

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

Na podstawie Informatorów
Urzędu Zamówień Publicznych
lipiec 2011–czerwiec 2012

Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych

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

Opracowanie:

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17 a

02-676 Warszawa

www.uzp.gov.pl

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2012

© Copyright by Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2012

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-139-3

Wydanie I

Nakład: 7 000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:



Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB

ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel. centr. (48) 364-42-41, fax (48) 364-47-65

e-mail: instytut@itee.radom.pl <http://www.itee.radom.pl>

SPIS TREŚCI

Słowo wstępne	5
„Samodzielność finansowa” wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32, ust. 5 ustawy Pzp.....	7
Przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział – wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności	10
Niedopuszczalność zwrotu próbek załączonych do oferty wybranego wykonawcy	12
Zlecenie przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy – zamówienia <i>in house</i>	14
Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich	16
Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Pzp).....	22
Stosowanie art. 36 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp – podwykonawstwo a dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego.....	24
Forma zobowiązania podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).....	26
Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jako dokumenty potwierdzające ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia.....	28
Publikowanie ogłoszeń w siedzibie zamawiającego poprzez zastosowanie elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykami)	32
Oferta z rażąco niską ceną	34

Słowo wstępne

Prezentujemy Państwu publikację *Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych* zawierającą opinie opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych w latach 2011 i 2012 oraz wskazującą na wybrane przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, których niezastosowanie lub błędna interpretacja skutkuje nieprawidłowościami w postępowaniach przetargowych lub nieważnością umowy o zamówienie publiczne.

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

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

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

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

Zastosowanie rozwiązań wynikających z nowego podejścia (przykładowo zróżnicowanie kryteriów oceny ofert, podział zamówienia na części w celu zwiększenia udziału MSP w zamówieniach publicznych) musi iść w parze z prawidłowym, zgodnym z obowiązującymi regulacjami, prowadzeniem postępowań.

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

Jacek Sadowy

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Bożena Lublińska-Kasprzak

Prezes Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

„Samodzielność finansowa” wyodrębnionych jednostek organizacyjnych zamawiającego – art. 32 ust. 5 ustawy Pzp

I. Zasadą jest, że przy ustalaniu wartości zamówienia, uwzględnia się całe zaplanowane zapotrzebowanie zamawiającego. Odstępstwo od tej zasady ustawodawca przewidział w art. 32 ust. 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Stosownie do postanowienia art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli wyodrębniona jednostka organizacyjna zamawiającego posiadająca samodzielność finansową udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością, wartość udzielanego zamówienia ustala się odrębnie od wartości zamówień udzielanych przez inne jednostki organizacyjne tego zamawiającego posiadające samodzielność finansową. Omawiany przepis stanowi zatem wyjątek od generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

II. Przechodząc do analizy przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp, należy w pierwszej kolejności podkreślić, iż jego treść nie kreuje odrębnej kategorii zamawiających, których katalog określony został w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje również wyrażenie użyte w treści ww. przepisu – „jednostka organizacyjna zamawiającego”. Tym samym, jeżeli jednostka organizacyjna szacuje wartość zamówienia w oparciu o przepis art. 32 ust. 5 ustawy Pzp oraz udziela zamówienia publicznego, zamawiającym pozostaje nadal podmiot, ze struktury którego została ona wyodrębniona.

Z powyższego wynika więc, że przepis ten nie odnosi się do jednostek organizacyjnych utworzonych na podstawie ustawy o finansach publicznych, bowiem zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240), jednostki te mają status samodzielnych zamawiających. Z tych samych względów nie znajdzie on również zastosowania do pozostałych podmiotów, które posiadają status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp

III. Jeżeli planowanie zapotrzebowania zamawiającego na określone dostawy, usługi, roboty budowlane jest zdecentralizowane, wartość szacunkową zamówień ustala się odrębnie dla poszczególnych jednostek organizacyjnych zamawiającego, o ile spełnione są kumulatywnie trzy warunki:

- 1) jednostka musi być wyodrębnioną jednostką organizacyjną zamawiającego,
- 2) jednostka udziela zamówienia związanego z jej własną działalnością,
- 3) posiada samodzielność finansową.

Odnosząc się do pierwszego z ww. warunków, wskazać należy, że – tak, jak dla uznania danej jednostki za zamawiającego nie jest koniecznym posiadanie przez nią podmiotowości prawnej (przykładowo odrębnymi zamawiającymi są jednostki budżetowe, które takiej podmiotowości nie posiadają), to tym bardziej posiadanie odrębnej podmiotowości prawnej nie jest konieczne dla kwalifikacji danego podmiotu do jednostek organizacyjnych zamawiającego w rozumieniu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp.

Jednocześnie uznać należy, że desygnatami, które pozwalają przyjąć, że określona jednostka jest „wydzieloną jednostką organizacyjną zamawiającego” będą **w szczególności**:

- wyodrębnienie funkcjonalne i organizacyjne,
- zdolność do zatrudniania pracowników, a więc zdolność bycia pracodawcą i posiadania zdolności sądowej w tym zakresie (art. 3 Kodeksu pracy),
- przymiot podmiotowości podatkowej – zgodnie z art. 7 § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tj.: Dz. U. z 2005 Nr 8, poz. 60 ze zm.) podatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka

organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Zgodnie z § 2 cyt. przepisu ustawy podatkowe mogą ustanawiać podatnikami inne podmioty niż wymienione w § 1.

Wyodrębnienie organizacyjne polega na przypisaniu jednostce określonych zadań i wyposażeniu jej w środki niezbędne do ich realizacji, a zatem na zapewnieniu integralności struktury organizacyjnej tej jednostki, umożliwiającej jej realizację zadań statutowych.

Należy też wskazać, że o posiadaniu statusu wyodrębnionej jednostki organizacyjnej wprost mogą przesądzać również odrębne akty prawne. Przykładowo, na podstawie art. 6 pkt 7 ustawy z 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96 ze zm.), za wyodrębnioną jednostkę organizacyjną można uznać zakład górniczy. Zgodnie z definicją legalną zawartą w tym przepisie przez zakład górniczy należy rozumieć wyodrębniony technicznie i organizacyjnie zespół środków służących bezpośrednio do wydobywania kopaliny ze złoża, w tym wyrobiska górnicze, obiekty budowlane oraz technologicznie związane z nimi obiekty i urządzenia przeróbcze.

Druga z przesłanek, wskazuje na konieczność udzielania zamówienia związanego z własną działalnością jednostki organizacyjnej. Tym samym udzielane zamówienie służyć musi realizacji celów jednostki organizacyjnej określonych aktem o jej powołaniu. Za zamówienie związane z własną działalnością nie może być uznane zamówienie związane z realizacją zadania powierzonego do realizacji czy też zleconego przez inną jednostkę organizacyjną w drodze odrębnego aktu.

Przechodząc do trzeciej przesłanki, zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia jest to, czy samodzielność finansowa jednostki organizacyjnej winna mieć źródło ustawowe, czy też możliwym jest uznanie za samodzielną jednostkę, której gwarantem samodzielności finansowej są akty niemające charakteru powszechnie obowiązującego.

Co do zasady literatura przedmiotu, wyróżnia dwa aspekty samodzielności finansowej: samodzielność dochodową i wydatkową¹⁾. Obok nich niekiedy wymienia się również samodzielność mieszaną²⁾. Cechą wspólną samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych w świetle cyt. literatury jest konieczność zagwarantowania odpowiednich zasobów finansowych umożliwiających realizację zadań przez tą jednostkę, jak i prawo dysponowania zgromadzonymi zasobami. Powyższe nie oznacza konieczności samofinansowania jednostki czy też samowystarczalności jednostki, które oznaczają prowadzenie działalności opartej na własnych dochodach. Samodzielność finansowa może natomiast mieć miejsce również wtedy, gdy znaczna część zasobów zostaje przekazana do samodzielnej dyspozycji jednostek, nie stanowiąc ich dochodów własnych.

Mając na względzie powyższe, dla celów zdefiniowania pojęcia samodzielności finansowej jednostek organizacyjnych na gruncie art. 32 ust. 5 ustawy Pzp należy przyjąć jako wyznacznik przyznane tym jednostkom prawo samodzielnego prowadzenia swej gospodarki finansowej w zakresie określonym przez akty wewnętrzne (np. statut) w sferach:

- 1) samodzielności uchwalania planu finansowego;
- 2) samodzielności wydatkowania środków na zadania realizowane przez jednostkę.

Należy przy tym zaznaczyć, samodzielność uchwalania planu finansowego czy też wydatkowania środków nie oznacza pełnej autonomii w gospodarowaniu środkami przyznanymi np. przez jednostkę macierzystą

¹ T. Dębowska-Romanowska, *System prawny finansów lokalnych*, [w:] A. Piekara, Z. Niewiadomski (red.), *Samorząd terytorialny. Zagadnienia prawne i administracyjne*, Warszawa 1998, s. 378–379; Glumińska-Pawlic, *Samodzielność finansowa Jednostek samorządu terytorialnego w Polsce: studium finansowoprawne*, Katowice 2003, s. 45, P. Smoleń, *Podstawy gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] W. Wójtowicz (red.), *Zarys finansów publicznych i prawa publicznego*, Warszawa 2002 r., s. 88.

² B. Guziejewska, *Decentralizacja finansów publicznych a niezależność finansowa samorządu terytorialnego*, s. 118.

lub inny podmiot. Tym samym, przeznaczanie przez jednostkę macierzystą środków finansowych na realizację konkretnych zadań związanych z działalnością własną jednostki organizacyjnej nie wyklucza samodzielności uchwalania planu finansowego przez tę jednostkę oraz samodzielności wydatkowania środków.

Reasumując, jedynie w odniesieniu do zamawiających, których struktura przewiduje funkcjonowanie wyodrębnionych jednostek organizacyjnych posiadających samodzielność finansową ustawa przewiduje dla zamówień udzielanych w związku z własną działalnością jednostki możliwość ustalenia wartości takiego zamówienia odrębnie dla każdej z jednostek. Wyodrębnienie jednostki powinno mieć charakter organizacyjny i funkcjonalny oraz wynikać z aktów prawa powszechnie obowiązującego albo aktów prawa wewnętrznego, przy czym warunkiem *sine qua non* dla zastosowania przepisu art. 32 ust. 5 ustawy Pzp jest posiadanie przez wyodrębnioną jednostkę organizacyjną zamawiającego samodzielności finansowej w wyżej wskazanym rozumieniu.

Przedsiębiorca zagraniczny a jego oddział – wymóg przedstawienia zaświadczenia o niekaralności

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

O zdolności określonego podmiotu do występowania w roli wykonawcy rozstrzyga posiadanie przez niego podmiotowości prawnej i związanej z nią zdolności do składania oświadczeń woli oraz nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Tylko taki bowiem podmiot może samodzielnie występować w obrocie prawnym, a więc i w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz składać oświadczenia woli i zaciągać zobowiązania w swoim imieniu i na swoją rzecz. W przypadku osób prawnych oraz osób fizycznych – kwestię tę rozstrzygają wprost przepisy kodeksu cywilnego, przyznając osobom fizycznym – pełnoletnim i nieubezważonym zdolność do czynności prawnych, a osobom prawnym – zdolność prawną. Jeżeli chodzi natomiast o jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, to występowanie przez tego typu podmioty w roli wykonawcy uzależnione jest od posiadania przez nie atrybutu zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego. Zdolność prawna takich podmiotów musi być wyraźnie przyznana ustawą (art. 33¹ kc).

Prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę zagranicznego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z przepisami ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.), możliwe jest przez utworzenie oddziału tego zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce. Oddział ten nie posiada odrębnej osobowości prawnej i korzysta z podmiotowości przedsiębiorcy zagranicznego. Żadna ustawa nie przyznaje przy tym oddziałowi przedsiębiorcy zagranicznego zdolności prawnej. Zgodnie bowiem z art. 5 pkt 4 wskazanej ustawy oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego jest wyodrębniona i samodzielna organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywana przez przedsiębiorcę zagranicznego poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. W orzeczeniu z 18 marca 1981 r. w sprawie *Blankaert & Willems PVBA* (sygn. C-139/80) Europejski Trybunał Sprawiedliwości określił, że „*pojęcie oddziału, agencji lub każdego innego zakładu jest równoznaczne z istnieniem centrum operacyjnego, które manifestuje się w sposób trwały na zewnątrz jako przedłużenie przedsiębiorstwa macierzystego, ma dyrekcję i jest materialnie wyposażone tak, aby istniała możliwość negocjowania spraw z osobami trzecimi w taki sposób, aby ci ostatni, wiedząc, że zostanie nawiązany ewentualny stosunek prawny z przedsiębiorstwem macierzystym z siedzibą za granicą, byli zwolnieni z konieczności bezpośredniego zwrócenia się do niego i mogli prowadzić interesy z centrum operacyjnym, które stanowi jego przedłużenie*”. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy stanowi zatem jedynie formę organizacyjno-prawną, w ramach której przedsiębiorca zagraniczny może wykonywać swoją działalność na terenie Polski. Oddział zagranicznego przedsiębiorcy działa zatem w ramach podmiotu zagranicznego, w jego imieniu i na jego rzecz. Z powyższych względów oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie może występować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w roli wykonawcy (tak też: wyrok KIO z 2.09.2010., sygn. akt KIO 1809/10, wyrok KIO z 17.11.2009., sygn. akt KIO/UZP 1400/09, wyrok ZA z 9.07.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-798/07).

Z mocy przepisów prawa wynikają również odrębne zasady reprezentacji podmiotu zagranicznego działającego na terytorium RP w formie organizacyjnej swojego oddziału. Oddział taki – zgodnie z wpisem w KRS w dziale II, rubryka 1 – winien wskazać organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy. Jednocześnie też w rubryce 4 działu II KRS dla takiego oddziału istnieje obowiązek ujawnienia osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale. Ten szczególny obowiązek wynika z art. 87 ustawy o swobo-

dzie działalności gospodarczej. Zaznaczyć przy tym należy, że w obydwu przypadkach nie mamy do czynienia z działaniem takiej wskazanej osoby w charakterze pełnomocnika. Jest to bowiem swoistego rodzaju szczególna reprezentacja przedsiębiorcy zagranicznego, w zakresie prowadzonej przez niego działalności w oddziale w Polsce. Jeśli więc wykonawca zagraniczny ubiega się o udzielenie zamówienia na terenie działalności swojego prawnie zarejestrowanego oddziału (w Polsce), ma prawo, aby osoba wskazana do reprezentacji zagranicznego przedsiębiorcy w oddziale, jak również osoba wskazana jako podmiot uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy składała w jego imieniu np. wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy ofertę. Podobne stanowisko prezentowane jest w tej kwestii również przez doktrynę (por. W.J. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 154 oraz M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, S. Szuster Komentarz, Lex/el. 2005).

Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że dla osoby wykazywanej jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy oraz jako osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale przepisy ustawy Pzp (art. 24 ust. 1 pkt 4-8) nie przewidują obowiązku przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu potwierdzającego niekaralność takiej osoby, jeżeli osoba ta nie jest członkiem zarządu danej osoby prawnej według dokumentu rejestrowego. Ponieważ zaś warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie wykonawcy posiadającego status przedsiębiorstwa zagranicznego, jego też, a nie jego reprezentanta (oddziału), powinny dotyczyć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, wskazać należy, że zamawiający powinien oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego, a nie przez jego oddział w Polsce. W konsekwencji zaświadczenie o niekaralności powinno dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego i członków jego zarządu, a nie oddziału w Polsce i np. jego dyrektora.

Niedopuszczalność zwrotu próbek załączonych do oferty wybranego wykonawcy

I. W myśl § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może żądać w szczególności, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli próbki oferowanych towarów. Tym samym należy przyjąć, iż przepisy rozporządzenia przesadzają o kwalifikacji próbki jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), – zwanej dalej „ustawą Pzp” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 stycznia 2008 r. sygn. KIO/UZP 33/07).

II. W świetle art. 96 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp wszelkie dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski oraz informacje składane przez wykonawców, a w konsekwencji również próbki oferowanych dóbr stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego nienaruszalność przez okres co najmniej 4 lat. Nakaz przechowywania protokołu wraz z załącznikami w sposób zapewniający jego nienaruszalność, tj. m.in. integralność przechowywanej dokumentacji, ochronę przed zniszczeniem oraz nieuprawnionym dostępem, sformułowany w art. 97 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego. (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 listopada 2008 r. sygn. KIO/UZP 1173/08 oraz wyrok z 20 lipca 2010 r. sygn. 1437/10). Oznacza to, iż zamawiający nie może uchybić obowiązkowi zabezpieczenia oraz przechowania protokołu oraz jego załączników przez okres co najmniej 4 lat od dnia zakończenia postępowania w żadnej sytuacji z wyjątkiem opisanej w art. 97 ust. 2 ustawy Pzp. Działanie wbrew powyższym zasadom pozbawiałoby protokół funkcji dowodowej na okoliczność ewentualnej kontroli prawidłowości przeprowadzenia postępowania. Na gruncie przepisów Pzp zamawiający może dokonać zwrotu dokumentów przedkładanych w toku postępowania tylko w okolicznościach wskazanych w art. 97 ust. 2 ustawy Pzp na wniosek, co stanowi warunek *sine qua non* tej czynności, wykonawców których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Na podstawie upoważnienia zawartego w ww. przepisie zamawiający może dokonać zwrotu załączonych do ofert planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych lub innych podobnych materiałów. Czynnością niezgodną z ustawą będzie natomiast zwrócenie takich materiałów wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia. W takim przypadku bezwzględny obowiązek zamawiającego jest zatrzymanie dokumentów w celach dowodowych, zgodnie z dyrektywą art. 97 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Dla konieczności przestrzegania obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 97 ust. 1 ustawy Pzp nie ma znaczenia wartość żądanej próbki ani też okoliczność zrealizowania umowy. Dodatkowo należy stwierdzić, iż fakt przedłożenia próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien być utożsamiany ze świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego, albowiem jest to wyłącznie czynność faktyczna zmierzająca do wypełniania wymogów formalnych postępowania związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, a zamawiający nie czerpie z tego tytułu żadnych korzyści.

Jednocześnie, biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe, na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy w związku z koniecznością złożenia próbek oferowanych towarów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym wydaje się rozważenie możliwości rezygnacji z żądania próbek na rzecz przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji oferowanych towarów. W takim przypadku wszelkie informacje dotyczące konieczności zademonstrowania przedmiotu oferty zamawiający powinien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym przepisy ustawy Pzp ani aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie nie sprzeciwiają się, aby zamawiający określił pod jakim kątem ma zostać przeprowadzona demonstracja oraz jakie cechy przedmiotu zamówienia mają zostać zaprezentowane. Jednocześnie, w celu zapewnienia transparentności procedury oraz realizacji zasady pisemności zasadnym wydaje się obowiązek sporządzenia protokołu dokumentującego przebieg powyższych czynności.

IV. Na marginesie wskazać należy, iż mając na uwadze skutki prawne, jakie ustawa Pzp wiąże z faktem przedłożenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego próbki oferowanego towaru, a w szczególności uwzględniając znaczną w stosunku całego zamówienia wartość dostarczanego w przedmiotowym postępowaniu wzoru, stosownym wydaje się poddanie pod rozważenie zasadności formułowania przez zamawiającego wymogu jego dostarczenia. W toku konkretyzowania formalnych warunków udziału w postępowaniu (w szczególności dotyczących obowiązku przedstawienia próbki) koniecznym wydaje się zachowanie pewnej równowagi pomiędzy koniecznością zabezpieczenia interesu zamawiającego a wielkością nakładów wykonawcy czynionych w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, w przypadku istnienia znacznej dysproporcji pomiędzy koniecznością ochrony potrzeb zamawiającego a obciążeniem finansowym lub organizacyjnym wykonawców związanym z koniecznością poczynienia określonych nakładów, w szczególności gdy wartość świadczenia, jakie wykonawca może uzyskać w związku z realizacją zamówienia nie jest znacząco wyższa niż wartość załączonego do oferty modelu, zamawiający powinien rozważyć czy cel żądania próbki nie może zostać osiągnięty w inny sposób, np. poprzez demonstrację produktu bądź załączenie do oferty określonych badań lub atestów.

V. Reasumując, złożone przez wykonawcę, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą i z którym podpisano umowę w przedmiocie wykonania zamówienia, wszelkie dokumenty, w tym próbki oferowanych dóbr, stanowiące załączniki do protokołu postępowania, podlegają zatrzymaniu przez zamawiającego na okres 4 lat, licząc od dnia zakończenia postępowania. Zamawiający może jednakże, już na etapie przygotowania SIWZ, uchronić wybranego wykonawcę przed negatywnymi dla niego konsekwencjami, o których mowa w art. 97 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp.

Zlecenie przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy – zamówienia *in house*

Zagadnienie prawne zlecenia przez gminy usług w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy wiąże się z problematyką udzielania przez podmioty zamawiające tzw. „*zamówień in house*”. Pojęcie to zostało wykształcone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) i obejmuje ono zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom.

W odniesieniu do tej kategorii zamówień mamy do czynienia z utrwalonym już orzecznictwem ETS, zgodnie z którym nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek³.

W przypadku takich zamówień mamy w istocie do czynienia z powierzeniem wykonywania zadań publicznych własnej jednostce organizacyjnej, wykonywanym w imieniu i na rachunek tej jednostki. Nie zmienia to jednak charakteru wykonywanych zadań jako zadań o charakterze użyteczności publicznej (art. 9 ust. 4 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym – Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591, ze zm.).

W tym miejscu należy wskazać, iż w świetle postanowień art. 9 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 2 i 3 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43, ze zm.) gminy (szerzej jednostki samorządu terytorialnego) mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy),
- w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), jak też spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100),
- poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej).

Wybór określonej formy prawnej wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej (zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 15 czerwca 2005 r., sygn. akt II SA/Wr 169/05). Oznacza to, iż powierzenie realizacji zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego leży w kompetencji organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego (rady gminy). Przy czym ustawa o gospodarce komunalnej, jak też ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) nie zastrzegają żadnych wymogów formalnych co do formy takiego powierzenia. Z tych

³ Zob. wyrok z 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa) teza 55 oraz powołane tam orzecznictwo. Tekst wyroku dostępny na portalu EUR-lex (<http://eur-lex.europa.eu/pl/index.htm>). Zob. też wyrok z 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz przegląd orzecznictwa ETS w: M. Lemke, D. Piasta: *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, UZP, Warszawa 2006, s. 28–36.

względów przy ocenie powierzenia zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego podstawowe znaczenie winny mieć przepisy regulujące formy prowadzenia gospodarki komunalnej.

Powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego powołanej w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Takie też stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05, Lex nr 155826). W wyroku tym NSA stwierdził, iż „Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. (...) W stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”. Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 10 listopada 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2445/05, Lex nr 191962). W wyroku tym WSA stwierdził, że „Skoro więc ustawodawca w art. 2 ustawy (...) o gospodarce komunalnej (...) przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych – to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina, będąc udziałowcem lub akcjonariuszem – decyduje o byciu prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilno-prawnej. W pierwszym więc przypadku wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy”.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż w przypadku powierzenia przez gminę zadań własnej spółce prawa handlowego posiadającej status komunalnej osoby prawnej, w której gmina posiada cały kapitał zakładowy (100%), jest spełniony warunek posiadania kontroli przez instytucję zamawiającą. W takim bowiem przypadku gmina zachowuje wyłączną możliwość decydowania o sprawach spółki (pełną kontrolę nad spółką).

Zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 tej ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Wskazany art. 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zawiera przykładowy katalog zadań użyteczności publicznej stanowiących zadania własne gminy. W świetle tego przepisu zadania własne gminy obejmują m.in. sprawy gospodarki nieruchomościami (art. 7 ust. 1 pkt 1). Tak więc zadania obejmujące gospodarowanie (zarządzanie) nieruchomościami komunalnymi stanowią zadania użyteczności publicznej.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż gmina może utworzyć spółkę prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych np. w zakresie zarządzania nieruchomościami komunalnymi. Powierzenie przez gminę takiej spółce wykonywania powyższych zadań, przy założeniu, iż posiada ona cały kapitał zakładowy tej spółki, nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Takie działanie gminy mieści się w dopuszczonych prawem granicach zasad i form prowadzenia gospodarki komunalnej ustanowionych w przepisach ustawy o gospodarce komunalnej.

Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich

I. Wykonawca, w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia może polegać na zasobach podmiotów trzecich. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższy przepis jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zatem uwzględniając potrzebę prowspólnotowej interpretacji przepisów krajowych wdrażających prawo obowiązujące we wszystkich państwach Unii Europejskich, należy mieć na uwadze orzecznictwo i wykładnię tych przepisów dokonywaną przez ETS (obecnie TSUE).

1) W orzeczeniu C-176/98 *Holst Italia*⁴ Trybunał wskazał, że zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy wykonawca jest odpowiedni, czy spełnia określone kryteria. Weryfikacja ta ma na celu umożliwienie zamawiającemu upewnienia się, że zwykły oferent będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. *Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to, by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia.*

2) W wyroku z 18 listopada 2004 r. (C-126/03) Trybunał ustalił, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to **na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.**

3) W sprawie *Ballast Nadem Groep*⁵ Trybunał uznał, iż przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców [państwa członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców. Wpis na taką urzędową listę jest odpowiednikiem kwalifikacji dokonywanej przez zamawiającego – przyp. wł.]⁶ **musi, niezależnie od tego, w jakim stosunku prawnym pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych, udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót.** Po rozpatrzeniu wszelkich faktycznych i prawnych okoliczności, do sądu krajowego należy ocena, czy taki dowód został przedstawiony w procesie głównym.

⁴ Orzeczenie C-176/98 z 2 grudnia 1999 r., dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

⁵ Orzeczenie 389/92 z 14 kwietnia 1994 r., dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

⁶ Więcej na ten temat w „Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywa klasyczną”, P. Trepte, Warszawa – Katowice 2006, s. 69 i nast.

Warto zauważyć, iż wpis do dopuszczalnego na terenie państw członkowskich wykazu uznanych wykonawców, do którego odwołuje się Trybunał w powyższym orzeczeniu poprzedza procedura odpowiadająca klasyfikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniu, w którym dozwolone jest powoływanie się na zdolności czy zasoby podmiotów trzecich. Jak wynika z pkt 45 Preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, jeśli wykonawca należący do grupy powołuje się na ekonomiczne, finansowe lub techniczne kwalifikacje pozostałych przedsiębiorstw należących do grupy na poparcie swojego wniosku o rejestrację, to w takim przypadku zadaniem takiego wykonawcy jest udowodnienie, że wspomniane przez niego zasoby będą dla niego faktycznie dostępne przez cały okres ważności wpisu rejestracyjnego. Do celów takiej rejestracji państwa członkowskie mogą określić poziom wymagań, które powinny zostać spełnione w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca powołuje się na sytuację finansową innego przedsiębiorstwa należącego do grupy, państwo to może wymagać, aby przedsiębiorstwo takie solidarnie ponosiło odpowiedzialność, jeśli okaże się to konieczne.

Opisany wyżej mechanizm dotyczący uznawania powoływanie się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego nie może być rozumiany odmiennie w świetle interpretacji art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej.

Interpretacja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca powoływanie się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy, w takim przypadku, rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje przy realizacji zamówienia. Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia. A zatem uprawnione jest stwierdzenie, że **dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia.**

Bez znaczenia jest przy tym charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotami trzecimi. W doktrynie przyjmuje się, że z punktu widzenia dopuszczalności powoływanie się na zdolności innych podmiotów nie ma znaczenia, czy istniejąca więź prawna jest bezpośrednia czy pośrednia. Powiązania mogą polegać na ciągu stosunków prawnych. Należy jednak podkreślić, że wymagana jest więź o charakterze prawnym, która rodzi pewne zobowiązania pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania faktyczne, formalne, kapitałowe lub honorowe, za którymi nie idzie zobowiązanie ważne w świetle obowiązujących przepisów prawnych⁷.

Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, na co wskazuje treść art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE stanowiącej o prawie wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”. Wymaga przy tym podkreślenia, że zarówno przepisy Dyrektywy 2004/18/WE, w szczególności art. 47 ust. 2, jak i przepisy prawa krajowego art. 22 ustawy Pzp mają na celu określenie zdolności wykonawcy do realizacji określonego zamówienia. A zatem **możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy podmiotu trzeciego.** Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się z udziałem zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trze-

⁷ A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powoływanie się na zdolności innych podmiotów*, *Kwartalnik PZP*, nr 4 (23)/2009.

cych. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

A zatem wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby, na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 lipca 2010 r., dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść, stosownie do rodzaju tego zasobu, a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne rzeczywiście nim dysponuje⁸.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje, za pomocą jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie rzeczywiście dysponował. Wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Ustawa nie określa przy tym, jaką formę oraz treść powinno mieć owo „pisemne zobowiązanie”. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że może przybrać ono w szczególności formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – w zależności od danego przedmiotu zamówienia publicznego czy charakteru zobowiązania – może być więc wyrażone w jednym dokumencie, jak również być podparte całym pakietem innych dokumentów. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego tylko za pomocą jednego dokumentu zawierającego pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, czy też przy pomocy wielu dokumentów tworzących w całości takie zobowiązanie, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Tylko w taki sposób, poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z jego zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcę posiadania (w przypadku uzyskania zamówienia) prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: „*udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...*” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie

⁸ Wyrok z 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10). Podobnie KIO w wyroku 1125/10 (sygn. akt KIO 1125/10), wyroki dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nieposiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia. Tytułem przykładu można przytoczyć okoliczności występujące w jednej ze spraw rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, w której zamawiający wskazał jako warunek udziału w postępowaniu wykonanie co najmniej jednego zadania w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł. Odwołujący wskazał dwie roboty, pierwszą o wartości brutto 30 969 286,65 zł, drugą o wartości 6 278 124,54 zł, przy czym z przedłożonych referencji wynikało, że roboty o mniejszej wartości wykonał odwołujący, natomiast roboty o większej wartości wykonał podmiot trzeci – odrębna spółka. Odwołujący załączył do oferty oświadczenie tej spółki, zgodnie z którym spółka ta „udostępni zgodnie z art. 26 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych celem złożenia oferty przetargowej wiedzę i doświadczenie”. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się dysponowaniem doświadczeniem podmiotu trzeciego odwołujący nie wskazał, w jaki sposób będzie tym doświadczeniem dysponował. Co więcej, kwestia zakresu objętego oświadczeniem udostępnienia nie była znana nawet samemu wykonawcy, który na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdził, iż treścią zobowiązania będzie być może udostępnienie pracowników podmiotu trzeciego, ale prawdopodobnie wykonawca będzie realizował te prace sam. Jak słusznie w tych okolicznościach Izba wskazała, doświadczenie podmiotu trzeciego, zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, można przy wykonaniu danych prac wykorzystać, ale generalnie poprzez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, czyli wykonanie przez niego części zamówienia. Wykonawca może więc stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że w tej części zamówienia wykona firma, która posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmiennej praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów postępowania, a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówienia powierzałoby się podmiotom niemającym do tego kwalifikacji. Gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego na etapie postępowania warunku posiadania doświadczenia takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obejście przepisów i zastosowanie w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia⁹.

W innym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, iż *zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać ani zobowiązań się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem¹⁰.*

⁹ Zob. wyrok z 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1741/10). Zob. również opinia UZP – Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych,) dostępna na stronie www.uzp.gov.pl.

¹⁰ Wyrok z 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10).

W sytuacji, w której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodni dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Wykonawca, który wykaże (udowodni) swoje prawo do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego ma prawo do przedstawienia w tym zakresie, w miejsce dokumentów odnoszących się do wykonawcy, dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, np. wykazu pracowników i sprzętu tego podmiotu, referencji itp. zgodnie z wymaganiami odnośnie do dokumentów stawianymi przez zamawiającego wykonawcom.

Podkreślić należy, iż w sytuacji, gdy wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, bez powoływania się na zasoby innych podmiotów, fakt realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy nie powoduje konieczności przedkładania przez wykonawcę, w celu weryfikacji jego zdolności podmiotowych do realizacji zamówienia, żadnych dokumentów dotyczących podwykonawcy.

Natomiast, jeżeli, zgodnie § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia, tj.: 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia; 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy; 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia, i tylko w odniesieniu do sytuacji, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do wykonawców, poprzez

wskazanie analogicznych dokumentów jak tych żądanych bezpośrednio od wykonawców, w zakresie określonym rozporządzeniem.

Niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji wyżej określonej właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Konkluzje:

- 1. Obowiązkiem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował.**
- 2. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. A w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.**
- 3. Zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, i tylko pod warunkiem, gdy wykonawca przy wykazywaniu spełnienia warunków podmiotowych powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia.**
- 4. Niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji, w której w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia polega on na zasobach podmiotów trzecich, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.**

**Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej
przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję
organu założycielskiego tej instytucji
(art. 4 pkt 13 ustawy Pzp)**

Zgodnie z art. 4 pkt 13 Pzp ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) ustawy tej nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki: zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej; organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji; przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm).

Przepis ten wprowadza na grunt prawa polskiego instytucję zamówienia wewnątrzorganizacyjnego tzw. „zamówienia in-house” znaną prawu wspólnotowemu, dopuszczalną na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – obecnie TSUE.

Zgodnie z poglądem wyrażanym wielokrotnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (por. orzeczenie w sprawie C-107/98 „Teckal”) możliwe jest odstąpienie od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku, gdy wykonawca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, jeżeli spełnione są dwa podstawowe warunki:

- 1) organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (wydziałami) oraz
- 2) ów odrębny podmiot musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek.

Jak wskazał ETS w wyroku w sprawie C-340/04 Carbotermo, „ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całości kształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności (...). Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwi instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje. (...) Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami”.

Jeśli chodzi o drugi z ww. warunków, należy zwrócić uwagę, że w tym samym wyroku Trybunał wskazał, iż warunek wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz kontrolującej jednostki zostaje spełniony w sytuacji, gdy działalność wykonawcy poświęcona jest głównie instytucji zamawiającej, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Warunek ten ma celu zapewnienie, aby procedury zamówień publicznych znajdowały zastosowanie w tych przypadkach, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez instytucję zamawiającą działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami.

Co do zasady należy zatem uznać, że przesłanka wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej zachodzi wówczas, gdy rozmiar i zakres działalności wykonywanej na rzecz innych podmiotów jest tego rodzaju, że nie stanowi ona konkurencji dla innych przedsiębiorców działających w tym segmencie rynku.

Odnosząc powyższe do relacji pomiędzy organem władzy publicznej a instytucją gospodarki budżetowej należy zwrócić uwagę na kilka zasadniczych cech tej instytucji.

Jako byt prawny instytucja gospodarki budżetowej jest podmiotem niezależnym od organu władzy publicznej, uzyskuje bowiem osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 23 ust. 5 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. Nr 157 poz. 1240 ze zm.). Ponadto samodzielnie gospodaruje mieniem (art. 28 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Mimo to instytucja gospodarki budżetowej pozostaje jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych (art. 23 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Realizacja zadań publicznych należy zatem do zakresu działalności podstawowej (a w niektórych wypadkach także – wyłącznej) tej instytucji. Jednocześnie organ administracji będący organem założycielskim instytucji gospodarki budżetowej wyposażony jest w kompetencje pozwalające na uznanie, że sprawuje on nad instytucją kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Organ założycielski nadaje instytucji statut, w którym określa m.in. przedmiot działalności podstawowej oraz ewentualnie zasady prowadzenia działalności innej niż podstawowa, a także źródła uzyskiwania przychodów (art. 26 ustawy o finansach publicznych). Organ założycielski powołuje i odwołuje dyrektora instytucji (art. 27 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Ponadto organ założycielski sprawuje istotne funkcje nadzorcze w zakresie gospodarki finansowej instytucji, w tym m.in. wyraża zgodę na dokonywanie zmiany przychodów i kosztów w planie finansowym w trakcie roku budżetowego, na zaciągnięcie zobowiązania przekraczającego 30% rocznych przychodów, ustala zasady zbywania (najmu, dzierżawy, użyczenia) aktywów instytucji (art. 24 ust. 5 i art. 28 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych).

Określone powyżej główne zasady funkcjonowania instytucji gospodarki budżetowej wskazują, że stosunki prawne nawiązywane pomiędzy organem założycielskim a instytucją polegające na udzielaniu instytucji przez ten organ zamówień, o których mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, mogą być kwalifikowane jako zamówienia in-house, a zatem niepodlegające przepisom o zamówieniach publicznych, o ile spełnione zostaną łącznie warunki w tym przepisie wskazane.

W przypadku instytucji gospodarki budżetowej, jako odrębnego podmiotu prawa posiadającego osobowość prawną (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych), relacje warunkujące możliwość dokonywania zamówień typu in-house wiążą ją wyłącznie z organem założycielskim. W odniesieniu do innego podmiotu nie można bowiem wykazać m.in. spełnienia warunku sprawowania przez ten podmiot kontroli na instytucją gospodarki budżetowej. W szczególności relacja taka nie zachodzi pomiędzy instytucją gospodarki budżetowej a inną jednostką organizacyjną podległą organowi założycielskiemu tej instytucji.

Na tym tle pojawiła się kwestia odnośnie do możliwości zlecenia zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez ministerstwo powołane do obsługi ministra będącego organem założycielskim tej instytucji. Należy w tym miejscu wskazać, iż w świetle obowiązujących regulacji prawnych ministerstwo nie jest organem administracji rządowej, lecz stanowi państwową jednostkę budżetową w myśl art. 9 pkt 3 *ustawy z dnia ustawa o finansach publicznych* (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.). Jednak, biorąc pod uwagę, że ministerstwo stanowi aparat wykonawczy ministra i działalność ministerstwa ogranicza się jedynie do stworzenia ministrowi niezbędnych warunków do należytego wykonywania obowiązków, zasadne jest rozciągnięcie stosowania dyspozycji normy z art. 4 pkt 13 Pzp również na ministerstwo, które obsługuje organ założycielski instytucji gospodarki budżetowej w zakresie realizacji zadań ministra.

Stosowanie art. 36 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp – podwykonawstwo a dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do stwierdzenia, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp na zasoby podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami (np. wymaganymi przez zamawiającego urządzeniami).

Tak więc poleganie na zasobach podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp odnosi się do kwestii wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia określonymi przez zamawiającego w ramach danego postępowania (opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) na etapie badania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

Niezależnie od dysponowania zasobami podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozostaje kwestia powierzenia przez wykonawcę wykonania zamówienia podwykonawcom. Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Wskazany przepis ustawy Pzp nie uzależnia dopuszczalności powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom od powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym dopuszczalność powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom oceniana jest według reguł wynikających z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Przy czym nie jest wymagane, aby wykonawca powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego (podwykonawcy) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe, należy stwierdzić, iż powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcy zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp nie stanowi korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Powyższe oznacza, że wykonawca, który na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego (tj. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu) może zastrzec powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcy zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. Taki udział podwykonawcy w wykonaniu zamówienia nie stanowi jednak korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Stwierdzeniu temu nie sprzeciwia się ustalenie, iż powołanie się na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp będzie wiązać się w wielu przypadkach z powierzeniem wykonania części zamówienia takiemu podmiotowi.

Dokonane powyżej ustalenie ma istotne znaczenie dla określenia zakresu zastosowania § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zama-

wiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”. Stosownie bowiem do tego przepisu, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Z wyraźnego brzmienia tego przepisu wynika zatem, iż znajduje on zastosowanie jedynie do przypadku, gdy udział podwykonawcy w wykonaniu zamówienia związany jest z jednoczesnym powoływaniem się przez wykonawcę na zasoby tego podwykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. A contrario nie znajduje on zastosowania do przypadków, gdy co prawda w wykonaniu zamówienia będzie brał udział podwykonawca, ale wykonawca nie powołuje się na jego zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak więc dopiero, gdy łącznie wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy i jednocześnie powołuje się na zasoby tego podwykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, znajduje zastosowanie § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W takim przypadku zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów wymienionych w § 2 tego rozporządzenia dotyczących bezpośrednio samego podwykonawcy.

Forma zobowiązania podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp)

I. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp” wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia stosownego oświadczenia w formie pisemnego zobowiązania.

II. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też, posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odniesienie się do przepisów ustawy z 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) – Kodeks cywilny, dalej „KC”. Z brzmienia art. 78 § 1 KC wynika, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Również w orzecznictwie podkreśla się, że „*minimalnym wymaganiam dla zachowania formy pisemnej jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia*” (wyrok Sądu Najwyższego z 24 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 58/09). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, iż obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy KC.

Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest również interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może bowiem zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Mając na względzie powyższe, za słuszne należy uznać prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (zob. wyrok KIO z 18 marca 2011 r., KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11; wyrok KIO z 6 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 636/11; wyrok KIO z 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11; wyrok KIO z 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11). *A contrario* – jedynie złożenie oryginału dokumentu zawierającego podpis osoby pod treścią oświadczenia, spełnia wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp.

III. Dodatkowo wskazać należy, iż § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, odnosi się jednak tylko do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, które zostały w ww. rozporządzeniu wprost wskazane. Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie wymienia natomiast wśród dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom. Tym samym zastrzeżona w rozporządzeniu o dokumentach możliwość przedłożenia stosownych dokumentów w formie pisemnej lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem nie znajduje zastosowania w odniesieniu do wymienionego wyłącznie w ustawie Pzp dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie odnosi się do zobowiązania podmiotu trzeciego, dla którego ustawa zastrzegła formę pisemną, zwłaszcza, że ustawa jest aktem prawnym wyższego rzędu niż rozporządzenie. Oznacza to, iż wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy ww. rozporządzenia, które odnoszą się do formy innych dokumentów.

**Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający,
że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej
w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem
zamówienia jako dokumenty potwierdzające
ekonomiczną zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia**

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, wskazuje w § 1 ust. 1 pkt 10, że zamawiający może żądać na okoliczność znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

1. Cel żądania polisy

Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podzielić w tym zakresie należy wyrażone w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z 21 maja 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

Dla żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy zamawiający powinien sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia siwz, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10).

Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

- (1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z 18 stycznia 2012 r.);
- (2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

2. Zakres polisy

Przedłożona wraz z ofertą polisa powinna potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym

w KRS wykonawcy. Wystarczy, że ubezpieczenie odnosi się do faktycznie wykonywanej przez firmę działalności (wyrok KIO z 19 maja 2008 r., KIO/UZP 429/08). Przedmiotem badania przez zamawiającego powinno być tylko ubezpieczenie wykonawców w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

3. „Opłacona” polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet – jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego – później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert.

Jak wskazano wyżej, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (por. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku wyjaśnień (por. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). W przypadku braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12 KIO 248/12 KIO/UZP 261/12, wyrok KIO z 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1151/11). Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy na wezwanie zamawiającego przedstawi dokumenty potwierdzające fakt opłacenia polisy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków.

Zamawiający może żądać jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu. Ustawa Pzp ani rozporządzenia wykonawcze do niej nie ustanawiają przepisów szczególnych w stosunku do regulacji kodeksu cywilnego, które nakazywałyby uznać, że na potrzeby wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadania ochrony ubezpieczeniowej wymagane jest opłacenie wszystkich rat składki, przed terminem ich płatności określonym w umowie ubezpieczenia. Zgodnie bowiem z przepisem art. 814 § 1 KC, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się co do zasady z dniem opłacenia pierwszej raty składki. Wskazać zatem należy, że jeżeli w umowie ubezpieczenia postanowiono, że uiszczenie składki następować będzie w oznaczonych w umowie terminach, tj. w ratach (np. miesięcznych, kwartalnych itp.), wówczas pierwsza rata składki, płatna przy zawarciu umowy ubezpieczenia, skutkuje rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej.

Zatem wpłata pierwszej raty jest wystarczająca do osiągnięcia celu umowy ubezpieczenia, której zawarcia wymagał zamawiający, a więc posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i do uznania, że wykonawca przedłożył opłaconą polisę. Żądanie opłacenia pełnej składki, pomimo że po zapłaceniu pierwszej raty

aktywowała się odpowiedzialność ubezpieczyciela, jest więc nieuzasadnione. Powyższe stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w następujących wyrokach: wyrok z 23 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 99/12; wyrok z 2 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2234/11; wyrok z 23.08.2011 r., sygn. akt KIO 1675, KIO 1676/10; oraz stanowisko powyższe podzielił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11.

Wskazać należy również, że z chwilą opłacenia pierwszej raty składki ubezpieczeniowej wykonawca zostaje objęty ochroną ubezpieczeniową na wskazaną przez zamawiającego sumę i okoliczności powyższej nie zmienia fakt, że data uiszczenia kolejnej raty składki jest określona przez konkretne zdarzenie w postaci zawarcia umowy w ramach danego zamówienia publicznego. Postanowienie powyższe nie powoduje bowiem w żaden sposób wstrzymania ochrony ubezpieczeniowej (por. wyrok SO we Wrocławiu z 14 lipca 2011 r., sygn. akt X Ga 213/11).

4. Inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

Zgodnie z art. 809 § 1 k.c. ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. Polisa nie jest jedynym dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia¹¹. Przez pojęcie dokumentu ubezpieczeniowego należy rozumieć nie tylko polisę, ale także przykładowo legitymacje ubezpieczeniowe (potwierdzające zawarcie umów ubezpieczeń zbiorowych) czy tymczasowe zaświadczenie wystawione przez ubezpieczyciela¹². Krajowa Izba Odwoławcza, analizując pojęcie „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia” wskazała ponadto, że za dokument taki może być uznana również nota pokrycia, pod warunkiem, że spełniałaby ona wymogi wskazane w art. 141 ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151, ze zm.), który stanowi, że polisa lub inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia przez oddział lub w inny sposób niż przez oddział w ramach swobody świadczenia usług musi zawierać informacje dotyczące: 1) adresu i siedziby zakładu ubezpieczeń lub odpowiednio adresu oddziału zakładu ubezpieczeń, który udziela ochrony ubezpieczeniowej; 2) miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia; 3) właściwości sądu, w przypadku sporu między stronami umowy ubezpieczenia; 4) daty zawarcia umowy ubezpieczenia i terminu jej obowiązywania; 5) przedmiotu umowy ubezpieczenia i warunków jej wykonania; 6) oznaczenia stron umowy ubezpieczenia; 7) wysokości składki ubezpieczeniowej; 8) wskazania ogólnych warunków ubezpieczenia, w oparciu o które została zawarta umowa ubezpieczenia oraz ich dostarczenia ubezpieczającemu¹³. Uzupełniając powyższe stanowisko, wskazać należy, że brak jest analogicznego obowiązku dla krajowych zakładów ubezpieczeń, choć przepisy rozdziału 1 dział II ustawy o działalności ubezpieczeniowej wskazują pewne obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w praktyce skutkujące ich umieszczeniem właśnie w wydawanym dokumencie ubezpieczenia¹⁴.

Podsumowując, wskazać należy, że *innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*, będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Z treści tego dokumentu lub z załączonego do niego dodatkowych dokumentów powinien wynikać fakt

¹¹ Opinia sporządzona przez Z. Standara na zlecenie Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 28 lipca 2006 r., tekst opinii dostępny w wersji elektronicznej na www.sejm.gov.pl.

¹² Por.: Komentarz do art. 809 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] D. Mróz, Komentarz do ustawy z 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U.07.82.557), w zakresie zmian do ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93), LEX/el. 2008.

¹³ Por. wyrok KIO z 22 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 610/09.

¹⁴ Komentarz do art. 141 ustawy z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U.10.11.66), [w:] M. Adamowicz, A. Brodecka-Chamera, D. Fuchs, M. Glicz, B. Janyga, S. Koroluk, J. Kruczalak-Jankowska, K. Malinowska, D. Maśniak, J. Nawracała, M. Serwach, E. Spigarska, E. Wieczorek, A. Wowerka, Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Tom I, Komentarz, LEX, 2010, wyd. II.

opłacenia przez wykonawcę składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy nie później niż do upływu terminu składania ofert. Użyte bowiem przez ustawodawcę określenie „opłacona” odnosi się bowiem nie tylko do pojęcia „polisa”, ale również do objętego koniunkcją „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że w świetle obowiązujących przepisów nieopłaconej polisy nie można zakwalifikować do katalogu innych dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie można zatem podzielić poglądu wyrażonego w uchwale KIO z 14 stycznia 2011 r. (KIO/KU 108/10), zgodnie z którym nieopłaconą polisę można uznać za „inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony”, o którym mowa w rozporządzeniu. Należy ponadto wskazać, że możliwość posłużenia się „innym dokumentem” ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej (tak: wyrok KIO z 15 marca 2012 r., KIO/UZP 421/12, wyrok z 24 lutego 2012 r., KIO/UZP 301/12), co dodatkowo potwierdza prezentowane stanowisko.

Podsumowanie:

- wykazanie się na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stosowną polisą ubezpieczeniową ma na celu wykazanie się przez wykonawcę określonym statusem ekonomiczno-finansowym, nie zaś ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia;
- polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej nie musi być tożsama z pełnym zakresem działalności ujawnionym w KRS wykonawcy, ale powinna potwierdzać ubezpieczenie wykonawcy w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia;
- wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; nie można uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisy, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert;
- w przypadku, gdy umowa ubezpieczeniowa przewiduje rozłożenie zapłaty kwoty ubezpieczenia na raty, zamawiający może żądać potwierdzenia opłacenia jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu;
- brak potwierdzenia w samym dokumencie polisy faktu jej opłacenia i brak załączenia przez wykonawcę innych dokumentów potwierdzających opłacenie polisy powoduje, że aktywuje się obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia jest inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia i opłacenie składki; waloru takiego dokumentu nie można przypisać nieopłaconej polisie.

Publikowanie ogłoszeń w siedzibie zamawiającego poprzez zastosowanie elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykaniem)

Przepisy art. 40 ust. 1, 12a ust. 3, art. 92 ust. 2, art. 115 ust. 1 ustawy Pzp obligują zamawiającego do informowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wskazanych w tych przepisach czynnościach, tj. o:

- wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (art. 40 ust. 1 ustawy Pzp);
- zmianie ogłoszenia o zamówieniu (art. 12a ust. 3 ustawy Pzp);
- wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 92 ust. 2 ustawy Pzp) i
- wszczęciu postępowania w trybie konkursu (art. 115 ust. 1 ustawy Pzp)

poprzez zamieszczenie stosownych informacji w *miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego*.

Siedzibą zamawiającego, w której ma być zamieszczone ogłoszenie, informacja o jego zmianie czy też o wyborze oferty najkorzystniejszej – jest budynek, w którym zamawiający prowadzi swoją działalność, a miejscem powszechnie dostępnym w tej siedzibie – jest miejsce, do którego osoby niebędące pracownikami zamawiającego mają swobodny dostęp, tj. bez przepustek, pozwoleń, haseł dostępu oraz opłat itp. i w którym mogą zapoznać się bezpośrednio z treścią ogłoszenia/zmian do niego/informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z powyższego wynika więc, że ustawodawca nie określa imperatywnie sposobu zamieszczenia wskazanych wyżej informacji w siedzibie zamawiającego, koncentrując się jedynie na zapewnieniu wszystkim zainteresowanym (nie tylko wykonawcom) nieskrępowanego dostępu do ich treści. Jakkolwiek dyspozycje omawianych przepisów realizowane są przez zamawiających z reguły poprzez zamieszczenie ogłoszenia/zmian w jego treści/informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w siedzibie zamawiającego na tzw. tablicy ogłoszeń, nie przekreśla to możliwości zamieszczenia ich w publicznie dostępnym miejscu w siedzibie zamawiającego w inny sposób, np. poprzez upublicznienie ogłoszenia/zmian w jego treści/informacji o wyborze za pośrednictwem ogólnie dostępnej elektronicznej tablicy informacyjnej (ekranu sterowanego dotykaniem), oznaczonej jako miejsce publikacji ogłoszeń i innych informacji o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez danego zamawiającego. Jeżeli zatem przyjęty przez zamawiającego sposób zamieszczenia ww. informacji w jego siedzibie nie będzie prowadził do ograniczeń w zakresie dostępu do nich dla wszystkich zainteresowanych, a w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego znajdzie się również czytelna informacja o miejscu publikacji informacji, o których mowa m.in. w przepisach art. 40 ust. 1, 12a ust. 3, 92 ust. 2, czy 115 ust. 1 ustawy Pzp na sterowanej elektronicznie tablicy informacyjnej, można uznać go za spełniający warunek zamieszczenia „w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego”.

Istotne jest więc, aby elektroniczna tablica informacyjna umożliwiająca publikację ogłoszenia/zmian jego treści/ informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego oraz przeglądanie ww. informacji przez zainteresowane osoby spełniała przesłankę Nielimitowanej dostępności (brak opłat za korzystanie czy haseł), umożliwiając swobodne przeglądanie informacji zamieszczonych przez danego zamawiającego. Powinna ona również znajdować się w siedzibie zamawiającego – w specjalnie wydzielonym do tego, w sposób jasny i czytelny oznaczonym – miejscu, do którego nieskrępowany dostęp ma każda osoba niebędąca pracownikiem zamawiającego, która wyrazi wolę zapoznania się z treścią ogłoszeń/zmian w ich treści/innych informacji o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto powinna być również zapewniona czysto techniczna możliwość zapoznania się z treścią ww. informacji

w sposób nielimitowany, ciągły i bezpośredni poprzez dostęp do pełnej ich treści za pomocą prostej i jasnej instrukcji korzystania z ekranu dotykowego umożliwiającego zapoznanie się z ogłoszeniami/zmianami do nich w wersji elektronicznej.

Jeżeli zatem sposób publikacji informacji, o których mowa w art. 40 ust.1, 12a ust. 3, 92 ust. 2, 115 ust. 1 ustawy Pzp za pośrednictwem elektronicznej tablicy informacyjnej umieszczonej w siedzibie zamawiającego odpowiada powyżej opisanym warunkom, należy uznać go za zgodny z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Oferta z rażąco niską ceną

I. Przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) nakładają na zamawiających obowiązek przestrzegania przy udzielaniu zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji. Istotnym naruszeniem tej zasady są działania wykonawców polegające na przedstawianiu ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, stąd ustawa przewiduje rozwiązania prawne umożliwiające zamawiającym ustalenie, czy badana oferta taką cenę zawiera, a w przypadku stwierdzenia takiego faktu – umożliwiające odrzucenie oferty (arg. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych). W myśl przepisów ustawy, w przypadku powzięcia podejrzenia co do przedstawienia przez wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę, na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia i przeprowadzenia procedury, której celem jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z poziomem cenowym tej oferty. Brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, że zamawiający powinien zaakceptować w tym zakresie jakąkolwiek formę i treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Wręcz przeciwnie – przepis ustawy nakazuje zamawiającemu dokonać ustaleń w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz ocenić dostarczone przez wykonawcę dowody. W toku oceny wyjaśnień zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów), ale również wszelkie inne czynniki wpływające na wysokość oferty, które wskaże wykonawca, jeśli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.

Przepis ustawy wyraźnie wskazuje więc, że zamawiający powinien dać wykonawcy szansę założenia wyjaśnień i dowodów na ich poparcie, ale brak przekonujących wyjaśnień wykonawcy lub wyjaśnienia i dowody świadczące o rażąco niskiej cenie powinny powodować odrzucenie oferty.

II. Obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny stanowią transpozycję do polskiego systemu prawnego przepisów ustawodawstwa Unii Europejskiej, w tym m. in. art. 55 Dyrektywy z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy oraz usługi 2004/18/WE (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. L 134/114) oraz wynikają z zasad wypracowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ani przepisy Dyrektywy, ani orzecznictwo Trybunału nie konstruuje ram odnoszących się do pojęcia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C – 103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na postawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

Dodatkowo wskazać należy, iż w celu usprawnienia procesu realizacji procedur zamówień publicznych, pod przewodnictwem Komisji Europejskiej podjęta została inicjatywa modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych, mająca na celu zwiększenie skuteczności rynku zamówień publicznych poprzez uproszczenie i aktualizację prawodawstwa europejskiego, a obszary zmian zostały zaproponowane w Zielonej Księdze

w sprawie modernizacji europejskiego rynku zamówień publicznych (sygn. COM [2011] 015 Rada UE 5962/11). W ramach prowadzonych konsultacji Polska, mając na uwadze trudności, jakie napotyka zamawiający w toku udzielania zamówień publicznych, w tym również w związku z koniecznością analizy ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, dostrzegając potrzebę zmian przepisów w zakresie, w jakim prowadzą one do zwiększenia pewności prawnej procesu udzielania zamówień publicznych, zgłosiła wiele postulatów w tym zakresie. Stosownie do stanowiska rządu, przyjętego przez Komitet do Spraw Europejskich 25 marca 2011 r., uzasadnione wydaje się doprecyzowanie niektórych rozwiązań funkcjonujących w ramach zamówień publicznych, co może dotyczyć również kwestii wprowadzenia do regulacji Unii Europejskiej dodatkowych uregulowań związanych z problematyką rażąco niskiej ceny. Wprowadzenie stosowanych zmian w regulacjach unijnych pozwoli na przyjęcie w przyszłości odpowiednich rozwiązań w tym zakresie na gruncie prawa krajowego.