut, iż wykazane roboty zostały wykonane przez podmioty trzecie, jest niezasadny. W tabeli ujęto bowiem roboty wykonane przez wykonawcę Y. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że stanowią one doświadczenie właśnie tego wykonawcy.

Zasadniczo zatem wystarcza posiadanie wymaganego doświadczenia (wiedzy) przez jednego z uczestników konsorcjum. Niestety orzecznictwo KIO i doktryna różnie odnoszą się do kwestii sumowania doświadczenia konsorcjum. Mniejszościowy jest pogląd, że niepełnego doświadczenia wykonawców nie można sumować w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji gdy dwaj konsorcjanci z osobna nie są jeszcze w pełni doświadczeni w wymaganym

zakresie, uznaje się, że łącznie także nie mają doświadczenia. Przeważa jednak stanowisko odmienne.

Przykład

Zamawiający wymagał, aby w przypadku wniosków składanych przez konsorcjum co najmniej jeden z jego członków samodzielnie spełniał warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Konsekwencją postawienia warunku w ww. sposób było wykluczenie konsorcjum X z uwagi na to, że nie wykazało, iż co najmniej jeden z jego członków samodzielnie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane. Żądanie przez zamawiającego, aby jeden z wykonawców występujących wspólnie zrealizował żadaną ilość robót budowlanych o podobnym charakterze, było całkowicie bezzasadne.

Potencjał finansowy i ekonomiczny

Dostrzeżenia wymaga natura żądań stawianych przez zamawiającego, które dotyczą warunku zdolności ekonomiczno-finansowej wykonawców. Potraktowanie całości wymagań ekonomicznych i finansowych jako jednego warunku udziału w postępowaniu może prowadzić do przyjęcia, że łączne wykazanie jego spełniania powinno polegać na tym, iż jeden wykonawca spełnia wymaganie dotyczące wartości przychodów, natomiast inny – środków finansowych lub zdolności kredytowej. Jeżeli zamawiający nie przesądzi w treści siwz kierunku swojej wykładni w tym zakresie, to za równoprawną można uznać interpretację, zgodnie z którą sumowanie poszczególnych zasobów może nastąpić również w odniesieniu do poszczególnych wymagań.

Spełnianie warunku dotyczącego środków pieniężnych lub zdolności kredytowej może nastąpić przez sumowanie zasobów uczestników konsorcjum (np. wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1553/10; wyrok KIO z 4 października 2012 r., sygn. akt KIO 2009/12).

Orzecznictwo KIO prezentuje też stanowisko, zgodnie z którym do spełnienia przez konsorcjum warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez zamawiającego sumę gwarancyjną wystarczy wykazanie tego ubezpieczenia przez jednego z konsorcjantów (np. wyrok KIO z 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 993/09; wyrok KIO z 2 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1085/09).

Przykład

Zamawiający postawił warunek potencjału ekonomicznego dotyczący polisy odpowiedzialności cywilnej osobno dla każdej części zamówienia. Zastrzeżono, że wykonawca nie może wskazać tych samych kwot ubezpieczeń w celu wykazania spełnienia warunków udziału w więcej niż jednym pakiecie. Wykonawca – konsorcjum startujące w przetargu – złożył 11 opłaconych polis. Zamawiający mógł dowolnie przypisać polisę spełniającą warunek udziału w postępowaniu do danej części zamówienia. Uznał, że skoro do oferty załączono 11 polis spełniających wymogi siwz dla 11 osób (każdej z nich osobno) – uczestników konsorcjum, to wykonawcy występujący wspólnie wykazali spełnienie warunku co do potencjału finansowego w 11 częściach. Wykonawcy (wszyscy partnerzy konsorcjum) nie musieli potwierdzać warunku dla każdej części.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że o ile nie budzi większych wątpliwości możliwość sumowania potencjałów poszczególnych członków konsorcjum w przypadku warunku finansowego, o tyle odmienna sytuacja pojawia się przy warunku eko-

ORZECZENIE

Skoro art. 22 ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, to nie sposób uznać, że wykazanie takiego poziomu zatrudnienia u jednego z konsorcjantów byłoby wystarczające do spełnienia tego warunku przez całe konsorcjum. Odmienna interpretacja prowadziłaby do obejścia dyspozycji art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. W skrajnych przypadkach konsorcjum mogłoby bowiem wykazać się spełnieniem tego warunku, jeżeli w jego skład wchodziłby wykonawca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą zatrudniający jedną osobę niepełnosprawną. Zdaniem KIO zawiązanie konsorcjum nie może stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z 30 października 2012 r., sygn. akt KIO 2249/12).

nomicznym (np. gdy jego treścią jest wskaźnik płynności finansowej). Komisja Europejska wskazała, że płynność bieżąca jest klasycznym przykładem takiego warunku, którego nie można sumować. Aby warunek był spełniony, chociaż jeden z konsorcjantów musi spełniać go w całości.

ORZECZENIE

W wyroku z 21 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 272/13, KIO 285/13) oraz z 22 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13) KIO uznała, że wymaganie przez zamawiającego osiągnięcia wskaźników ekonomicznych na określonym poziomie przez jednego z członków konsorcjum nie narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz nie jest sprzeczne z istotą konsorcjum.

Zatrudnienie osób niepełnosprawnych

Zamawiający mają możliwość – choć nie korzystają z niej często – zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których

ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne (art. 22 ust. 2 ustawy Pzp).

W przypadku konsorcjum warunek dotyczący zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych będzie spełniony dopiero wówczas, gdy każdy z konsorcjantów z osobna jest w stanie wykazać, że jego pracownicy to w ponad połowie osoby niepełnosprawne. Spełnienie tego warunku tylko przez jednego wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie nie będzie wystarczające. Ustawodawca chciał w ten sposób przeciwdziałać zjawisku sztucznego zawiązywania konsorcjum w celu obejścia przepisów ustawy Pzp, np. poprzez korzystanie przez wykonawców niezatrudniających osób niepełnosprawnych z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy chronionej.



Andrzej Gawrońska-Baran
doktor nauk prawnych, była wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, obecnie kieruje departamentem zamówień publicznych w dużej instytucji zamawiającej

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

Gdy wykonawca nieprawidłowo realizuje kontrakt, zamawiający może pobrać kwotę z zabezpieczenia wykonania umowy

Jeśli wykonawca nie wywiązuje się z umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego czy realizuje ją nieprawidłowo (np. nieterminowo), zamawiający może sięgnąć do środków, jakie oferent złożył mu tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Inwestor nie musi w tym celu występować z żadnym dodatkowym żądaniem do sądu. Jeśli wykonawca uzna jego działania za bezzasadne, to w jego gestii leży, aby je kwestionować. Artykuł omawia zasady wnoszenia zabezpieczenia oraz wskazuje, kiedy można je stracić.

Zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu w okresie jego realizacji oraz w czasie rękojmi. Stanowi ono zatem rodzaj kaucji.

Wszelkie wymagania dotyczące zabezpieczenia powinny zostać określone przez zamawiającego w siwz, ogłoszeniu o zamówieniu lub ustalone podczas negocjacji (przy zamówieniu z wolnej ręki). Jeśli takich zapisów nie ma lub są nieprecyzyjne, warto spytać o nie zamawiającego, po to by dobrze skalkulować ofertę. Powinna ona bowiem zawierać koszty związane z wniesieniem zabezpieczenia.

Forma zabezpieczenia

Zgodnie ze swoim wyborem wykonawca ma prawo wnieść zabezpieczenie w jednej lub kilku następujących formach określonych w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp:

- pieniądzu (przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego),
- poręczeniach bankowych lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym,
- gwarancjach bankowych,
- gwarancjach ubezpieczeniowych,
- poręczeniach udzielanych przez podmioty wymienione w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Za zgodą zamawiającego można także złożyć zabezpieczenie w formie:

- weksli z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- ustanowienia zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego,
- ustanowienia zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Jakiegokolwiek sposoby ograniczania przez zamawiającego swobody wykonawcy w zakresie wyboru formy zabezpieczenia są prawnie niedopuszczalne i mogą być podstawą złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pamiętaj W trakcie realizacji umowy wykonawca ma prawo zmieniać formę zabezpieczenia na jedną lub kilka innych jego postaci. Jedynym warunkiem jest konieczność zachowania ciągłości zabezpieczenia w jego pełnej wysokości.

Wysokość i czas zabezpieczenia

Zgodnie z art. 150 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wysokość zabezpieczenia jest ustalana w stosunku procentowym do:

- całkowitej ceny brutto oferty lub
 - maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano ceny jednostkowe
- na poziomie od 2 do 10%, zgodnie ze swobodnym wyborem zamawiającego.

Zabezpieczenie powinno obejmować cały okres realizacji zamówienia oraz czas, przez który zamawiającemu przysługują roszczenia z rękojmi.

Zasady wnoszenia

Gdy zamawiający wymaga zabezpieczenia, to co do zasady wykonawca musi je wnieść w pełnej wysokości przed zawarciem umowy. Z tego względu, jeżeli zabezpieczenie jest składane w pieniądzu, to kwota musi znaleźć się na koncie zamawiającego przed podpisaniem umowy. Jeżeli wykonawca wybiera formę niepieniężną, wówczas dokument potwierdzający wniesienie zabezpieczenia należy przekazać zamawiającemu najpóźniej w momencie podpisywania kontraktu.

Wyjątek od tej reguły występuje w sytuacji, kiedy zamawiający wyrazi zgodę na tworzenie zabezpieczenia przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Taka forma jest dopuszczalna, jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok. W takiej sytuacji w dniu zawarcia umowy wykonawca jest zobowiązany do złożenia co najmniej 30% zabezpieczenia, a wniesienie pełnej jego wysokości musi nastąpić do połowy okresu, na który zawarto umowę.

Nadużycia zamawiających

Analizując zapisy siwz dotyczące zabezpieczenia, warto zwrócić uwagę na to, czy nie stoją one w sprzeczności z przepisami.

Niemal standardowo zamawiający wprowadzają zapisy wymuszające przedstawienie przez wykonawcę dokumentu o dłuższym terminie obowiązywania, niż wymaga tego ustawa Pzp.

Regułą jest żądanie, aby zabezpieczenie obejmowało 15 (w przypadku części zabezpieczenia zwracanej po stwierdzeniu należytego wykonania zamówienia) i 30-dniowy (po upływie terminu rękojmi) okres, który faktycznie jest przeznaczony na zwrot zabezpieczenia przez zamawiającego.

Często pojawiają się też zapisy obligujące wykonawcę do każdorazowego podwyższania wartości zabezpieczenia do początkowej kwoty, w przypadku wypłacenia jakiegś jego części przez zamawiającego. Ustawa Pzp wyraźnie wskazuje wysokość zabezpieczenia, jakiej może żądać zamawiający, oraz nie przewiduje żadnej możliwości jego podwyższenia nawet w przypadku wyczerpania całej jego kwoty w trakcie realizacji kontraktu. Takie warunki mogą stanowić podstawę odwołania do KIO.

Bardzo istotna dla wykonawcy jest określona przez zamawiającego wysokość zabezpieczenia i termin jego obowiązywania. Zabezpieczenie wnoszone jest najczęściej w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a wystawcy tych dokumentów przed ich wystawieniem zwyczajowo precyzyjnie oceniają związane z tym ryzyko. Zamawiający w przypadku zamówień o znacznej wartości często wymagają wniesienia zabezpieczenia w maksymalnej wysokości – 10%. Warto wówczas jeszcze przed złożeniem oferty zorientować się, czy posiadane przez wykonawcę limity finansowe w banku lub u ubezpieczyciela pozwolą na wystawienie odpowiedniego dokumentu i jaki będzie jego koszt. W przypadku zamówień o bardzo wysokiej wartości można wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o modyfikację siwz i zmniejszenie zabezpieczenia np. do 5%. Będzie to zasadne w szczególności, jeżeli zamawiający zastrzegł sobie w umowie uprawnienie do odstąpienia od niej oraz do wykonania zastępczego zarówno samej umowy, jak i prac związanych z usuwaniem usterek i wad. Można wówczas uzasadniać, iż jest on już wystarczająco zabezpieczony przez skutkami nienależytego wykonania umowy. Obniżenie wtedy zabezpieczenia do 5% wartości kontraktu zmniejszy też cenę oferty.

Zamawiający mają także tendencję do maksymalnego wydłużania (nawet do 10 lat) okresu rękojmi za wady. Używanie zabezpieczenia na tak długi czas może być trudne, a w niektórych ban-

kach lub towarzystwach ubezpieczeniowych niemożliwe. Dodatkowo często zdarza się, iż zamawiający nie wyrażają zgody na wniesienie przez wykonawcę dwóch odrębnych zabezpieczeń: na okres realizacji zamówienia i na czas rękojmi. Takie obostrzenie może w skrajnych przypadkach uniemożliwić pozyskanie zabezpieczenia.

Skutki niezłożenia zabezpieczenia

Niewniesienie w terminie zabezpieczenia jest traktowane na równi z uchYLENIEM się od zawarcia umowy. W takim przypadku wniesione wadium wraz z odsetkami zostanie zatrzymane, a zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, o ile nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zwrot zabezpieczenia

Zamawiający ma obowiązek zwrócić zabezpieczenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go za należyte wykonane. Jeżeli zamawiającemu przysługuje od wykonawcy rękojmia na przedmiot zamówienia, wówczas ma on prawo pozostawić sobie na okres jej obowiązywania zabezpieczenie w wysokości nieprzekraczającej 30% jego całkowitej wartości. Powyższa kwota powinna zostać zwrócona wykonawcy najpóźniej 15 dni od upływu okresu rękojmi.

Zatrzymanie zabezpieczenia

Celem zabezpieczenia jest ułatwienie zamawiającemu dochodzenia roszczeń od wykonawcy. W przypadku powstania określonego roszczenia ma on bowiem prawo do zatrzymania kwoty zabezpieczenia. Ewentualne kwestionowanie zasadności takiego działania będzie spoczywać wówczas na wykonawcy. Aby zamawiający mógł skorzystać z zabezpieczenia, musi najpierw powstać roszczenie o charakterze pieniężnym. Jego wartość musi więc opierać się na konkretnej sumie.

Z zabezpieczenia mogą zostać potrącone jedynie kwoty przeznaczone na

uregulowanie roszczeń z tytułów wynikających wprost z umowy z wykonawcą, czyli m.in. kar umownych czy kosztów wykonawstwa zastępczego. Analogiczne stanowisko wynika z opinii prawnej UZP dostępnej na stronie internetowej www.uzp.gov.pl pt. „Należności, jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Zamawiający może zatem pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, jako sposób naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień wynikających z zabezpieczenia w okresie jego obowiązywania, a więc najpóźniej do upływu terminu rękojmi. Potem musi niezwłocznie zwrócić dokument stanowiący zabezpieczenie wykonawcy, nawet jeżeli został on wystawiony na dłuższy czas. Ewentualne ściąganie należności z gwarancji po upływie terminu rękojmi może bowiem zostać uznane za bezpodstawne wzbogacenie. Warto pamiętać, iż zamawiający nie ma prawa różnicować sposobu postępowania z zabezpieczeniem w zależności od formy, w jakiej zostało ono wniesione. Wykonawca nie może więc ponosić konsekwencji wniesienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej w ten sposób, iż zamawiający zatrzyma ją na wydłużony okres i skorzysta z niej w terminie przekraczającym jego uprawnienia. W przypadku bowiem gdyby zabezpieczenie wniesiono w gotówce, zwrot na konto wykonawcy musiałby nastąpić w terminie 155 dni od upływu okresu rękojmi.



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

Kalkulacja ceny ofertowej – jak najbezpieczniej wycenić zamówienie, by na nim nie stracić

Sposób obliczenia ceny oferty zależy przede wszystkim od rodzaju wynagrodzenia, które zamawiający zastrzegł w siwz. Może ono mieć charakter ryczałtu bądź ceny kosztorysowej. Wyliczając cenę oferty, warto już na wstępie sprawdzić, jaki rodzaj wynagrodzenia przyjął inwestor. Przykładowo przy złożonych zamówieniach na duże roboty budowlane zastosowanie ryczałtu może zniechęcać do przetargu, ponieważ konieczne jest wówczas bardzo dokładne przeanalizowanie wszystkich dokumentów przekazanych przez zamawiającego. Niejednokrotnie trzeba też zapoznać się z terenem budowy na wizji lokalnej, a nawet na własny koszt zrobić dodatkowe badania (np. odwierty lub badania geologiczne). Tylko wtedy można być pewnym, że zaoferowana cena pokryje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Poniższy tekst zawiera wskazówki, o czym pamiętać, wyliczając należne nam wynagrodzenie – w szczególności w przypadku realizacji robót budowlanych.

Informacje na temat przyjętego przez zamawiającego wynagrodzenia znajdują się w siwz w punkcie opis sposobu obliczenia ceny lub w załączonym do siwz wzorze umowy na roboty budowlane.

Ryczałt

Wynagrodzenie ryczałtowe jest ze swojej definicji niezmiennie w czasie realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli rzeczywista ilość robót lub koszt prac okażą się większe, niż zakładano na etapie sporządzania oferty, wykonawca nie może ubiegać się o podwyższenie zapłaty. Ryczałt jest jednak ryzykowny dla obydwu stron. Jeśli bowiem ostatecznie rozmiar prac jest mniejszy, niż zakładano, zamawiający mimo wszystko będzie zobowiązany wypłacić wcześniej ustalone, większe wynagrodzenie.

UWAGA Niestety zdarza się, że zamawiający, mimo zastosowania ryczałtu, dodatkowo zastrzegają w umowie, że za niewykonane roboty nie przysługuje wynagrodzenie lub że w przypadku zmniejszenia ilości robót nastąpi obniżenie zapłaty wykonawcy. Wówczas ryczałt jest „jednostronny”.

Kolejnym problemem przy wynagrodzeniu ryczałtowym może okazać się przekazany przez zamawiającego przedmiar robót lub kosztorys do wypełnienia. Jeśli wykonawca bezkrytycznie podejdzie do wyceny i zaufa przekazanym dokumentom, może na tym stracić. Przy ryczałcie zazwyczaj przedmiar

robót ma charakter jedynie pomocniczy, często zawiera wiele błędów i nieścisłości, dlatego należy go dokładnie sprawdzić z dokumentacją, a najlepiej sporządzić samemu od początku. Wtedy można mieć pewność, że nie pominiemy żadnej pozycji. Trzeba pamiętać, że nie tylko przedmiar może zawierać błędy, także dokumentacja projektowa może być niedbale i niedokładnie przygotowana. Niestety tego typu błędów nie mamy raczej szans uniknąć i musimy je wkalkulować w ryzyko wykonawcy.

Będąc uczestnikiem szkoleń w sektorze zamówień publicznych, z przerażeniem obserwowałam fakt zachęcania przedstawicieli instytucji zamawiających do stosowania ryczałtu i tym samym przerzucania ryzyka realizacji inwestycji na wykonawcę. Zdarzają się również inwestorzy, którzy w ramach ryczałtu wszelkimi kosztami wynikającymi z błędów projektowych obarczają oferenta. Twierdzą przy tym,

że doświadczony wykonawca powinien zauważyć nieścisłości w dokumentacji już na etapie przystępowania do przetargu. Zapisy w siwz mówiące o tym, by wykonawca w swojej ofercie zawarł wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z udostępnionych dokumentów, jak również nieujęte w tych dokumentach, a niezbędne do wykonania zadania, stają się częstą praktyką.

W sytuacji gdy wykonanie zamówienia groziłoby wykonawcy rażącą stratą, a nie jest możliwe uzyskanie większej zapłaty z uwagi na przyjęte w dokumentacji zasady wynagrodzenia ryczałtowego, jedynym rozwiązaniem jest skierowanie sprawy do sądu.

Wynagrodzenie kosztorysowe

Dużo mniejszym ryzykiem obarczone są kontrakty, w których wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. W takim układzie podana w ofercie cena jest umowna i nieostateczna. W zależności od dokładności sporządzenia przedmiarów oraz dokumentacji może ona – choć nie musi – ulec zmianie. W mojej opinii jest to bardziej sprawiedliwa forma wynagrodzenia wykonawcy, ponieważ płaci się za faktycznie wykonaną ilość robót. Oferent na etapie przetargu otrzymuje do wypełnienia kosztorys ofertowy, w którym określa ceny jednostkowe. Rozliczenie następuje na podstawie obmiaru na budowie i podanych cen jednostkowych.

Przykład

Zamawiający ogłosił przetarg na budowę mostu w miejscowości X. Zastosował wynagrodzenie ryczałtowe i zaznaczył w siwz, że oferent powinien wkalkulować w ofertę wszystkie roboty niezbędne do wykonania zamówienia, nawet te, których nie można było przewidzieć na etapie postępowania. Po wygraniu przetargu wykonawca podpisał umowę z zamawiającym na określonej kwotę. Podczas jej realizacji okazało się, że przedstawione w dokumentacji projektowej warunki gruntowe były nieaktualne, wobec czego należało zmienić posadowienie obiektu. Prace okazały się bardzo kosztowne, w związku z czym wykonawca zwrócił się o podwyższenie wynagrodzenia. Zamawiający odmówił jego roszczeniom, powołując się na zapis o wynagrodzeniu ryczałtowym i nieprzewidzianych robotach. Uznał, że wykonawca powinien wkalkulować ryzyko wystąpienia takich prac w cenę swojej oferty i że nie stanowią one dodatkowego zamówienia, za które przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Wszelkie roboty nieuwzględnione w kosztorysie powinny być dodatkowo płatne, także te nieprzewidziane.

UWAGA Należy bardzo dokładnie przeczytać specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, w których jest szczegółowo opisane, co powinna zawierać cena jednostkowa. Może się okazać, że mimo iż w opisie pozycji kosztorysowej dana robota nie występuje, to jest to tzw. robota towarzysząca, określona w specyfikacji technicznej, i nie będzie za nią przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie.

Koszty pośrednie, dodatkowe i ogólne

Oprócz oczywistych kosztów bezpośrednich, czyli robocizny, materiału i sprzętu, bez względu na rodzaj wynagrodzenia, przy wycenie zamówienia na roboty budowlane pojawiają się koszty pośrednie, dodatkowe i ogólne, które zawsze należy wliczyć do oferty.

Zalicza się do nich koszty:

- wymienione w siwz, specyfikacjach technicznych lub gdziekolwiek w dokumentacji, a niewyszczególnione w kosztorysie ofertowym, czyli np. koszty prowadzenia nadzoru archeologicznego, przyrodniczego lub saperskiego,
- zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu na czas budowy,
- ogrodzenia budowy,
- tablic, ulotek informacyjnych,
- zaplecza dla zamawiającego lub wydzielienia pomieszczeń dla inspektora nadzoru,
- zapewnienia środków transportu na czas budowy i wyposażenia zaplecza w niezbędne sprzęty biurowe,
- zorganizowania laboratorium dla zamawiającego wraz ze sprzętem laboratoryjnym i meblami biurowymi,
- organizacji Rad Budowy.

Informacje o wymienionych wyżej kosztach można znaleźć w specyfikacji technicznej DM 00.00.00 wymagania ogólne.

Pozostałe koszty pośrednie obejmują sfinansowanie:

- organizacji placu budowy, zaplecza wykonawcy, podłączenia mediów i ogrodzenia zaplecza,
- ochrony placu budowy,
- późniejszego demontażu zaplecza wykonawcy oraz doprowadzenia placu do stanu sprzed rozpoczęcia prac,
- prowadzenia prac w warunkach zimowych, obniżonych temperatur oraz niesprzyjających warunkach atmosferycznych,
- wielozmianowego trybu pracy oraz pracy w dni wolne,
- naprawy dróg wykorzystywanych do transportu materiałów na budowę,
- inwentaryzacji fotograficznej dróg lub budynków sąsiadujących z budową i ich ewentualnej naprawy,
- geodezji, w tym geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej,
- opłat za czasowe zajęcia terenów,
- nadzorów branżowych (np. przy przebudowie linii energetycznych pod nadzorem gestora sieci),
- utylizacji odpadów i segregacji śmieci,
- dokumentacji warsztatowych,
- badań laboratoryjnych,
- ubezpieczenia budowy,
- pozyskania i wniesienia wadium,
- wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- uzyskania zaliczki na poczet realizacji zamówienia,
- kredytowania,
- przedłużonej gwarancji.

Oczywiście przedstawione koszty to tylko przykłady, ale zazwyczaj powielają się one podczas realizacji prac. Każdą wycenę należy traktować indywidualnie, zapoznając się dokładnie z udostępnionymi przez zamawiającego materiałami, bez względu na rodzaj wynagrodzenia.

Istotne jest przy tym to, w jakim miejscu kosztorysu zostaną uwzględnione wymienione koszty. W ryczałcie jest to prostsza sprawa, gdyż jeśli nie ma szczegółowego kosztorysu, to koszty ogólne doliczamy po prostu do wyliczonej ceny, bez dokładniejszego rozbicia. Jednak przy wynagrodzeniu kosztorysowym, jeśli nie ma pozycji kosztorysowej typu koszt dostosowania się do wymagań ogólnych, koszt zaple-

cza wykonawcy lub koszty ogólne wykonawcy, należy je rozbić i uwzględnić w cenach jednostkowych.

Róbmy to jednak mądrze, najlepiej wrzucając omawiane koszty w pozycje, których jesteśmy pewni oraz które są łatwo policzalne typu roboty betonowe. Podczas realizacji może bowiem okazać się, że całość kosztów uwzględniliśmy w pozycji, w której zmniejszyła się ilość, tym samym obniżając nam wysokość zapewnionych na etapie przetargu kosztów pośrednich. Do takich pozycji należą m.in. wykopy lub zasyпки, gdzie ilość w kosztorysie może odbiegać od rzeczywistości. Nie należy też wrzucać tych kosztów w pozycje, dla których znacząco wzrośnie cena jednostkowa, podwyższając ją nawet kilkukrotnie w stosunku do rynkowej ceny. Zamawiający może uznać takie działanie za manipulację cenami jednostkowymi i odrzucić naszą ofertę. Należy również pamiętać, by wliczać omawiane wydatki w początkowe pozycje, tj. w roboty, od których zaczynamy realizację zamówienia. W ten sposób zapewniamy sobie już na wstępnym etapie środki na wszelkie wydatki, które pojawiają się od rozpoczęcia budowy typu organizacja zaplecza wykonawcy.

Należy pamiętać również o ciężarze ryzyka realizacji danej umowy, który trzeba wliczyć w cenę oferty, np.:

- ryzyka ryczałtu (gdy ilości znacznie odbiegają od założonych, a wynagrodzenie pozostanie bez zmian) czy
- ryzyka niedotrzymania terminu realizacji zamówienia (zamawiający w umowie lub warunkach kontraktu dokładnie podaje kary umowne).

Niestety realia są takie, że przy dzisiejszych cenach rynkowych oraz kwotach, które wygrywają przetargi, rzadko który wykonawca może sobie pozwolić na założenie w ofercie w pełni bezpiecznej kwoty wynagrodzenia.



Nina Jezierska

inżynier, kierownik działu przygotowania ofert w dużej firmie wykonawczej, kosztorysant z wieloletnim doświadczeniem

Kopię odwołania można przesłać zamawiającemu po godzinach pracy jego jednostki

PYTANIE Czy kopia odwołania składanego w ostatnim dniu terminu musi wpłynąć do zamawiającego w godzinach pracy jego firmy? Termin wniesienia tego środka ochrony prawnej przypadał w piątek.

ODPOWIEDŹ

Jeśli kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego faksem lub drogą elektroniczną po godzinach pracy jego jednostki, ale w terminie na wniesienie odwołania, domniemywa się, że mógł on zapoznać się z jego treścią.

WYJAŚNIENIE

Odwołanie wnosi się do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp).

Odwołujący ma obowiązek przesłać kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia

w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Istnieje domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią pisma przed tym czasem, jeżeli przed upływem terminu do jego wniesienia kopię odwołania przesłano mu faksem lub drogą elektroniczną (art. 180 ust. 5 ustawy Pzp).

Obalenie domniemania wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która unie możliwiałaby mu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania (wyrok KIO z 3 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1280/12).

Terminy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy obli-

czać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego. Wskazują one, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a zamawiający nie może ich skracać, np. przyjmując, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy swojej jednostki (wyrok KIO z 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 933/11). Potwierdzenie tej tezy znajdziemy także w wyroku KIO z 2 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 568/14).

■ Podstawa prawna

art. 180 ust. 4 i 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Karol Jaworski

prawnik z doświadczeniem w prawie zamówień publicznych

Zaległości w opłacie lokalnych podatków wykluczają z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

PYTANIE Wykonawca składa ofertę w gminie, w której zalega z podatkami lokalnymi i opłatami. Czy zamawiający, wiedząc o tym fakcie, może go wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane?

ODPOWIEDŹ

W opisanym przypadku zamawiający zobowiązany jest dokonać wykluczenia.

WYJAŚNIENIE

Zamawiający wyklucza z postępowania podmioty, które zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne. Wyjątkiem są przypadki, w których wykonawcy uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, na żądanie zamawiającego, jest zobowiązany złożyć:

- aktualne – tj. wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego,
- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zamówienie publiczne nie może zostać udzielone podmiotowi, w stosunku do którego zachodzi którakol-

wiek z przesłanek wykluczenia, w tym rzecz jasna wykonawcy, który zalega z zapłatą podatków – również tych lokalnych. Gdy zamawiający posiada wiedzę o istnieniu takich okoliczności, może i powinien dokonać wykluczenia.

■ Podstawa prawna

art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 25, art. 26 ust. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.),

§ 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 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).



Agata Hryc-Ląd

doświadczony praktyk w dziedzinie zamówień publicznych, doradca, członek OSKZP, obecnie główny specjalista w dużej instytucji zamawiającej

Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie musi uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca

TEZA Udostępnienie wiedzy i doświadczenia polegające na doradztwie należy uznać za wystarczające, jeśli z siwz nie wynikają inne wymagania. Podmiot udostępniający swe zasoby nie musi bowiem brać udziału w wykonywaniu zamówienia (wyrok KIO z 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 166/15).

Stan faktyczny

Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem była usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach szpitalnych. W siwz wskazał, że w celu wykazania warunku udziału wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Na potwierdzenie tej okoliczności należało przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania

zamówienia. Jeden z uczestników przetargu po uzyskaniu informacji o wyniku postępowania złożył odwołanie. Jego zarzuty dotyczyły faktu, iż zobowiązanie podmiotu, na którego wiedzę i doświadczenie powoływał się wybrany wykonawca, nie wskazywało, że podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Stanowisko KIO

Izba orzekła, że zamawiający nie uszczegółowił wymagań wobec wykazania nie-

zbędnej wiedzy i doświadczenia przez powołanie się w tym zakresie na zdolność innych podmiotów. Ponadto wyraźnie zaznaczył, że podmiot udostępniający swoje zasoby nie musi brać udziału w wykonywaniu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego zamawiający nie oczekiwał uczestnictwa takiego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. KIO uznała, że – w okolicznościach badanej sprawy, w przypadku usługi sprzątnięcia szpitala, która wprawdzie ma specjalistyczny charakter, ale jednocześnie jest usługą powszechnie dostępną – samo doradztwo podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz wykonawcy, który usługę tę będzie realizował, należy uznać za wystarczające.

Wykonawca nie musi wskazywać w ofercie stawki VAT, jeśli zamawiający nie wymaga tego w dokumentacji postępowania

TEZA Jeśli zamawiający nie żąda wyodrębnienia z ceny oferty stawki VAT, nie może następnie odrzucić ofert wykonawców, którzy takiej stawki nie podali, z uwagi na ich niezgodność z treścią siwz. Odmienność oferty od siwz może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Następuje ona w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź usługi nie odpowiada opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok KIO z 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2670/14).

Stan faktyczny

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług porządkowo-czystościowych. Z siwz wynikało, że wykonawca ma obowiązek podać w ofercie całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny VAT zgodnie z przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zamawiający odrzucił 8 z 9 złożonych w postępowaniu ofert, w tym ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, a więc jako niezgodnych

z treścią siwz oraz zawierających błędy w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu decyzji wyjaśnił, że odrzucone oferty są niezgodne z siwz, z uwagi na niewskazanie w formularzu ofertowym oraz żadnym innym załączonym do oferty dokumencie przyjętych do wyliczenia stawek oraz wartości VAT. Konsorcjum wniosło odwołanie.

Stanowisko KIO

Izba przypomniała, że niezgodność treści oferty z siwz, stanowiąca przesłankę

jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada wymaganiom siwz z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. Tymczasem, zdaniem składu orzekającego, zamawiający w żadnym miejscu formularza ofertowego oraz siwz nie zawarł wymagania, aby wykonawcy podali odrębnie kwotę i stawkę VAT. Przywoływany przez odwołującego zapis siwz stanowił jedynie, iż w ofercie należało wskazać całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny VAT, wpisując ją do formularza ofertowego.

Skoro więc zamawiający nie wymagał w dokumentacji postępowania wyodrębnienia ani kwoty, ani też stawki VAT, to nie mógł tych informacji żądać od wykonawców na etapie badania i oceny ofert tylko z tego powodu, że jeden z oferentów zdecydował się je podać. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórne badanie i ocenę ofert.