

Wskazówki dotyczące prawidłowego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku drewnianego

Wojciech Wołoszyk – Kancelaria Prawna <<IURIDICO>>

„Szkolenie z zakresu budownictwa drewnianego w ramach projektu Polskie
Domy Drewniane”

Puszczykowo, 06.07.2017

Pułapki jakich należy unikać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia

- Brak zachowania równowagi pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a kryteriami oceny ofert;
- Wadliwe sformułowanie warunków udziału powodujące komplikacje w zakresie podwykonawstwa;
- Traktowanie kryteriów pozacenowych oceny ofert jako przeszkody w przeprowadzeniu postępowania;
- Niewłaściwe stosowanie art. 36a ust. 2 PZP – zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia;
- Wybór doświadczonego i rzetelnego wykonawcy a nadmierne ograniczanie dostępu do zamówienia;
- Nadużywanie klauzul społecznych;
- Dopuszczenie do powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy;
- Procentowe ograniczenie części zamówienia powierzanych podwykonawcom;

- Nieprawidłowe przygotowanie Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU);
- Brak konsekwencji pomiędzy zapisami SIWZ a etapem realizacji;
- Całkowite zachwianie równowagi kontraktowej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;
- Niekorzystne warunki rozliczenia finansowego (wydłużanie okresów rozliczeniowych, utrudnianie i nadmierne formalizowanie rozliczenia, brak zaliczek);
- Brak przemyślanego katalogu przesłanek do zmiany umowy – art. 144 ust. 1 pkt 1 PZP.
- Problemy związane z podwykonawstwem;
- Zbyt wysokie kary umowne;
- Znowelizowane zasady odpowiedzialności solidarnej Inwestora zgodnie z art. 647[1] Kc a PZP – art. 143c ust. 8 PZP

ZASTRZEŻENIE OSOBISTEGO WYKONANIA KLUCZOWYCH CZĘŚCI ZAMÓWIENIA – ART. 36A PZP

Istotną zmianą dokonaną nowelizacją, która weszła w życie 28 lipca br., jest uchylenie przepisu art. 36a ust. 3 p.z.p. Skutek jest taki, że zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia będzie wykluczało skorzystanie ze wsparcia nie tylko podwykonawców, tak jak było dotychczas, ale także podmiotu udostępniającego zasoby. W poprzednim stanie prawnym podmiot udostępniający zasoby był w tym zakresie traktowany na równi z samym wykonawcą. To, co mógł wykonać wykonawca, mógł wykonać także podmiot trzeci. Zatem, mimo formalnego obowiązku osobistego wykonania danej części zamówienia przez wykonawcę, mógł on w praktyce powierzyć jej wykonanie podmiotowi udostępniającemu zasoby.

Począwszy od lipca 2016 roku, nie ma już możliwości, by „kluczowe części zamówienia” wykonywał podmiot udostępniający wykonawcy swoje doświadczenie.

Z powyższego wynika, że:

- jeżeli Zamawiający zastrzegł realizację „kluczowych części zamówienia” przez Wykonawcę osobiście, wówczas to właśnie Wykonawca ma je zrealizować i nie ma tu wyjątku,
- jeżeli warunki udziału w postępowaniu dotyczą posiadania doświadczenia w zakresie realizacji kluczowych części zamówienia, wówczas brak jest możliwości powoływania się przez Wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego na podstawie art. 22a ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

I jeszcze przytoczenie przepisów wraz ze wskazaniem zmian:

Art. 22a.

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

(...)

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Art. 36a. 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

2a. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

~~3. Zastrzeżenie, o którym mowa w ust. 2, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1.~~
(uchylony).

Podwykonawstwo

- Nowe regulacje wprowadzone nowelizacją Prawa zamówień publicznych z lipca 2016 roku zwiększają kontrolę zamawiającego nad tym, kto faktycznie wykonuje zamówienie. Poza wprowadzeniem dodatkowych obowiązków wykonawców mogą one ograniczyć krąg potencjalnych podwykonawców, których tak jak wykonawców będą obowiązywać przesłanki wykluczenia z postępowania.
- Celem nowej regulacji, jak wskazuje ustawodawca europejski w motywie 105 preambuły dyrektywy 2014/24, jest zapewnienie przejrzystości w łańcuchu podwykonawców, tak by instytucje zamawiające wiedziały, kto jest obecny na placach budowy, na których wykonywane są na ich rzecz roboty budowlane, oraz jakie przedsiębiorstwa świadczą usługi w budynkach, obiektach infrastruktury lub obszarach (takich jak ratusze, szkoły komunalne, obiekty sportowe, porty czy autostrady), za które instytucje zamawiające są odpowiedzialne lub nad którymi sprawują bezpośredni nadzór.

Informacje o zakresie podwykonawstwa i nazwach podwykonawców

- Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 36b PZP zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Przepis dotyczy wszystkich zamówień – na roboty budowlane, usługi oraz na dostawy.
- W praktyce zatem wymóg podania powyższych informacji będzie stałym elementem dokumentacji postępowania tworzonej przez zamawiającego.
- Takie wymaganie egzekwowane na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może stwarzać problemy wykonawcom robót budowlanych. Tego typu zamówienia często są skomplikowane i długotrwałe, a krótki czas na przygotowanie oferty oraz niepewność co do uzyskania zamówienia w wielu przypadkach mogą decydować o braku listy podwykonawców już na etapie składania oferty.

Dalsze informacje o podwykonawcach

- Szczególne obowiązki informacyjne występują w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane oraz zamówień na usługi, które mają być wykonywane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego. W ich przypadku zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał, o ile są już znane:
 - nazwy lub imiona i nazwiska podwykonawców,
 - dane kontaktowe do podwykonawców oraz osób do kontaktu z nimi.
- Jeżeli w późniejszym okresie, tj. po rozpoczęciu wykonywania zamówienia, przekazane dane się zmienią albo pojawi się nowy podwykonawca, któremu wykonawca zamierza powierzyć część zamówienia, wykonawca jest obowiązany przekazać odpowiednie informacje zamawiającemu. Obliguje go do tego sam przepis ustawy, co powoduje, że taki obowiązek nie będzie uzależniony od żądania zamawiającego.
- Już nie obligatoryjnie, jak w przypadku wykonawców robót budowlanych i usług na terenie nadzorowanym przez zamawiającego, ale według swojego uznania zamawiający może żądać wskazanych wyżej szczegółowych informacji o podwykonawcy zamówień na dostawy oraz na usługi inne niż te, które są wykonywane w miejscu podlegającym bezpośrednio nadzorowi zamawiającego, a także o dostawcach uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Weryfikacja podwykonawców pod względem przesłanek wykluczenia z postępowania

Nowelizacja PZP z lipca 2016 roku wprowadziła możliwość weryfikacji podwykonawców pod kątem przesłanek wykluczenia z postępowania. Zgodnie z poprzednim stanem prawnym przesłanki wykluczenia dotyczyły wykonawcy oraz ewentualnie podmiotu udostępniającego zasoby, jeśli taki występował w danym postępowaniu. Obecnie (choć należy podkreślić, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek) zamawiający może żądać od wykonawców wykazania braku istnienia podstaw wykluczenia jego podwykonawców z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 25a ust. 5 p.z.p., gdy wykonawca deklaruje udział podwykonawcy na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jego obowiązki są następujące:

- w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych¹ wykonawca zamieszcza informacje o podwykonawcach w i tak składanym przez niego oświadczeniu dotyczącym braku spełnienia przez niego przesłanek wykluczenia oraz spełnieniu kryteriów selekcji;
- w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych wykonawca składa jednolite dokumenty (JEDZ) dotyczące każdego z podwykonawców.

Nieco inaczej ustawodawca opisuje dokumenty, jakich może żądać zamawiający, jeśli do powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia dochodzi już na etapie realizacji zamówienia. Wówczas wykonawca, na żądanie zamawiającego, przedstawia oświadczenie o braku przesłanek wykluczenia i spełnieniu kryteriów selekcji – czyli dokumenty podmiotowe wykonawcy (nie podwykonawcy), o których mowa w art. 25a ust. 1 p.z.p., lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że ustawodawca odnosi powyższe warunki jedynie do zatrudniania podwykonawców zamówień na roboty budowlane i usługi, pomijając podwykonawców zamówień na dostawy. Tymczasem przywołana wyżej regulacja art. 25a ust. 5 p.z.p dotyczy wszystkich podwykonawców – również tych w ramach zamówień na dostawy.

Istotne jest także to, że kontrola podmiotu angażowanego już w trakcie realizacji zamówienia może być prowadzona nie tylko wobec bezpośredniego podwykonawcy, lecz także wobec dalszych podwykonawców, pod warunkiem jednak, że taka możliwość została przewidziana przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia podwykonawcy wykonania części zamówienia.

Niedopuszczalność powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy

- Wykonawca **nigdy nie może** powierzyć wykonania 100% zamówienia jednemu podwykonawcy.
- Wszystkie przepisy p.z.p., które traktują o podwykonawstwie, posługują się pojęciem „części zamówienia”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego część to jeden z elementów, na które dzieli się jakaś całość, pewna ilość z całości, lub to przedmiot stanowiący jakiś dający się samodzielnie wyodrębnić element większej całości. Słowo „część” posiada wiele synonimów, a wśród nich: fragment, ułamek, procent, wycinek.
- Część zamówienia, nigdy więc nie będzie oznaczała 100% zamówienia, bo jest to **logicznie sprzeczne** z regułami języka polskiego. Biorąc więc pod uwagę wykładnię językową przepisu art. 36a ust. 1 p.z.p. oraz art. 36b ust. 1 p.z.p., ustawodawca dopuszcza możliwość powierzenia jednemu podwykonawcy jakiegoś fragmentu zamówienia. Wykładnia taka jest też spójna z brzmieniem definicji umowy o podwykonawstwo w art. 2 pkt 2b p.z.p., zgodnie z którą jest to umowa której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia. **Niedopuszczalne** więc będzie ustanowienie 100% podwykonawstwa jednego podmiotu dla zamówienia publicznego, a o które ubiega się Wykonawca.
- Jednakże w obecnym stanie prawnym (a także w poprzednim) nie ma przepisów zakazujących ustanowienia kilku podwykonawców na poszczególne części zamówienia, gdy suma tych części da 100%. Jednakże jest to możliwe także wyłącznie w przypadku gdy zamawiający **nie skorzystał z zastrzeżenia** o którym mowa w art. 36a ust. 2 p.z.p. (obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę).

Niedopuszczalność wprowadzania ograniczeń procentowych co do udziału podwykonawców

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2016 r. (C-406/14)

- Procentowe, abstrakcyjne ograniczenie korzystania z podwykonawców w realizacji zamówienia jest **niezgodne z zapisami** dyrektywy klasycznej.
- Rozważając pojęcie nieprawidłowości, skład orzekający wskazał, iż zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 ma ono zastosowanie do każdego naruszenia przepisu prawa unijnego, które wynika z działania lub zaniechania podmiotu, które może spowodować lub spowodowało **szkodę w budżecie unijnym**. Nieprawidłowość w zakresie udzielania zamówień publicznych mieści się w zakresie podmiotowym rozporządzenia 1083/2006.
- W razie stwierdzonej nieprawidłowości art. 98 ust. 1 i 2 rozporządzenia 1083/2006 wymaga każdorazowo dokonania korekty finansowej. Procentowe wskazanie robót, które wykonawca ma zrealizować w sposób samodzielny jest naruszeniem przepisów prawa unijnego, które wpływa niekorzystnie na stan budżetu UE, wobec czego **Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju miało prawo do nałożenia korekty finansowej na Miasto Wrocław.**

Czy zamawiać inwestycję w trybie „zaprojektuj i zbuduj” (ZiZ) czy najpierw projekt a potem wykonanie – mocne i słabe strony obu systemów w świetle PZP

- System ZiZ został wymyślony, aby zminimalizować ryzyka związane z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwej lub niekompletnej, lub zawierające nieoptymalne rozwiązania dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, **ale też umożliwić Wykonawcy proponowania własnych, innowacyjnych rozwiązań z korzyścią zarówno dla Wykonawcy jak i Zamawiającego.**
- Daje on możliwość projektowania branż pod konkretnego dostawcę lub stosowanie rozwiązań konstrukcyjno-montażowych, które dany wykonawca robót ma najlepiej opanowane i do których jest przygotowany sprzętowo, co w efekcie zmniejsza ceny realizacji zadania.

„Zaprojektuj i zbuduj”

- Owe obopólne korzyści trudno czasem dostrzec analizując projekty ZiZ (D&B) w polskiej rzeczywistości, w szczególności realizowane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp).
- Niewątpliwą zaletą systemu „Zaprojektuj i Wybuduj” jest mniejsza ilość problemów po stronie Zamawiającego, który decydując się na realizację inwestycji w ww systemie eliminuje ze swoich czynności m.in. weryfikację i odbiór prac projektowych, uzyskanie pozwolenia na budowę. Również sama procedura udzielenia zamówienia jest niewątpliwie mniej skomplikowana – jeden przetarg w miejsce dwóch, ograniczona ilość pytań ze strony Wykonawców, zmniejszone ryzyko zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oraz mniejsze ryzyko odrzucenia korzystnej cenowo oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W przypadku dobrze opracowanych materiałów przetargowych, w szczególności projektu umowy możliwe jest również uniknięcie przez Zamawiającego aneksów terminowych i roszczeń, które są zmorą tradycyjnych kontraktów, w których Zamawiający ponosi odpowiedzialność za błędy w dokumentacjach.
- Zasadniczo dobrze przygotowane materiały przetargowe pozwalają Zamawiającemu na wskazanie i przekazanie wielu ryzyk Wykonawcy, który będzie w stanie sobie z nimi poradzić bez angażowania Zamawiającego. Zamawiający w takim przypadku tylko raz musi pochylić się nad przygotowaniem inwestycji i teoretycznie przy bardzo sprzyjających warunkach może jej bieg pozostawić Wykonawcy.

Model „Zaprojektuj i Zbuduj” ...

...stawia Wykonawcę inwestycji wobec problemu odpowiedzialności za błędy projektowe, którą wziął na siebie, przyjmując realizację od projektu do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Nie ma wątpliwości, że taka odpowiedzialność istnieje. Wynika ona z różnych regulacji prawnych, w zależności od tego, w jakiej relacji pozostają Projektant i Wykonawca.

Jeżeli Projektant jest pracownikiem Wykonawcy, odpowiedzialność za jego błędy wynika z przepisów Kodeksu pracy. Jeżeli jednak z Wykonawcą wiąże go umowa cywilnoprawna, na przykład o dzieło, wtedy odpowiedzialność ta wynika z przepisów Kodeksu cywilnego (K.c.).

Tutaj, dla porządku, należy poczynić rozróżnienie, czy szkody są wyrządzone Inwestorowi czy osobom trzecim. Jeżeli Inwestor jest poszkodowanym, wtedy odpowiedzialność Wykonawcy za błędy Projektanta – Podwykonawcy oparta jest na dyspozycji art. 474 Kodeksu cywilnego.

Jeżeli poszkodowanym jest osoba trzecia, należy przyjąć, że odpowiedzialność przedsiębiorstwa budowlanego wynika z artykułu 435 Kodeksu cywilnego, zatem nie ma możliwości powołania się na przepisy artykułu 429 Kodeksu cywilnego zwalniające od odpowiedzialności tego, kto powierza wykonanie czynności innej osobie.

Zalety i wady systemu „zaprojektuj i zbuduj”

- Ryzykiem Wykonawcy jest przede wszystkim konieczność ścisłej współpracy z Projektantem, którego efekty pracy nie zawsze jest w stanie zweryfikować (np. poprawność obliczeń konstruktora), a za błędy którego w systemie **D&B** ponosi on odpowiedzialność niezależnie od tego czy ów Projektant jest Konsorcjantem czy też Podwykonawcą. Zdarza się, że mniej doświadczeni Wykonawcy nie rozumieją procesu projektowego i nie potrafią współpracować z projektantami stosując kryterium Zamawiającego, czyli „**najtańszy najlepszy**”, co w tym przypadku może mieć dla nich bardzo poważne skutki finansowe, a każde opóźnienie odbije się wprost na skróceniu czasu na budowie dla Wykonawcy. Projektanci ze swej strony też nie zawsze potrafią projektować dla Wykonawcy; nie rozumieją, iż w systemie **D&B** stoją po tej samej stronie co Wykonawca i dopiero ich wspólny wysiłek może przynieść wymierny efekt.
- Zagrożeniem dla Zamawiającego jest efekt końcowy, ryzyko w zakresie zastosowanych materiałów czy trwałości poszczególnych rozwiązań. Jakość produktu końcowego może pozostawiać wiele do życzenia. Wadą tego systemu może okazać się wyższa cena, która zawiera w sobie ryzyka związane między innymi z uzyskaniem wszelkiego rodzaju dokumentów formalnoprawnych (warunki techniczne, uzgodnienia, zgoda na wejście na teren itp.), ryzyko ceny ryczałtowej tj. zawiera zwiększone koszty robót nieprzewidzianych. W systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” zamawiający ma mniejszy wpływ na rozwiązania projektowe.

- Obie strony, w szczególności zaś Zamawiający musi przejść edukację w tym procesie. Chodzi tu głównie o powszechne praktyki Zamawiających tj.:
 - stosowanie ceny jako jedynego rzeczywistego kryterium oceny ofert (kryteria pozacenowe mają częstokroć charakter fikcyjny),
 - przerzucenia wszystkich ryzyk związanych z realizacją inwestycji na Wykonawcę,
 - kształtowanie treści umów o roboty budowlane z rażącym naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego,
 - stosowanie niekorzystnych warunków płatności (np. długie terminy płatności faktur, rozliczenia kwartalne zamiast miesięcznych, brak zaliczek itp.).
 - Dodatkowo należałoby uporządkować kwestie standardów technicznych i norm oraz przepisów prawa.

Program funkcjonalno-użytkowy – ROZPORZĄDZENIE MINISTRA INFRASTRUKTURY z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego

§ 18. 1. Część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

1) opis ogólny przedmiotu zamówienia;

2) opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Opis ogólny przedmiotu zamówienia obejmuje:

1) charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych;

2) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;

3) ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe;

4) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 "Właściwości użytkowe w budownictwie. Określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych", jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:

a) powierzchnie użytkowe poszczególnych pomieszczeń wraz z określeniem ich funkcji,

b) wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,

c) inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,

d) określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników.

3. Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia należy określić, podając, odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące:

- 1) przygotowania terenu budowy;
- 2) architektury;
- 3) konstrukcji;
- 4) instalacji;
- 5) wykończenia;
- 6) zagospodarowania terenu.

4. Opis wymagań, o których mowa w ust. 3, obejmuje:

- 1) cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;
- 2) warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, o których mowa w rozdziale 3.

Warunki udziału w postępowaniu

Art. 22. [Warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie; opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków]

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Warunki udziału a kryteria pozacenowe

Nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. do katalogu kryteriów, które zamawiający może stosować, dodano organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Włączenie tego kryterium do katalogu kryteriów oceny ofert było wynikiem transpozycji art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE10 .

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kryterium to dotyczy osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a nie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia wykonawcy. Zasadnicza różnica między kryteriami a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert - przedmiotu zamówienia. Stąd w katalogu kryteriów oceny ofert wyraźnie wskazano, że ocenie podlegają kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a nie kwalifikacje zawodowe i doświadczenie wykonawcy.

W pierwszej kolejności, dla porządku, trzeba odróżnić warunki od kryteriów.

*Warunki są to wymogi zamawiającego, dotyczące pewnych **cech wykonawcy** (np. płynność, ubezpieczenia, doświadczenie, dysponowanie personelem). Warunki oceniane są w sposób zero-jedynkowy, to znaczy jeśli wykonawca ich nie spełnia, jego oferta nie jest oceniana; jeśli spełnia, to oferta jest oceniana, zaś sam warunek nie podlega, co do zasady, stopniowaniu. Od tej zasady jest jednak wyjątek, w przypadku gdy zamawiający wskazuje, że zaprosi do składania ofert określoną liczbę wykonawców (np. pięciu), a otrzymuje wnioski o udział w postępowaniu od większej ich liczby. Wówczas, w celu zaproszenia wskazanej liczby pięciu wykonawców, może dokonać oceny stopnia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaprosić tych pięciu wykonawców, którzy w największym stopniu spełniają warunki.*

*Kryteria odnoszą się z kolei do **cech oferty wykonawcy**, a nie do osoby wykonawcy. Pozwalają zatem wybrać najkorzystniejszą ofertę spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym ze swej natury, co do zasady, stosowanie kryteriów oceny ofert mających charakter podmiotowy, a zatem dotyczących cech osobistych wykonawcy, nie jest dopuszczalne.*

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy PZP).

W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy PZP wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej.

Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy PZP wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy.

Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy.

Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży

Wskazując na niedopuszczalność zastosowania jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży, należy jednocześnie zaznaczyć, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP).

Tym samym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizowaniu określonych zamówień nie pozostaje bez znaczenia dla oceny możliwości udzielenia zamówienia publicznego temu wykonawcy.

Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia

Kryteria pozacenowe oceny ofert

- Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert umożliwia zamawiającemu osiągnięcie celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W świetle aktualnych przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych cena może stanowić maksymalnie 60% kryterium oceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia. W zakresie kryteriów pozacenowych dopuszczalne jest również stosowanie kryteriów jakościowych.
- W wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku gruntownej zmianie uległ m.in. art. 91 ust. 2a PZP, który aktualnie stanowi, iż zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3).

Zgodnie z poprzednim brzmieniem art. 91 ust. 2a PZP kryterium ceny mogło być stosowane jako jedyne zasadniczo tylko w przypadku gdy przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe. Na temat rozumienia pojęcia powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów wypowiedała się już niejednokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwałach dotyczących zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej. W jednej z uchwał wydanych po nowelizacji z lipca 2016 roku czytamy:

„Przedmiot zamówienia o ustalonych standardach jakościowych to przedmiot zamówienia, który nie będzie przedmiotem zamówienia nietypowym lub specjalistycznym. Jako „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone zamówienia mają „ustalone standardy jakościowe” tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa lub dostawa będzie identyczna. Pojęcie usługi powszechnej występuje na gruncie ustawy o publicznym transporcie zbiorowym, gdzie jest mowa o powszechnej dostępności do usługi publicznego transportu zbiorowego, ustawy – Prawo telekomunikacyjne, gdzie mowa jest o dostępie do powszechnych usług, a także ustawy – Prawo pocztowe, gdzie wskazuje się na powszechne usługi pocztowe” .

Kryterium jakościowe oceny ofert w zakresie organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia

W wydanym 26 marca 2015 r. wyrok TSUE w sprawie C-601/13 (Ambisig) szczegółowo analizował kwestię kryterium jakościowego oceny ofert w zakresie organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Przedmiotem zamówienia w sprawie Ambisig było świadczenie usług szkolenia i doradztwa. Ustalając wagę kryterium ceny na symbolicznym poziomie 5%, zamawiający przewidział następujące kryteria pozacenowe:

1. ocena ekipy 40%, w tym: skład ekipy, doświadczenie i ocena życiorysów,
2. jakość i zalety oferowanej usługi 55%, w tym:
 - 1) zaproponowana struktura wraz z programem prac;
 - 2) opis technik, jakie będą stosowane, i metod działania;
 - 3) opis metod weryfikacji i kontroli jakości pracy w ramach poszczególnych dziedzin działania.

Zamawiający podkreślał, że kryteria te miały na celu ocenę konkretnej ekipy technicznej, jaką wykonawca proponuje przeznaczyć do wykonania zamówienia, a doświadczenie tej ekipy jest cechą charakterystyczną oferty, a nie wykonawcy. (Taki pogląd wyraził również sąd portugalski).

Trybunał zaakceptował powyższe kryteria jako prawidłowe.

Trybunał wskazał, że zdolność do wykonania zamówienia może zależeć w znacznym stopniu od zawodowej wartości osób zobowiązanych do jego wykonania, a na wartość tę składa się również doświadczenie zawodowe i wykształcenie tych osób, szczególnie, gdy usługa ma charakter intelektualny.

Zatem jeżeli zamówienie ma być wykonywane przez ekipę, to kompetencje i doświadczenie jej członków mają determinujące znaczenie dla oceny zdolności zawodowej tej ekipy.

Zdolność ta może być cechą charakterystyczną oferty i jest związana z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 53 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, w związku z tym zdolność ta może stanowić kryterium oceny ofert.

Pozacenowe kryteria oceny ofert wg UZP

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0023/34718/RAPORT-KRYTERIA_2017_05.pdf

Skupienie się zamawiających wyłącznie na tym, aby otrzymać jak najtańszy produkt bez zagwarantowania odpowiedniej jego jakości, prowadziło do wielu patologii na rynku zamówień publicznych, tj. nabywania dostaw, usług, robót budowlanych, których cena nabycia podana w ofercie była niska, ale koszty używania bardzo wysokie lub też jakość na nieakceptowalnie niskim poziomie, co w efekcie powodowało konieczność wydatkowania dodatkowych środków na realizację zamówienia.

Ograniczeniu tych negatywnych zjawisk miały służyć zmiany legislacyjne wprowadzane ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) oraz ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Pierwsza z nich niestety nie przyniosła efektu zgodnego z intencją ustawodawcy - zamiast wykorzystywania kryteriów ukierunkowanych na otrzymanie produktu czy usługi określonej jakości zamawiający skupili się na formalnym wypełnieniu nakazu prawa, stosując poza ceną kryteria odnoszące się do czasu realizacji bądź okresu gwarancji lub wyznaczając dla pozacenowych kryteriów oceny ofert minimalną, często symboliczną wagę procentową.

Następna próba zmiany sytuacji w zakresie efektywnego stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert podjęta nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. pozwala dostrzec pozytywne efekty wprowadzanych zmian.

Trzy najczęściej stosowane kryteria pozacenowe, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia, jakie zamawiający stosowali w 2015 r., to:

- termin realizacji/czas dostawy,
- gwarancja/rękojmia,
- płatność.

Jakość/funkcjonalność/parametry techniczne to kryteria, które występowały na poziomie 6% w postępowaniach poniżej progów unijnych i 11% w postępowaniach powyżej progów unijnych, przy czym waga tych kryteriów najczęściej nie przekraczała 20%.

Tym samym pomimo istotnego wzrostu zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w dalszym ciągu kryteria, które miałyby istotny wpływ na jakość, były stosowane w stosunkowo niewielkiej liczbie postępowań i nie przyznawano im dużej wagi.

Kryteria przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań / zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji / czas dostawy	2 544	33%	1	9	70
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	1 767	23%	1	10	90
płatności (warunki, terminy itp.)	916	12%	1	6	50
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	793	10%	1	20	85
wiedza / doświadczenie	326	4%	3	22	80
czas reakcji	250	3%	1	8	40
cena	7 741	100%	5	86	99,70

Tabela nr 11

Kryteria po wejściu w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. (2016 r. i I kwartał 2017 r.)

Kryterium	Liczba	Odsetek postępowań / zadań	Waga kryterium [%]		
			Minimum	Średnia	Maksimum
termin realizacji / czas dostawy	1 429	30%	1	22	97
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	1 194	25%	2	20	60
płatności (warunki, terminy itp.)	500	10%	1	22	40
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	895	19%	1	29	60
wiedza / doświadczenie	876	18%	4	26	75
czas reakcji	219	5%	3	22	40
cena	4 772	100%	3	64	99

Tabela nr 12

W jaki sposób zabezpieczyć należycie umowę w sprawie zamówienia publicznego

- Sankcje za niedozwoloną zmianę kluczowego personelu;
- Obowiązek osobistego uczestnictwa kluczowego personelu w realizacji – podejście racjonalne;
- Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania – podejście racjonalne;
- Kontrola płatności na rzecz podwykonawców – kwestia kaucji gotówkowych;
- Sankcje za brak wykonywania prac przed podmiot, na którego zasoby powołuje się wykonawca;
- Wprowadzanie limitów kar umownych;
- Kary umowne na umiarkowanym poziomie;
- Rozsądna lista dopuszczalnych zmian umowy.



IURIDICO

DZIĘKUJĘ ZA UWAGĘ!

Wojciech Wołoszyk

KANCELARIA PRAWNA <<IURIDICO>>

Kompleksowe doradztwo prawne dla inwestorów, biur projektowych oraz firm wykonawczych z branży budowlanej

www.iuridico.pl

e-mail: office@iuridico.pl

tel: 605 736 705