

# INFORMATOR

## URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

maj 2010 r.

*Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP” informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP”, rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.*

*Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP” danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.*

### Spis treści

<b>AKTUALNOŚCI .....</b>	<b>2</b>
➤ WIZYTA PRZEDSTAWICIELI MACEDOŃSKIEGO BIURA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ AMERYKAŃSKIEJ AGENCJI DS. ROZWOJU MIĘDZYNARODOWEGO W UZP (12 – 15 KWIETNIA 2010 R.).....	2
➤ PUBLIKACJA "PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PO ZMIANACH Z 2009 R.".....	3
➤ UMOWY GRUPOWEGO UBEZPIECZENIA NA ŻYCIE UDZIELENIEM ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO.....	4
➤ UCHWAŁY RADY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Z DNIA 20 KWIETNIA 2010 R. ....	4
<b>PRAWO EUROPEJSKIE .....</b>	<b>5</b>
NOWE ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UE W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	5
<b>OPINIE PRAWNE .....</b>	<b>8</b>
WYŁĄCZENIE STOSOWANIA USTAWY - PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	8
W PRZYPADKU USŁUG W ZAKRESIE BADAŃ NAUKOWYCH, PRAC ROZWOJOWYCH ORAZ ŚWIADCZENIA USŁUG BADAWCZYCH (ART. 4 PKT 3 LIT. E) .....	8
<b>KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH .....</b>	<b>15</b>
PRZESŁANKI WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 2 PKT 2 USTAWY PZP .....	15
<b>ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....</b>	<b>32</b>
WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ DOTYCZĄCE WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE ART. 24 UST. 2 PKT 2.....	32
BIEŻĄCE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ .....	45
<b>ANALIZY SYSTEMOWE .....</b>	<b>46</b>
BIULETYN INFORMACYJNY URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 01.01.2010 – 30.04.2010.....	46

## AKTUALNOŚCI

### ➤ **Wizyta przedstawicieli macedońskiego Biura Zamówień Publicznych oraz Amerykańskiej Agencji ds. Rozwoju Międzynarodowego w UZP (12 – 15 kwietnia 2010 r.)**

W dniach 12-15 kwietnia 2010 roku w Urzędzie Zamówień Publicznych miała miejsce wizyta studyjna przedstawicieli macedońskiego Biura Zamówień Publicznych (*Public Procurement Bureau in Macedonia*) oraz Amerykańskiej Agencji ds. Rozwoju Międzynarodowego (*United States Agency for International Development, Human and Institutional Development Program in Macedonia*).

Celem wizyty było przedstawienie delegacji macedońskiej polskiego systemu zamówień publicznych w świetle wymogów prawa unijnego.

Urząd Zamówień Publicznych reprezentowali: pan Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, pan Dariusz Piasta - Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, pani Renata Tubisz – Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, pani Agata Mikołajczyk – członek Krajowej Izby Odwoławczej, pani Magdalena Olejarz - Dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej oraz pani Emilia Garbala - Dyrektor Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej oraz przedstawiciele Departamentu Prawnego i Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych.

Wizyta studyjna, w której organizację zaangażowani byli pracownicy z większości departamentów Urzędu Zamówień Publicznych, a także przedstawiciele Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy, Wydziału Zamówień Publicznych Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz Departamentu Regulacji Gospodarczych Ministerstwa Gospodarki, była doskonałą okazją do wymiany doświadczeń pomiędzy stroną polską a macedońską w zakresie regulacji procedur udzielania zamówień publicznych obydwu krajów.

W trakcie licznych spotkań pracownicy Urzędu, jak też przedstawiciele pozostałych zaangażowanych instytucji administracji centralnej i samorządowej, zaprezentowali szeroki zakres tematyczny obejmujący m.in.:

- prezentację struktury i zakresu działań Urzędu Zamówień Publicznych;

- omówienie ustawy Prawo zamówień publicznych;
- prezentację narzędzi elektronicznych wykorzystywanych w procedurach przetargowych (platformy aukcji i licytacji elektronicznych) wraz z przykładem postępowań prowadzonych przez Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy;
- informacje na temat strony internetowej oraz portalu Urzędu Zamówień Publicznych,
- praktyczne przykłady przeprowadzenia zamówienia skonsolidowanego dla Centralnych Urzędów Administracji Publicznej przez Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów;
- omówienie procedur odwoławczych, szczególnie w świetle ostatniej nowelizacji ustawy Pzp;
- kontrolę udzielania zamówień w polskim systemie zamówień publicznych;
- uregulowania prawne w zakresie koncesji;
- zagadnienia partnerstwa publiczno-prywatnego zaprezentowane przez przedstawiciela Ministerstwa Gospodarki
- doświadczenia związane z akcesją Polski do Unii Europejskiej.

Uczestnicy spotkań zwrócili szczególną uwagę na zakres podobieństw występujących pomiędzy ewolucją polskiego systemu zamówień publicznych a zmianami wprowadzanymi obecnie w tym zakresie w systemie macedońskim. Podkreślili również, że doświadczenia Polski mogą okazać się szczególnie przydatne z punktu widzenia przygotowań Macedonii do procesu akcesji do Unii Europejskiej.

Wizyta ukazała również chęć kontynuowania współpracy pomiędzy instytucjami.

### ➤ **Publikacja "Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r."**

Urząd Zamówień Publicznych przygotował publikację "Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r." pod redakcją Jacka Sadowego, zawierającą omówienie najważniejszych zagadnień nowelizacyjnych z ubiegłego roku. Zamieszczono w niej również ujednolicony przez Urząd Zamówień Publicznych tekst ustawy uwzględniający zmiany wprowadzone nowelizacjami z dnia 5 listopada oraz z dnia 2 grudnia 2009 r., a także akty wykonawcze.

[Publikacja](#) dostępna jest nieodpłatnie w wersji elektronicznej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

➤ **Umowy grupowego ubezpieczenia na życie udzieleniem zamówienia publicznego**

Komisja Europejska potwierdziła stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie uznania za zamówienie publiczne umów grupowego ubezpieczenia na życie.

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zawarcie umowy grupowego ubezpieczenia pracowników z zakładem ubezpieczeń przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na rzecz pracowników jest udzieleniem zamówienia publicznego. [Opinia](#) w tej sprawie została zamieszczona na stronie internetowej UZP w 2009 r. oraz uaktualniona w zakresie stanowiska Komisji Europejskiej z dnia 31 marca 2010 r. Stanowisko to w konsekwencji przesądza o obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień na ww. usługi ubezpieczeniowe.

[Kserokopia pisma Komisji Europejskiej](#)

Więcej informacji [tutaj](#).

➤ **Uchwały Rady Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 2010 r.**

Rada Zamówień Publicznych w dniu 20 kwietnia 2010 r. pozytywnie zaopiniowała projekt sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r. ([Uchwała Nr 7 RZP](#)) oraz projekt Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ([Uchwała Nr 8 RZP](#)).

## PRAWO EUROPEJSKIE

### NOWE ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UE W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

#### 1. Orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08

*(Koncesje na usługi – Postępowanie w sprawie przyznania koncesji – Obowiązek przejrzystości – Późniejsze zastąpienie podwykonawcy).*

W niniejszej sprawie Trybunał orzekł:

- 1) W sytuacji gdy **postanowienia umowy koncesyjnej na usługi** zostały zmienione w takim stopniu, iż są one w sposób zasadniczy różne od postanowień, które uzasadniały zawarcie pierwotnej umowy koncesyjnej, i w konsekwencji stanowią one wyraz woli stron, by renegocjować istotne postanowienia tej umowy, należy zastosować, zgodnie z wewnętrznym porządkiem prawnym zainteresowanego państwa członkowskiego, wszelkie niezbędne środki pozwalające na przywrócenie przejrzystości postępowania, włączając w to wszczęcie nowego postępowania koncesyjnego. W odpowiednim wypadku nowe postępowanie koncesyjne powinno zostać zorganizowane na zasadach dostosowanych do szczególnych cech spornej koncesji na usługi i umożliwić przedsiębiorcom z innych państw członkowskich dostęp do odpowiednich informacji dotyczących wskazanej koncesji zanim zostanie ona udzielona.
- 2) W sytuacji gdy przedsiębiorca-koncesjonariusz zawiera umowę dotyczącą usług objętych koncesją przyznaną mu przez jednostkę samorządu terytorialnego, **obowiązek przejrzystości** wynikający z art. 43 WE i 49 WE, jak również z zasad równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie ma do niego zastosowania, jeżeli:
  - został on utworzony przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych, ale prowadzi także działalność komercyjną;
  - wskazana jednostka samorządu terytorialnego ma w nim 51% udziałów, jednakże decyzje dotyczące zarządzania zapadają większością trzech czwartych głosów na zgromadzeniu wspólników tego przedsiębiorcy;

- tylko jedna czwarta członków rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, włączając w to przewodniczącego rady, jest powoływana przez tę samą jednostkę samorządu terytorialnego; oraz
- uzyskuje on ponad połowę swych obrotów z umów wzajemnych dotyczących usuwania odpadów oraz oczyszczania dróg publicznych na terenie tej jednostki samorządu terytorialnego, przy czym jednostka ta finansuje powyższe usługi z podatków lokalnych płaconych przez jej mieszkańców.

3) **Zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową**, zawarte w art. 43 WE i 49 WE, jak również wynikający z nich obowiązek przejrzystości nie wymagają, by krajowe organy administracji publicznej zobowiązane były do odstąpienia od umowy ani by sądy krajowe zobowiązane były do wydania nakazu w każdym wypadku, gdy zachodzi podejrzenie naruszenia tego obowiązku w związku z przyznawaniem koncesji na usługi. Krajowy porządek prawny powinien uregulować zagadnienie środków prawnych mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień przysługujących jednostkom na mocy tego obowiązku w taki sposób, by środki te nie były mniej korzystne niż podobne środki prawne o charakterze wewnątrzpaństwowym ani by nie powodowały, że korzystanie z tych uprawnień stanie się praktycznie niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne.

## 2. **Orzeczenie z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08**

*(Dyrektywa 92/50/EWG – Zamówienia publiczne na usługi – Koncesje na usługi – Umowa mieszana – Umowa obejmująca sprzedaż pakietu akcji publicznego przedsiębiorstwa prowadzącego kasyno – Umowa na mocy której instytucja zamawiająca powierza wybranemu oferentowi zarząd przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno i realizację planu modernizacji i rozwoju jego lokali jak również zagospodarowanie przyległego terenu – Dyrektywa 89/665/EWG– Decyzja instytucji zamawiającej – Skuteczne i szybkie środki zaskarżenia – Krajowe przepisy proceduralne – Warunek przyznania odszkodowania – Uprzednie uchylenie bądź stwierdzenie nieważności działania lub zaniechania przez właściwy sąd – Członkowie konsorcjum będącego oferentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Decyzja podjęta w ramach tego postępowania przez organ inny niż instytucja zamawiająca – Skarga złożona indywidualnie przez niektórych członków konsorcjum – Dopuszczalność).*

W niniejszej sprawie Trybunał orzekł:

- 1) **Umowa mieszana**, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozzerwalnie związanym z przedmiotem głównym, jest świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta – jako całość – zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.
- 2) Prawo unijne, a w szczególności prawo do skutecznej ochrony sądowej, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak rozpatrywane przed sądem krajowym, interpretowanym w ten sposób, że członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są pozbawieni możliwości indywidualnego żądania naprawienia szkody, którą ponieśli w następstwie decyzji organu innego niż instytucja zamawiająca, uczestniczącego w postępowaniu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, która to decyzja może wpływać na przebieg tego postępowania.

*Jednocześnie informujemy, że [pełne teksty niniejszych wyroków](#) w polskich wersjach językowych odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w zakładce Prawo Unii Europejskiej.*

## OPINIE PRAWNE

### Wyłączenie stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e)

I. Stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) dalej zwaną „ustawa Pzp”, w brzmieniu obowiązującym od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), tj. od dnia 29 stycznia 2010 r., ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które:

- a) nie są w całości opłacane przez zamawiającego **lub**
- b) których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Powyższy przepis w wersji obowiązującej do 28 stycznia 2010 r., wymagał zaistnienia łącznie dwóch przesłanek warunkujących uznanie danej usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych za niepodlegającą reżimowi ustawy (wyłączeniu podlegały usługi, które nie były w całości opłacane przez zamawiającego „i” których rezultaty nie stanowiły wyłącznie jego własności”. Zmiana brzmienia art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp polega zatem na zastąpieniu koniunkcji (i) alternatywą (lub). Tym samym wyłączenie w obecnym brzmieniu ma miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, czy to w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego działalności, czy też wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego. Celem tej zmiany było zapewnienie pełniejszej zgodności pomiędzy ustawą Pzp a dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi<sup>1</sup> oraz dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych<sup>2</sup>, tj. dopuszczenie wyłączenia w szerszym zakresie.

<sup>1</sup> Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114

<sup>2</sup> Dz.Urz. UE L 134 z 30.04.2004, str. 1



Zgodnie z nowym brzmieniem art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, procedury udzielania zamówień publicznych znajdują zatem zastosowanie tylko do tych zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, które jednocześnie: służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności i są w całości opłacane przez zamawiającego.

Powyższa interpretacja przedmiotowego wyłączenia została potwierdzona przez służby Komisji Europejskiej, Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Dyrektoriatu ds. Polityki Zamówień, do których Urząd zwrócił się z prośbą o opinię w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, dotyczącymi przepisów dyrektywy, na których zostało oparte brzmienie art. 4 pkt. 3 lit e) ustawy.

**II.** W celu prawidłowego zastosowania art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp konieczne jest ustalenie zakresu przedmiotowego wyłączenia, co z kolei wymaga możliwie precyzyjnego określenia znaczeń użytych przez ustawodawcę sformułowań: „badania naukowe”, „prace rozwojowe” oraz „usługi badawcze”. Punktem wyjścia dla poprawnego zinterpretowania pojęcia "usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych" są określone w przepisach prawa definicje legalne. Wyrażenie powyższe, jako wyrażenie łączne, nie posiada definicji legalnej w prawie polskim. Stąd, pojęcia: "usług w zakresie badań naukowych" oraz "usług w zakresie prac rozwojowych" należy potraktować rozłącznie.

Ustawa z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. z 2008 r. Nr 169, poz. 1049) w następujący sposób definiuje wskazane pojęcia:

1) badania naukowe:

a) badania podstawowe - prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów, bez nastawienia na praktyczne zastosowania ani użytkowanie,

b) badania przemysłowe - badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności celem opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzenia znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów lub usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych;

2) prace rozwojowe - nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej

oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług, w szczególności:

a) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług pod warunkiem, że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,

b) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych w przypadkach, gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku, gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,

c) działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług pod warunkiem, że nie są one następnie wykorzystywane komercyjnie;

prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Pojęcie "usług w zakresie badań naukowych", o których mowa w ustawie Pzp, należy więc utożsamiać z pojęciem "badań naukowych" zdefiniowanym w ustawie o zasadach finansowania nauki. To samo odnosi się określenia "usług w zakresie prac rozwojowych", które należy utożsamiać z pojęciem "prace rozwojowe", również zdefiniowanym w tej ustawie.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy innych aktów prawnych nie zawierają definicji legalnej pojęcia „świadczenie usług badawczych”. Mając powyższe na uwadze, przy ustalaniu zakresu wyrażenia „świadczenie usług badawczych” należy odwołać się do wykładni celowościowej, a więc w szczególności do celu ustawodawcy jaki stał u podstaw wprowadzenia tego sformułowania do treści przedmiotowego przepisu. Dodanie do wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych, wyrażenia „świadczenie usług badawczych” wynikało ze zmian, jakie zostały wprowadzone do ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. 2005 r. Nr 164, poz. 1365

ze zm.)<sup>3</sup>. W art. 13 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, jako podstawowe zadanie uczelni wymieniono prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych. Celem modyfikacji art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych było objęcie zakresem przedmiotowego wyłączenia wszystkich zadań związanych z działalnością badawczą i rozwojową uczelni. Tym samym, wyrażenie „świadczenie usług badawczych” zawarte w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy należy przede wszystkim odnosić do działalności badawczej i rozwojowej wykonywanej przez uczelnie. Z uwagi jednak, iż wyłączenie to ma charakter przedmiotowy, niewykluczone jest, iż dotyczyć może także innych podmiotów świadczących „usługi badawcze”. Tylko takie rozumienie tego wyrażenia jest zgodne z celem wprowadzenia przez ustawodawcę zmiany do przedmiotowej regulacji.

**III.** Ustawa Pzp nie będzie miała zastosowania do usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych jeśli usługi te:

- nie będą w całości opłacane przez zamawiającego **lub**
- jeśli ich rezultaty nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego.

Ponieważ art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp miał na celu implementację art. 16 lit. f) *dyrektywy 2004/18/WE* jego interpretacja powinna być dokonana w oparciu o przepisy wspólnotowe.

Zgodnie z brzmieniem art. 16 lit. f) *dyrektywy 2004/18/WE*, nie są objęte niniejszą *dyrektywą* zamówienia publiczne na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, pod warunkiem, że usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą. Ponadto z treści pkt 23 preambuły ww. *dyrektywy* wynika, iż spod jej regulacji powinny być wyłączone usługi badawcze i rozwojowe, w których zaangażowane będą środki także inne niż zamawiającego lub których rezultat prac ma służyć również innym podmiotom dla użytku zgodnego z ich działalnością.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż pkt 23 preambuły odwołuje się do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) zgodnie z którym, Wspólnota w celu wzmocnienia podstaw naukowych i technologicznych przemysłu Wspólnoty i sprzyjania zwiększaniu jego międzynarodowej konkurencyjności, przy jednoczesnym promowaniu działalności badawczej uznanej za niezbędną na mocy innych rozdziałów Traktatu, sprzyja

---

<sup>3</sup> Stenogram posiedzenia Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych oraz Komisji Gospodarki z dnia 7 marca 2006 r. rozpatrującej poprawki zgłoszone do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Nr 366/V kad.), str. 6-8.

przedsiębiorstwom w całej Wspólnocie (w tym małym i średnim), ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości. Wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmagając w szczególności do umożliwienia przedsiębiorstwom pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy. Tym samym, zachęcanie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmocnienia naukowej i technologicznej bazy przemysłu Wspólnoty, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczynia się do osiągnięcia tego celu.

Z powyższych przepisów wynika, iż środkiem do wzmocnienia podstaw naukowych i technicznych przemysłu Wspólnoty jest po pierwsze otwarcie rynku zamówień publicznych, po drugie zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej. Realizacji powyższego środka służyć ma m. in. otwarcie rynków w zakresie zamówień publicznych na prace badawcze i rozwojowe, z drugiej zaś strony zachęcanie do udziału we współfinansowaniu badań zamawiających i zwolnienie ich w takim przypadku z obowiązku stosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem stosowanie procedur właściwych dla zamówień publicznych przy zamawianiu usług badawczo – rozwojowych, o czym świadczy ujęcie usług badawczo – rozwojowych w załączniku II A do dyrektywy, jako tzw. „usług priorytetowych”. Załącznik ten, konkretyzując usługi badawcze i rozwojowe odsyła do kodów CPV, a konkretnie do numerów od 73000000-2 do 73300000-5 (z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0). Zgodnie z powyższym, Słownik CPV zalicza do nich: usługi badawcze i eksperymentalno – rozwojowe, oraz pokrewne usługi doradcze (73000000-2), usługi badawcze i eksperymentalno – rozwojowe (73100000-3), usługi badawcze (73110000-6), laboratoryjne usługi badawcze (73111000-3) usługi badań morskich (73112000-0), usługi eksperymentalno – rozwojowe (73120000-9), projekt i realizacja badań oraz rozwój (73300000-5).

Jako wyjątek od zasady stosowania dyrektyw należy traktować udzielanie zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe w sytuacji, gdy wyniki prac służą nie tylko zamawiającemu lub gdy są one finansowane również przez inne podmioty niż zamawiający. Wyjątek ten służyć ma również wsparciu potencjału przedsiębiorstw ich rozwoju, a w konsekwencji społeczeństwa poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe.

Odnosząc się do przesłanki opłacania zamówienia wskazać należy, iż opłacenie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, że podmiotem zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. Bez znaczenia dla powyższej kwalifikacji jest ustalenie pochodzenia środków zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia. Tak więc zamawiający może opłacać dane zamówienie zarówno ze środków własnych, jak i ze środków pozyskanych w związku z uzyskaniem kredytu, dotacji, środków pochodzących z Unii Europejskiej. Tym samym nie można uznać, iż spełniona została przesłanka dotycząca współopłacania zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający uzyskał dofinansowanie zadania ze środków Unii Europejskiej, np. w formie dotacji rozwojowej, którą przewidywała ustawa o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) obowiązująca do dnia 1 stycznia 2010 r., i wydatkował je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.

Nie jest również opłacaniem zamówienia wspólnie z zamawiającym, ponoszenie przez wykonawcę kosztów realizacji udzielonego mu zamówienia. Celem wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest min. wsparcie potencjału przedsiębiorstw poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe. Przesłanka w zakresie opłacania byłaby zatem spełniona gdyby udział w finansowaniu zamówienia ponosiła osoba trzecia czyli np. prywatny przedsiębiorca czy nawet inna jednostka naukowo-badawcza.

Dodać należy, iż nawet niewielki procentowo udział innego podmiotu w opłacaniu zamówienia, powoduje iż przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e) ustawy Pzp, odnosząca się do nie opłacania w całości przez zamawiającego udzielanego zamówienia, zostanie spełniona. Powyższe nie może być jednak dokonywane w celu omijania przepisów ustawy Pzp.

Natomiast do spełnienia drugiej przesłanki dojdzie wówczas, gdy rezultaty zleczanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych będą nie tylko własnością zamawiającego ale w swoim podstawowym założeniu będą służyć także innym podmiotom. Celem tej regulacji było wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe zamówień mających nieść korzyści

społeczeństwu jako całości. Byłby to przypadek, w którym korzyści z usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych finansowanych z budżetu przypadają instytucjom badawczym, uniwersytetom, a nawet prywatnym przedsiębiorstwom<sup>4</sup>. Przesłana ta zostanie zatem spełniona jeśli rezultaty zleczanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, tym samym prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, prawa własności przemysłowej dotyczące min. wynalazków, wzorów użytkowych i wzorów przemysłowych) do wyników badań lub prac rozwojowych przysługują nie tylko zamawiającemu, ale również innym podmiotom.

**IV.** Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że wszelkiego rodzaju wyłączenia przewidziane w dyrektywie, jak również w ustawie Pzp powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Ponadto z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich wynika, że ciężar dowodu zaistnienia okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi skutki prawne<sup>5</sup>. W związku z tym skorzystanie z możliwości wyłączenia zamówień na usługi badawczo-rozwojowe spod procedur zamówień publicznych możliwe będzie po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, których zaistnienie zamawiający musi być w stanie wykazać.

**Konkluzje:**

- **Wyłączenie zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie stanowią wyłącznie własności zamawiającego (1), lub wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego (2).**
- **Rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie będą stanowiły wyłącznie własności zamawiającego w sytuacji, gdy nie służą wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, ale w swoim podstawowym założeniu mają służyć także innym podmiotom.**

---

<sup>4</sup> Zob. P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, str. 41.

<sup>5</sup> Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja przeciwko Włochom, pkt. 19; wyrok ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, pkt. 33 oraz wyrok ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt. 34

- **Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.**

## **KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp**

#### **Przykłady nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli Prezesa UZP**

Zgodnie z art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający zostali zobligowani do żądania wniesienia wadium przez wykonawców biorących udział w tych postępowaniach. Z kolei w postępowaniach o niższej wartości zamawiający samodzielnie podejmuje decyzję o tym, czy zobowiąże wykonawców do uiszczenia wadium. Wyjątek od powyższej zasady dotyczy jedynie zamawiających sektorowych, którzy na podstawie art. 138 c ust. 1 pkt 3 ustawy, niezależnie od wartości postępowania mogą odstąpić od obowiązku żądania wnoszenia wadium. Jednakże, w przypadku gdy zamawiający skorzysta z prawa do żądania wadium w postępowaniu, musi bezwzględnie przestrzegać przepisów art. 45 oraz 46 ustawy, tj. dotyczących form wadium, jego wysokości, terminów wniesienia oraz zwrotu.

Pomimo licznych nowelizacji ustawy Pzp, przepisy dotyczące wadium zachowują swoją zasadniczą postać. Ostatnie zmiany przepisów dotyczących wadium zostały wprowadzone ustawą z dnia 4 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Pojęcie wadium nie zostało ustawowo zdefiniowane. Jednakże zgodnie z definicją wypracowaną przez doktrynę i orzecznictwo, przez wadium należy rozumieć sumę pieniężną, która przypadnie zamawiającemu od wykonawcy w przypadku ziszczenia się zdarzeń wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Głównym celem, jakiemu służy wnoszenie wadium, jest umocnienie obowiązku zawarcia umowy, ciężącego na zwycięskim wykonawcy. Wniesienie wadium ma bowiem na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tak więc wadium stanowi zabezpieczenie zapłaty oznaczonej sumy wchodzącej w miejsce obowiązku zawarcia umowy i zastępuje inne konsekwencje, jakie mógłby ponieść niesumienny wykonawca na gruncie przepisów ustawy Kodeks cywilny, jak np. przymusowe dochodzenie zawarcia umowy lub roszczenia odszkodowawcze. Ponadto ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1058), którą wprowadzono art. 46 ust. 4a ustawy, przypisano wadium kolejną funkcję, jaką jest zapobieganie ewentualnemu porozumieniu wykonawców, zawartemu w celu wpływania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli tzw. zmwom przetargowym. W stanie prawnym obowiązującym przed wskazaną nowelizacją grupa będących w porozumieniu wykonawców mogła bowiem wpływać na wynik postępowania w ten sposób, że zamówienie było udzielane temu spośród nich, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogli bowiem celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a następnie, już po otwarciu ofert i zapoznaniu się z warunkami oferowanymi przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu. Jediną sankcją było bowiem wykluczenie z postępowania z powodu nieuzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, ustawodawca uznał za zasadne zrównanie sytuacji wykonawców, którzy nie przedstawili dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, z sytuacją wykonawcy, który uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.



Dopuszczalne formy wnoszenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w art. 45 ust. 6 ustawy i należą do nich:

1. pieniądź;
2. poręczenia bankowe lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
3. gwarancje bankowe;
4. gwarancje ubezpieczeniowe;
5. poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275).

Powyższy przepis przewiduje *numerus clausus* dozwolonych form wnoszenia wadium, co oznacza, iż wykonawca nie może wnieść wadium w innej formie niż określona w ww. przepisie. Także zamawiający nie może ograniczać swobody wyboru przez wykonawcę formy wniesienia wadium spośród wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy, poprzez wskazanie w SIWZ konkretnej formy wnoszenia wadium z pominięciem pozostałych. W art. 45 ust. 6 ustawy wskazano bowiem, iż wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach przewidzianych w tym przepisie. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1102/09), w którym Izba wskazała, iż „przepisy Prawa zamówień publicznych dotyczące wadium są przepisami bezwzględnie obowiązującymi i zarówno wykonawcy, jak i zamawiający (a także podmioty uprawnione do wydawania gwarancji wadialnych) winni je stosować w zakresie, w jakim wynikają z ustawy, która jest nadrzędna wobec postanowień SIWZ. W przypadku sprzeczności postanowień SIWZ z przepisami Prawa zamówień publicznych pierwszeństwo zawsze mają przepisy ustawy”.

Do istotnych elementów mających wpływ na ważność wadium, na jakie powinni zwrócić uwagę zarówno wykonawcy je wnoszący, jak i zamawiający badający w postępowaniu poprawność jego wniesienia, należą w szczególności: termin wniesienia wadium, okres jego obowiązywania oraz forma, szczególnie istotna w przypadku wyboru formy gwarancji, czy to bankowej czy ubezpieczeniowej.

Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 22 grudnia 2009 r., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres

związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wcześniej kwestia ta była uregulowana w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, który stanowił, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do kwestii terminu wniesienia wadium, należy wskazać, iż wniesienie wadium uważa się za dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego, postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Termin wniesienia wadium został uregulowany w art. 45 ust. 3 ustawy, który stanowi, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zatem w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, najpóźniej w terminie składania ofert powinno nastąpić uznanie kwoty na jaką została ustalona wysokość wadium na rachunku bankowym zamawiającego. Dopiero z tą chwilą zamawiający otrzymuje bowiem dostęp i możliwość dysponowania środkami pieniężnymi stanowiącymi wadium. Tak więc w przypadku, gdy do wyznaczonego terminu na składanie ofert nastąpi tylko obciążenie kwotą wadium rachunku wykonawcy, a bank nie zdąży z dokonaniem przelewu na rachunek bankowy zamawiającego, uznać należy, iż wadium nie zostało wniesione w terminie. Jak bowiem wskazano w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1995 r. (sygn: III CZP 164/94), „spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej”. Również w wyroku z dnia 5 lutego 2008 r. sygn. sprawy KIO/UZP 31/08, Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła stanowisko, iż: „termin, w którym należy wnieść wadium, został dokładnie określony w art. 45 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych: „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”. Powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie jest, iż słowo „wniesienie” oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego”. Zatem, warunkiem uznania wadium za wpłacone w terminie jest zaksięgowanie odpowiadającej mu kwoty na rachunku zamawiającego. Nie dochowanie tego obowiązku powinno w każdym przypadku skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania - stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed dniem 22 grudnia 2009 r.). Jednocześnie należy wskazać, iż w sytuacji przesunięcia terminu składania ofert, automatycznie następuje wydłużenie okresu na wniesienie wadium, do upływu nowego terminu ich składania.

Odnosząc się do sposobu określenia okresu, na jaki wykonawcy obowiązani są wnieść wadium, należy wskazać, iż jest on bezpośrednio powiązany z terminem związania wykonawcy ofertą. Z kolei do sposobu liczenia terminów wskazanych w ustawie Pzp generalnie zastosowanie znajdują przepisy art. 110 -116 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zgodnie bowiem z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy (Pzp) nie stanowią inaczej”. Jednakże sposób wyznaczania początku okresu związania wykonawcy złożoną ofertą oraz początku okresu podczas którego oferta powinna być zabezpieczona wadium stanowi wyjątek od powyższej zasady. Ustawa Pzp odmiennie od postanowień Kc reguluje kwestię obliczania terminu związania wykonawcy ofertą, bowiem w myśl art. 85 ust. 5 „*bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert*”. Regulacja ta stanowi *lex specialis* w stosunku do postanowień prawa cywilnego. Skoro termin związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, do obliczania terminu związania ofertą nie znajdzie więc zastosowania art. 111 § 2 Kc przewidujący, że „jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło”. Wykonawca jest bowiem związany ofertą również w dniu upływu terminu składania ofert. Przeciwnie twierdzenie byłoby sprzeczne z brzmieniem art. 85 ust. 5 ustawy Pzp. Mimo, iż Prawo zamówień publicznych nie zawiera regulacji wprost odnoszących się do sposobu liczenia okresu obowiązywania wadium, okres ten należy liczyć analogicznie. Wadium musi zabezpieczać ofertę w okresie, gdy wykonawcy są nią związani, a więc od dnia upływu terminu składania ofert.

Z kolei w kwestii formy wnoszenia wadium, należy podkreślić, iż wykonawca ma pełną swobodę jej wyboru spośród wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy. W praktyce najczęściej wybieraną przez wykonawców jest forma pieniężna oraz gwarancja bankowa i gwarancja ubezpieczeniowa. W odniesieniu do formy pieniężnej kwestią wymagającą rozważenia jest możliwość wpłaty przez wykonawcę wadium gotówką bezpośrednio w kasie banku w którym zamawiający ma konto. Zgodnie bowiem z art. 45 ust. 7 ustawy, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy zamawiającego. U podstaw wprowadzenia tej regulacji leżała chęć zapewnienia przejrzystości przepływów finansowych pomiędzy urzędami a firmami oraz zapobieganie wprowadzaniu do obrotu pieniędzy

pochodzących z nielegalnych źródeł. W orzecznictwie swego czasu prezentowano pogląd, iż w przypadku wpłaty przez wykonawcę gotówki bezpośrednio w kasie banku zamawiającego, należało uznać, że wadium nie zostało wniesione, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Wpłata gotówkowa i przelew zostały bowiem wyraźnie rozróżnione i zaliczone do innych rodzajów rozliczeń w rozumieniu ustawy (wyrok KIO z 15 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/79/08 i 81/08). Poglądowi temu przeczy jednak aktualne orzecznictwo. Jak wskazano bowiem w wyroku z dnia 13 lutego 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP/140/09) „niezaprzeczalnie przepis art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Izba podzieliła jednak stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że określenia „wpłaca się przelewem” nie można zawęzić jedynie do jednego ze sposobów płatności realizowanych przez banki, z wymienionych w art. 63 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo Bankowe (Dz. U z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), to jest tylko do polecenia przelewu. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności” dowodzi, że nie jest to zamknięty katalog instrumentów bankowych, mogących służyć przelewaniu – przekazywaniu środków pieniężnych, pomiędzy uczestnikami obrotu. Z tych względów, nie jest wykluczone, że wpłata gotówkowa, podlega dalszym czynnościom przekazywania środków na rachunek docelowy (przelewu). Ponadto określenie „wpłaca się przelewem” nie oddaje istoty polecenia przelewu, do którego nie można odnosić określenia „wpłata”.

W odniesieniu do konsekwencji jakie pociąga za sobą wpłata wadium w gotówce na rachunek bankowy zamawiającego, w wyroku z dnia 14 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 663/08) KIO stanęła na stanowisku, iż „tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego nie wniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego oferty została faktycznie wniesiona, tak więc oferta Konsorcjum była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić – w sytuacjach określonych w ustawie Pzp. Cel wadium został zatem osiągnięty. Dlatego też wykonawca Konsorcjum nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione. Ustawodawca w przepisie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie przewidział konsekwencji dla wykonawców, którzy wniesli wadium w sposób inny niż określone w art. 45 ust. 7 ustawy Pzp”. Analogiczne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

z dnia 31 lipca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 942/09) wskazując, iż „niedokonanie przelewu na rachunek bankowy zamawiającego, zaś dokonanie wpłaty gotówki w banku zamawiającego na jego rachunek bankowy wskazany w SIWZ, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z p.z.p. Dyspozycja przepisu art. 45 ust. 7 p.z.p. stwarza obowiązek dla wykonawcy, w przypadku wnoszenia przez niego wadium w pieniądzu, wpłacenia kwoty wadium przelewem na rachunek bankowy zamawiającego. Ustawodawca w p.z.p. nie przewidział jednak sankcji za jego niewypełnienie”. Tak więc Izba stanęła na stanowisku, że pomimo iż wykonawca wpłacając wadium bezpośrednio w kasie banku zamawiającego naruszył art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, nie można wykluczyć go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy.

Z kolei wykonawcy wybierający formę gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej powinni pamiętać, iż dokumenty te powinny wskazywać wszystkie przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium, określone w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z brzmienia powyższej definicji wynika, że do essentialia negotii gwarancji bankowej należą co najmniej określenie warunków świadczenia pieniężnego i złożenia przez bank zobowiązania do spełnienia świadczenia pieniężnego, w przypadku zaistnienia określonych warunków. Także doktryna wskazuje na dodatkowe elementy przedmiotowo istotne gwarancji bankowej tj. na określenie zabezpieczonego rezultatu i określenie wysokości sumy pieniężnej, którą ma zapłacić gwarant w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu. Biorąc to pod uwagę należy uznać, że gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki te zostały określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy. Ze względu na zasadę ciągłości zabezpieczenia wadium pełnego okresu związania ofertą gwarancja bankowa powinna mieć charakter terminowy i nie może być odwoływalna. Gwarancja bezterminowa może być bowiem w każdej chwili wypowiedziana przez bank gwaranta, co nie zabezpiecza interesów

zamawiającego. Ponadto bezwzględność obowiązywania przepisów ustawy nie można odnieść do stosunków pomiędzy zamawiającym a gwarantem, mających charakter stosunków cywilnoprawnych regulowanych na zasadach ogólnych materii prawa cywilnego, a nie przepisów szczególnych jakimi są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym o zakresie odpowiedzialności gwaranta z ubezpieczeniowej lub bankowej gwarancji przetargowej decyduje wystawiony przez gwaranta dokument wadialny, a nie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu należy wspomnieć, iż ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1051) rozszerzyła katalog sytuacji, w których zamawiający zatrzymuje wadium. Zgodnie bowiem z art. 46 ust. 4a ustawy, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W tym miejscu należy też wskazać, iż bez znaczenia dla oceny poprawności wniesionego przez wykonawcę wadium jest okoliczność czy zamawiający wzywał konkretnego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/194/09) wskazała, iż skuteczność wniesienia wadium w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 4a powinna być oceniana w kontekście wymagań zamawiającego określonych w ogłoszeniu i SIWZ. Ponadto Izba w ww. wyroku stanęła na stanowisku, iż „niedopuszczalne jest ocenianie wadium w ten sposób, że uznaje się je za wniesione skutecznie mimo braku możliwości jego zatrzymania w sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 4a p.z.p., gdy zamawiający wymagał w siwz złożenia oświadczeń i dokumentów, jednak w czasie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustalił, że wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty i nie zachodzi konieczność ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.”. Analogiczny pogląd został zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/62/09), gdzie wskazano, iż „przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 5 p.z.p. mają charakter bezwzględny, a przewidziana w art. 46 ust. 4a p.z.p. możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny. Ze sformułowań zawartych w przywołanych

przepisach nie należy wywodzić uzależnienia oceny skuteczności wniesienia wadium od okoliczności faktycznych postępowania. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w p.z.p. Uznanie stanowiska, że wadium jest wniesione skutecznie, bo w postępowaniu nie ziszczyły się przesłanki zatrzymania wadium, prowadziłoby do relatywizmu w ocenie treści gwarancji wadium przez uzależnienie skuteczności jego wniesienia od okoliczności faktycznych postępowania”.

Tym samym gdy z treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium i przyjmuje za podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Jak wskazano wyżej, wadium powinno obejmować cały okres związania wykonawcy ofertą w danym postępowaniu. W przypadku więc gdy wykonawca przedłuża samodzielnie lub na wniosek zamawiającego termin związania ofertą jest obowiązany jednocześnie do przedłużenia ważności okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.).

**W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy:**

#### **Przykład 1 (KU/83/2008)**

W SIWZ zamawiający przedstawił katalog form, w jakich może zostać wniesione wadium, tj. w pieniądzu, poręczeniach bankowych, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Formy wnoszenia wadium, uregulowane zostały w art. 45 ust. 6 ustawy, który przewiduje, iż wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach wskazanych w ww. artykule, według wyboru wykonawcy, w tym w poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z zastrzeżeniem, że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym.

Zamawiający powinien uwzględnić obowiązującą treść przepisu art. 45 ust. 6 ustawy, poprzez wskazanie wśród dopuszczalnych form wnoszenia wadium – poręczenia udzielanego przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż pomijając w katalogu form wnoszenia wadium poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, zamawiający naruszył art. 45 ust. 6 pkt 2 ustawy.

### **Przykład 2 (UZP/DKD/KN/41/2009)**

W toku przedmiotowego postępowania zamawiający pismem z dnia 1 października 2008 r. dokonał na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucenia ofert 5 wykonawców. Z uzasadnienia zamawiającego wynika, iż powodem wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu było wniesienie wadium w formie gotówkowej, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp i zapisami siwz w pkt 38 „Wadium” wykonawcy wnoszący wadium w pieniądzu byli zobowiązani wpłacić stosowną sumę przelewem na rachunek bankowy zamawiającego, a więc w formie bezgotówkowej.

Z przeprowadzonej w trakcie kontroli przedmiotowego postępowania analizy ofert wykluczonych wykonawców wynika, iż dokonane tytułem uiszczenia wadium wpłaty pieniężne na rachunek zamawiającego odpowiadały wysokości wymaganego w siwz wadium oraz zostały wniesione z zachowaniem terminu, a więc przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający jednakże uznał, iż wadia zostały wniesione w formie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami siwz, a co za tym idzie wykonawcy podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu zaś oferty przez nich złożone odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

W tym miejscu należy wskazać, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowił, iż z postępowania o udzielenie zamówienia są wykluczeni wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 663/08) literalne brzmienie ww. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu



terminu składania ofert, a więc jego niewniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zważywszy, że ww. wykonawcy dokonali wniesienia wadium, w stosownej wysokości i wymaganym terminie, czego dowodem są załączone do przekazanej przez zamawiającego dokumentacji kopie dowodów wpłat, należy uznać, iż cel wadium, a więc ochrona interesów zamawiającego został w niniejszym postępowaniu osiągnięty. Tym samym wykluczenie przez zamawiającego z postępowania wykonawców, którzy faktycznie wnieśli wadium było bezpodstawne. Bowiem, jak stwierdziła w ww. orzeczeniu Izba, ustawodawca nie przewidział w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób inny niż określony w art. 45 ust. 7 ustawy Pzp. Ten zaś przepis stanowi jedynie, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego i nie jest obostrzony żadną sankcją.

Wobec powyższego zamawiający dokonując wykluczenia ww. wykonawców dopuścił się naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 stycznia 2010 roku (sygn. akt: KIO/KD 55/09) potwierdziła stanowisko Prezesa UZP zawarte w ww. naruszeniu, wskazując iż „uwzględniając brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazującego wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy nie wniósł on wadium stwierdzić należy, że wniesienie wadium niezgodnie co do sposobu („gotówka” zamiast „przelew”), ale prawidłowo co do formy („pieniądz”) nie jest usankcjonowane wykluczeniem wykonawcy, a zatem wykluczenie wykonawcy w takim przypadku jest sprzeczne z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i stanowi jego naruszenie”.

### **Przykład 3 (UZP/DKUE/KN18/2010)**

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, zamawiający pierwotnie ustanowił termin składania i otwarcia ofert na dzień 1 grudnia 2008 r., jednakże w toku postępowania zamawiający dwukrotnie zmieniał ten termin, tj. w dniu 28 listopada 2008 r. dokonał zmiany z dnia 1 grudnia 2008 r. na dzień 2 grudnia 2008 r., natomiast zgodnie z informacją z dnia 1 grudnia 2008 r. termin składania i otwarcia ofert został ostatecznie ustalony na dzień 3 grudnia 2008 r.

Wykonawca X złożył swoją ofertę w dniu 2 grudnia 2008 r. do której załączył wadium w formie gwarancji bankowej z okresem ważności od 2 grudnia 2008 r. do 31 grudnia 2008 r. Zamawiający natomiast określił termin związania ofertą na 30 dni, wykonawcy więc byli związani swoimi ofertami w okresie od 3 grudnia 2008 r. do 1 stycznia 2009 r. Zatem załączony do oferty X dokument gwarancji miał termin ważności o jeden dzień krótszy niż termin związania ofertą.

W myśl art. 45 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Wniesienie wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-239/07) stwierdził, iż: „Z istoty instytucji wadium i celu jego wnoszenia wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 Pzp, oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, wskazany w siwz.”

Jednocześnie zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. W sytuacji, gdy zamawiający przesunął termin składania ofert, wykonawca, który posiada gwarancję wadium obejmującą pierwotny termin związania ofertą, zobowiązany jest do jej przedłużenia z własnej inicjatywy. Niedokonanie tej czynności przez wykonawcę stanowi przesłankę do wykluczenia z postępowania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 05.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-588/05).

Mając powyższe na uwadze ofertę złożoną przez firmę X należy uznać za niezabezpieczoną stosownym wadium, co obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zgodnie z powyższym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

**Przykład 4 (UZP/DKD/KN/1/2010)**

Z gwarancji bankowej z dnia 1 grudnia 2008 r. wystawionej dla firmy Y, wynika, iż bank zobowiązał się do wypłaty zamawiającemu kwoty do wysokości 10 000,00 zł, w przypadku gdy:

- a. wykonawca/offerent, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b. wykonawca/offerent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy/oferenta.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy zauważyć, iż ustawa w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania rozszerzyła katalog sytuacji, w których zamawiający zatrzymuje wadium o art. 46 ust. 4a ustawy, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W art. 46 ust. 4a i 5 ustawy zawarty został zamknięty katalog okoliczności, w jakich powstaje obowiązek zamawiającego do zatrzymania wadium.

Art. 46 ust. 4a ustawy wszedł w życie w dniu 24 października 2008 r. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 24 listopada 2008 r., a więc w momencie obowiązywania znowelizowanej treści art. 46 ustawy.

Jednocześnie art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 zm. Dz.U.2008r. Nr192 poz.1179) stanowi, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z brzmienia powyższej definicji wynika, że do essentialia negotii gwarancji bankowej należą co najmniej określenie warunków świadczenia pieniężnego i złożenia przez bank zobowiązania do spełnienia świadczenia pieniężnego, w przypadku zaistnienia określonych warunków. Także doktryna wskazuje na dodatkowe elementy przedmiotowo istotne gwarancji bankowej tj. na określenie zabezpieczonego rezultatu i określenie wysokości sumy pieniężnej, którą ma zapłacić gwarant w razie ziszczenia się zabezpieczonego rezultatu. Biorąc to pod uwagę należy uznać, że gwarancja bankowa w swej treści powinna określać warunki, których zaistnienie spowoduje powstanie po stronie banku obowiązku zapłaty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki te zostały określone przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy.

Z przedłożonego w ofercie Y dokumentu gwarancji bankowej wynika, że zobowiązanie do wypłaty wadium podlega ww. warunkom wskazanym w gwarancji. Wymienione we wskazanej gwarancji warunki nie obejmują swym zakresem treści art. 46 ust. 4a ustawy, a tym samym nie zabezpieczają w pełni interesów zamawiającego i nie gwarantują w pełni realizacji zapisów art. 46 ustawy. Na podstawie tak sformułowanego zobowiązania gwarancyjnego wystawca może uchylić się od zapłaty sumy gwarancyjnej na rzecz beneficjenta gwarancji w przypadku nie uzupełnienia dokumentów, oświadczeń czy pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej – KIO/UZP 19/09, KIO/UZP 202/09, KIO/UZP 283/09.

Celem wniesienia przez wykonawców wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek zaistnienia którejkolwiek z okoliczności opisanych wyżej. Dlatego też dla skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji konieczne jest, by w jej treści wskazane były wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy (tak wyrok ZA z 02.07.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-967/04, wyrok ZA z 27.06.2002 r. sygn. akt UZP/ZO/0-700/02).

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wskazany dokument gwarancji bankowej nie zabezpieczał możliwości zatrzymania wadium we wszystkich przewidzianych Prawem zamówień publicznych sytuacjach, brak bowiem możliwości jego zatrzymania w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy.

W zaistniałej sytuacji w przypadku nie uzupełnienia na żądanie zamawiającego przez wykonawcę dokumentów określonych w art. 25 ustawy lub pełnomocnictw, zamawiający byłby pozbawiony możliwości zatrzymania wadium, gdyż treść przedłożonej gwarancji nie przewidywała takiej możliwości. W tym miejscu należy też wskazać, iż bez znaczenia dla oceny poprawności wniesionego przez wykonawcę wadium jest okoliczność, czy zamawiający wzywał konkretnego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/194/09) wskazała, iż skuteczność wniesienia wadium w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 46 ust. 4a powinna być oceniana w kontekście wymagań zamawiającego określonych w ogłoszeniu i SIWZ. Ponadto Izba w ww. wyroku stanęła na stanowisku, iż „niedopuszczalne jest ocenianie wadium w ten sposób, że uznaje się je za wniesione skutecznie mimo braku możliwości jego zatrzymania w sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 4a p.z.p., gdy zamawiający wymagał w siwz złożenia oświadczeń i dokumentów, jednak w czasie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ustalił, że wykonawca złożył wymagane oświadczenia i dokumenty i nie zachodzi konieczność ich uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.” Analogiczny pogląd został zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/62/09), gdzie wskazano, iż „przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 5 p.z.p. mają charakter bezwzględny, a przewidziana w art. 46 ust. 4a p.z.p. możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 p.z.p. lub pełnomocnictw nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny. Ze sformułowań zawartych w przywołanych przepisach nie należy wywodzić uzależnienia oceny skuteczności wniesienia wadium od okoliczności faktycznych postępowania. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w p.z.p. Uznanie stanowiska, że wadium jest wniesione skutecznie, bo w postępowaniu nie ziszczyły się przesłanki zatrzymania wadium, prowadziłoby do relatywizmu w ocenie treści gwarancji wadium przez uzależnienie skuteczności jego wniesienia od okoliczności faktycznych postępowania”.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Złożenie przez wykonawcę dokumentu stanowiącego gwarancję wadialną, który nie spełnia dyspozycji art. 46 ust. 4a należy traktować jako nie złożenie wadium. Zaistniała wada nie mogła zostać również naprawiona w drodze wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze ofertę złożoną przez wykonawcę Y, należało uznać za niezabezpieczoną stosownym wadium, co obligowało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Jednocześnie ofertę wykonawcy wykluczonego, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, uważa się za odrzuconą. Zaniechanie zamawiającego wykluczenia ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD 12/10) potwierdziła stanowisko Prezesa UZP zawarte w ww. naruszeniu, wskazując iż „przedłożenie, tytułem wniesienia wadium dokumentu gwarancyjnego, który nie wypełniał w swej treści dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, należy traktować jako niezłożenie wadium”.

#### **Przykład 5 (UZP/DKUE/KU/43/2009)**

Pismami z dnia 14 lipca 2009 r. zamawiający wezwał wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Z nadesłanej dokumentacji wynika, że konsorcja: A oraz B nie przedłużyły ważności wadium oraz nie wniosły nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, przez co powinny zostać wykluczone z przedmiotowego postępowania.

## Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 5/2010

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli lub nie przedłużyli ważności wadium stanowi naruszenie dyspozycji art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

## **ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 (art. 24 ust. 2 pkt 4 przed zmianami wprowadzonymi nowelizacją z 5 listopada 2009r.)**

#### **1. Sygn. akt: KIO/UZP 594/09, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2009 r.**

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że dokument potwierdzający wniesienie wadium należy rozpatrywać biorąc pod uwagę ściśle jego brzmienie. Z treści § 2 ust. 2 gwarancji wynika, że uszczegółowiono w nim ogólne postanowienia poprzedzające, a zatem ziszczenie się zobowiązania gwaranta nastąpi wyłącznie w wypadkach wymienionych tamże. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że okoliczności, iż w treści gwarancji nie wymieniono dwóch przesłanek utraty wadium, nie można zakwalifikować jako błędu pisarskiego (w drukowaniu). W piśmiennictwie wskazuje się, że „obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu. Następuje to poprzez wskazanie stanu rzeczy, którego zaistnienie jest powodem żądania zapłaty przez beneficjenta.” (Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych, Numer 2(17)/2008 s. 25 i n.; rozważania zamieszczone tamże bezpośrednio odnoszą się do gwarancji bankowej, jednak dotyczą w istocie wszystkich gwarancji wadialnych, w tym ubezpieczeniowych). Powyższe stanowisko wynika z charakteru prawnego gwarancji bankowej, będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, tj. stosunku przetargowego. W konsekwencji do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można zastosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli, wskazanych w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla Zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej (sprostowanie dołączone do protestu) nie mogą mieć znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium. Zatem brak faktycznego wymienienia w treści gwarancji dwóch spośród czterech przesłanek realizacji wadium obligował Zamawiającego do uznania, że wadium nie zostało wniesione, w konsekwencji czego Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych i uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.



**2. Sygn. akt: KIO/UZP 688/09, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2009 r.**

W ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 z 2009 roku, poz. 83816 w sekcji I, jako zamawiający zostało oznaczone Miejskie Przedszkole Nr 12 w Knurowie. W specyfikacji opublikowanej na stronie internetowej został użyty zwrot „Miejski Zespół Jednostek Oświatowych w Knurowie (...), jako pełnomocnik Zamawiającego, tj. Miejskiego Przedszkola nr 12 w Knurowie, zaprasza do składania pisemnych ofert...”, W ocenie Izby ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 150200/53/0354/185/09 wystawiona przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie, gdzie beneficjentem został wskazany Miejski Zespół Jednostek Oświatowych w Knurowie jest prawidłowa. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium. Bez wątpliwości wadium zostało wniesione w prawnie dopuszczalnej formie i w sposób jak wymagał pełnomocnik zamawiającego. Dokument wadium w oryginale został złożony w jego kasie przed upływem terminu składania ofert. Treść gwarancji jest właściwa, wskazuje postępowanie, beneficjenta, zawiera zobowiązanie gwaranta, bezwarunkowego, nieodwołanego przekazania kwoty 30 000,00 zł. wadium na pierwsze wezwanie beneficjenta to jest Miejskiego Zespołu Jednostek Oświatowych w Knurowie, w okresie jej ważności i w przypadkach takich jak określa ustawa Pzp. Sposób reprezentowania ubezpieczyciela składającego jednostronne oświadczenie, nie jest kwestionowany, zatem wymieniona gwarancja jest ważna. Nie można zgodzić się z zamawiającym oraz z przystępującym, że Towarzystwo Ubezpieczeniowe dokonałoby sprawdzenia kto jest zamawiającym i nie wypłaciłoby należnej kwoty, gdy beneficjentem w tej gwarancji jest pełnomocnik, a nie zamawiający. Istotą wadium gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej jest realizacja zobowiązania przez gwaranta na pierwsze żądanie wskazanego w jej treści beneficjenta, bez możliwości jakiegokolwiek sprawdzania czy beneficjent jest uprawniony oraz czy zachodzą podstawy materialne do uruchomienia gwarancji. Skoro Miejski Zespół Jednostek Oświatowych w Knurowie jest pełnomocnikiem zamawiającego, wskazanym jako beneficjent gwarancji ubezpieczeniowej, może bez przeszkód, w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp wystąpić i uzyskać należną kwotę oraz przekazać ją zamawiającemu. W sprawach nie uregulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z mocy art. 14 Pzp stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Podstawą pełnomocnictwa jest stosunek zlecenia. Zgodnie zaś z art. 740 K. c. przyjmujący zlecenie, winien wydać dającemu zlecenie wszystko co przy wykonaniu zlecenia dla niego uzyskał, chociażby w imieniu własnym. Z tych względów Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że interes zamawiającego - otrzymania kwoty wadium, został należycie zabezpieczony. Kwestia ewentualnego wcześniejszego wypowiedzenia pełnomocnictwa przed zawarciem umowy, pozostaje poza sferą wpływów wykonawcy. Do czasu zawarcia umowy pełnomocnik może wykonywać czynności w postępowaniu. Zakres pełnomocnictwa nie został ograniczony.

### **3. Sygn. akt: KIO/UZP 740/09, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2009 r.**

Podniesione zarzuty wynikają z czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z powodu braku wniesienia wadium zabezpieczającego złożoną w postępowaniu ofertę. Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2009 roku poinformował wykonawcę, iż złożona gwarancja ubezpieczeniowa NR 1502/51/09/PO na poczet zapłaty wymaganego w postępowaniu wadium, nie zabezpiecza w pełni roszczeń zamawiającego, gdyż nie obejmuje przesłanki zatrzymania wadium wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy pzp oraz części X pkt 16.6 siwz, tj. zatrzymania wadium wraz z odsetkami w przypadku kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Na podstawie treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/51/09/PO wystawionej w Poznaniu w dniu 21.04.2009 r. przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ z siedzibą w Warszawie, skład orzekający Izby uznał, iż nie zabezpiecza ona roszczeń zamawiającego o wypłatę kwoty wadium w przypadku zaistnienia sytuacji, określonej w art. 46 ust. 4a ustawy pzp. Skład orzekający nie uznał za skuteczne oświadczenie gwaranta z dnia 18 maja 2009 roku załączone do protestu, o objęciu zakresem gwarancji również okoliczności wskazanej w pkt 16.6 siwz, której wystąpienie powodować miałyby brak możliwości zawarcia umowy z przyczyn po stronie wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż okoliczności zatrzymania wadium przez zamawiającego określone zostały w ustawie pzp w dwóch ustępach artykułu 46, tj. w ustępie 4a oraz 5. Ustęp 5 dotyczy okoliczności, jakie mogą zaistnieć po wyborze oferty najkorzystniejszej w stosunku do wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybierze. Natomiast ustęp 4a będzie miał zastosowanie do każdego wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego nie złoży dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, która to procedura poprzedza

wybór oferty najkorzystniejszej. Zatem należy wskazać, iż oba przepisy mają zróżnicowany zakres zastosowania, w szczególności dotyczą okoliczności występujących na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, a także mają różny krąg adresatów. Nie można uznać, iż zamawiający będzie mógł skutecznie żądać wypłaty kwoty wadium od gwaranta na podstawie zapisu dotyczącego okoliczności wskazanej w ustępie 5 pkt 3 ustawy pzp.(odpowiednio pkt 4.3 gwarancji), w sytuacji kiedy nie dokonano wyboru oferty wykonawcy, który nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego żądanych dokumentów lub oświadczeń. Powoływana przez odwołującego okoliczność wystąpienia niemożności zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, dotyczyć może wyłącznie wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał. W przypadku odmowy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp., wykonawca podlegać będzie wykluczeniu z postępowania, a jego oferta będzie uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp. W tej sytuacji nie dojdzie do wyboru oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania, a tym samym nie znajdzie zastosowania przepis art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp, uprawniający zamawiającego do zatrzymania wadium.

#### **4. Sygn. akt: KIO/UZP 757/09, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r.**

W rozdziale IV SIWZ pt. Wadium, zamawiający zobowiązany na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, do zawarcia wymagań dotyczących wadium, opisał w ust. 6 pkt 1 tego rozdziału, że „W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać: 1) zobowiązanie gwaranta (np. banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty **nieodwołalnie i bezwarunkowo** na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) *zawierające oświadczenie*, że zaistniały okoliczności, o których mowa w ust. 4 lub 5 bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez Wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez Wykonawcę lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji”. Z przytoczonych postanowień SIWZ wynika, że wymagania dotyczące wadium sprowadzały się do uzyskania uprawnień celem uruchomienia, w razie potrzeby, wadium w sposób prosty i bezpośredni. Wskazuje na to wyłączenie konieczności potwierdzania przez wykonawcę okoliczności stanowiących podstawę żądania zapłaty, a także wyłączenie pośrednictwa banku korespondenta lub innej tego typu instytucji. Odwołujący złożył wraz z ofertą Gwarancję bankową nr 591000000034940 z dnia 22 kwietnia 2009 r. wystawioną przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. Jako adresata gwarancji wskazał zamawiającego

(beneficjenta gwarancji). W treści gwarancji określił procedurę związaną z realizacją zapłaty przez zamawiającego, zamieszczając treść: „Żądanie zapłaty powinno być zgłoszone do Banku BGŻ za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, który potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa imieniu”. Treść tę pełnomocnik odwołującego zinterpretował na rozprawie w ten sposób, że zwrot „Żądanie zapłaty **powinno** być...” nie oznacza obowiązku zamawiającego do poddania się określonej procedurze, lecz tylko stosowne zalecenie. Końcowy efekt żądania zapłaty może być również osiągnięty, poprzez złożenie podpisów przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego przed uprawnionymi przedstawicielami banku lub przed notariuszem. KIO uznała, że co do zasady, gwarancja została złożona wraz z ofertą. Co do tego faktu nie zachodzą wątpliwości i strony również nie podważały tej okoliczności. Spór dotyczy wyłącznie sposobu zrealizowania gwarancji w drodze żądania zapłaty zgłoszonego przez zamawiającego. KIO wzięła pod uwagę istotę gwarancji oraz cel jaki ma spełnić jako forma żadanego wadium. Wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium wówczas zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w SIWZ. Dysponowaniem wadium przez zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, jest możliwość żądania zapłaty kwoty odpowiadającej wysokością zabezpieczeniu, czyli kwoty 90 000 zł. Sposób uruchomienia zapłaty został dopuszczony w dokumencie gwarancyjnym poprzez zobowiązanie zamawiającego do skorzystania z pośrednictwa swojego Banku PKO S.A., który ma potwierdzić, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego. Procedura zrealizowania zapłaty jest sprzeczna z treścią wymogu zawartego w postanowieniach SIWZ, gdyż, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie, którym nie zaprzeczył odwołujący, po pierwsze, wprowadza pośrednictwo banku zamawiającego, po drugie, wydłuża czas realizacji zapłaty, po trzecie, powoduje dodatkowe obciążenia finansowe zamawiającego – 0,2% kwoty wadium, jednak nie mniej niż 150 zł. A więc bank potrąci tę kwotę z wadium, czyniąc tym, że wypłacane wadium stanowi niższą kwotę, niż żądał zamawiający lub zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wskazanej kwoty, tytułem prowizji banku od dokonanej usługi. Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że zapłata ma nastąpić nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie o okolicznościach skutkujących zapłatą bez żadnych dodatkowych wymagań wobec wykonawcy, a przede

wszystkim bez pośrednictwa banku lub innej tego typu instytucji. W przedmiotowej sprawie zachodzi pośrednictwo w procedurze zapłaty, poprzez obowiązek włączenia banku zamawiającego do poświadczenia danych, które sprowadza się do wydania dokumentu potwierdzającego prawidłową reprezentację beneficjenta. Przepis art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, na który powoływał się zamawiający podczas rozprawy, stanowi, że zrealizowanie zapłaty przez bank może nastąpić bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Prawo wyboru możliwości zapłaty, z wyłączeniem czynności innego banku, należy, zgodnie z treścią zobowiązującą przywołanego przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, do zamawiającego. Zamawiający dokonał wyboru możliwości, zawierając wymagania w rozdziale IV ust. 6 pkt 1 SIWZ. Treść złożonej przez odwołującego gwarancji jest jednoznaczna i nie budząca wątpliwości. Wprowadzono w niej obowiązek pośredniczenia banku beneficjenta gwarancji w czynności uzyskania zapłaty. Gwarancji tej nie można nadać innej treści poprzez wyjaśnienia lub zeznania pracowników banku, czy poprzez jeszcze inną czynność. Z tych przyczyn skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego w przedmiocie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków – Michała S. i innego przedstawiciela banku na okoliczność wystawienia gwarancji bankowej. Materiał dowodowy w pełni pozwolił na rozstrzygnięcie sprawy, a zgłoszony dowód jest zbędny. Dalsze postępowanie dowodowe prowadziłyby do nieuzasadnionego przedłużenia sprawy.

**5. Sygn. akt: KIO/UZP 865/09, KIO/UZP 902/09, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2009 r.**

(...) konsekwencję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie wadium ustawa Pzp przewiduje wyłącznie dla braku jego wniesienia, na co wskazuje literalne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jak stwierdzono powyżej, Fundacja Uniwersytetu Łódzkiego wniosła wadium w przewidzianym ustawą Pzp terminie, zatem cel wadium został osiągnięty – złożona oferta była skutecznie zabezpieczona przez fakt spoczywania na rachunku Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili, przy zaistnieniu sytuacji przewidzianych w ustawie Pzp, się zaspokoić. Wobec faktycznego wniesienia wadium przez Fundację Uniwersytetu Łódzkiego, fakt wpłaty kwoty wadium w kasie banku w formie gotówkowej bezpośrednio na rachunek Zamawiającego nie może stać się podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

**6. Sygn. akt: KIO/UZP 983/09, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2009 r.**

Okoliczności, w których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, są wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych – Zamawiający ma prawo i obowiązek zatrzymać wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
- 2) wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- 3) wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 4) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Spośród wymienionych wyżej przesłanek zatrzymania wadium w gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego, wymieniono tylko dwie. Skład orzekający, po analizie, czy gwarancja bankowa o takim brzemieniu, jak gwarancja Odwołującego, stanowi prawidłowo wniesione wadium, na tak postawione pytanie odpowiedział negatywnie. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 Prawa zamówień publicznych należy uznać za nieprawidłowe (Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa zamówień publicznych, Numer 2(17)/2008, s. 27 i n.). Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie popełnił błędu w SIWZ, wskazując w pkt. 8.1, iż "Zamawiający zwraca wadium na zasadach określonych w art. 46 ustawy "Prawo zamówień publicznych". Jest to rzeczywiście wskazanie ogólne, ponieważ nie wymienia *explicite* przesłanek zatrzymania wadium, ale jednak jednoznacznie odwołujące się do przepisu ustawy, określającego te przesłanki. Nie można więc twierdzić, że Zamawiający w jakikolwiek sposób wprowadził Odwołującego w błąd co do oczekiwanej przez siebie treści gwarancji, z którego to faktu Odwołujący mógłby ewentualnie wywodzić, iż nie może ponosić negatywnych konsekwencji na skutek działań zamawiającego niezgodnych z

przepisami. Zatem, skoro gwarancja ani nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, ani nie odwołuje się w sposób ogólny do przepisu art. 46 Prawa zamówień publicznych, ani nawet nie można twierdzić, że nieprawidłowa treść gwarancji wynika z niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, należało wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, stąd Zamawiający słusznie uczynił, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej s. 2), jedynie powinien podać szerszą podstawę prawną. Powyższego poglądu co do wadliwości gwarancji bankowej złożonej przez Odwołującego w postępowaniu nie mogą zmienić wyjaśnienia zawarte w piśmie Banku Spółdzielczego w Chrzanowie z dn. 19.06.2009 r. O ile rzeczywiście oświadczenia Banku możnaby uznać za generalną wskazówkę co do możliwego sposobu interpretacji (jak się wydaje, zdaniem Banku błąd w gwarancji wynika z błędu popełnionego w SIWZ), to jednak taka wykładnia stoi w sprzeczności w bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i nie odpowiada charakterowi prawnemu gwarancji bankowej (jak już wyżej stwierdzono, zawiera ona zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w relacji do stosunku podstawowego). Na marginesie, należy zauważyć, że nie jest rzeczą Banku dokonywać oceny co do zgodności z Prawem zamówień publicznych wydanej przez Bank gwarancji bankowej, a Bank powinien dostosować obowiązujące u siebie regulacje do obowiązujących przepisów prawa.

#### **7. Sygn. akt: KIO/UZP 1411/09, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2009 r.**

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego, a tym samym odrzucenia jego oferty na skutek niewniesienia wadium nie potwierdził się. Zamawiający w rozdziale XVIII „Wadium” pkt 4 a zamieścił postanowienie, iż „wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem (...) przed upływem terminu składania ofert” na wskazany w SIWZ rachunek Zamawiającego, a „wniesienie wadium (...) Zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek Zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert (...)” Bezspornym jest, iż Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43 dokonał internetowego polecenia przelewu środków w kwocie 3 500,00 zł z własnego rachunku na rachunek Zamawiającego wskazany w SIWZ, a Odwołujący i Zamawiający posiadają rachunek w tym samym banku. Art. 45 ustawy Pzp stanowi, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez



zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Termin „wniesienie” – zgodnie z doktryną i orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek Zamawiającego. Z potwierdzenia wykonanej operacji wystawionego przez Bank Pekso S.A. z siedzibą w Warszawie, przedłożonego przez Zamawiającego, jednoznacznie wynika, iż przelew dokonany przez Odwołującego w dniu 24 sierpnia 2009 r. o godzinie 22:43 został zaksięgowany na rachunku Zamawiającego dniu „25.08.2009 22:43:32”. Kwota ta – jak podniósł Zamawiający na rozprawie, ale co wynika także z pisma Wydziału Finansów Urzędu Miasta Olsztyn z dnia 27 sierpnia 2009 r. – nie była widoczna na koncie Zamawiającego nie tylko przed godziną 10:00, którą wskazano jak datę składania ofert, ale i tego dnia o godzinie 12:00. Zamawiający nie neguje, że wadium wpłynęło w dniu 25 sierpnia 2009 r. przy wniesieniu wadium liczy się nie data, ale konkretna chwila (godzina, minuta). Tym samym stwierdzić należy, iż Odwołujący decydując się na zlecenie dokonania przelewu w dniu poprzedzającym składanie ofert, czyli de facto – ostatnim możliwym, zgodził się na poniesienie związanego z tym ryzyka.

**8. Sygn. akt: KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2009 r.**

(...) przedstawiona gwarancja bankowa, jako wadium, nie obejmuje wszystkich wypadków zatrzymania wadium przez zamawiającego, wyznaczonych w ustawie Pzp. Nie przewiduje możliwości zatrzymania wadium w sytuacji określonej przepisem art. 46 ust. 4a, tj. gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw. Mimo, że w postanowieniach SIWZ na temat wadium, zamawiający nie zawarł tego warunku, to należy mieć na uwadze, iż wynika on bezpośrednio z treści cytowanego przepisu o imperatywnym charakterze. Każdy wykonawca, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien w dbałości o swój interes, kierować się treścią przepisu, kiedy postanowienia SIWZ, w sposób zasadniczy są sprzeczne z obowiązującą normą. Takie błędy można eliminować w drodze zapytań, czy protestów. Brak podjęcia działań ze strony wykonawców nie powoduje, iż ewidentnie sprzeczna z przepisem dyspozycja SIWZ nabiera charakteru wiążącego. Dokument wadium, po terminie złożenia oferty nie podlega uzupełnieniu, zatem stwierdzenie wadliwości zabezpieczenia oferty wadium powoduje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

**9. Sygn. akt: KIO/UZP 1569/09, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009 r.**



Odwołujący załączył do oferty oryginał Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 z dnia 31.07.2009 r., w której, jak sam stwierdził odwołujący: „popołniono bład poprzez pominięcie, niewyspecyfikowanie jednej z przesłanek zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, tj. w przypadku gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Do protestu przesłanego zamawiającemu faksem w dniu 25.09.2009 r., odwołujący załączył, co zamawiający potwierdził w rozstrzygnięciu protestu, „Zmianę nr 1 do Gwarancji bankowej nr 20049KTG09” z dnia 05.08.2009 r.

W ocenie składu orzekającego Izby w przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się banku do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu (abstrahując od tego, czy dokument winien być złożony w formie kopii czy oryginału), co po pierwsze pozwoli zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co jest warunkiem sine qua non skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, po drugie zaś, co nie mniej istotne, pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium.

W świetle powyższego ustanowienie wadium nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione.

Biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferty zostały zabezpieczone wadium w formie gwarancji bankowej opierać się może wyłącznie na dokumentach złożonych nie później niż przed terminem składania ofert, oraz że uzupełnienie dokumentów - gwarancji bankowych w świetle przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne, skład orzekający Izby stwierdził, że jedyną podstawą oceny czy oferta odwołującego została zabezpieczona wadium jest dokument Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 z dnia 31.07.2009 r. złożonej przez odwołującego wraz z ofertą.

Skoro zatem treść Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 nie wskazuje jako podstawy wypłaty żądanej kwoty 160 000,00 zł jednej z przesłanek określonej przez zamawiającego w SIWZ, uznać należy, że odwołujący nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co jednocześnie przesądza o zgodnym z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczeniu odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty.

**10. Sygn. akt: KIO/UZP 265/10, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2010 r.**

Wniesienie przez odwołującego się protestu, który poprzedzał rozpatrywane odwołanie, nastąpiło po upływie terminu ważności wadium i w żaden sposób nie może spowodować przywrócenia ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. *De lege lata* ustawodawca jedyne odstępstwa, od generalnej reguły nieprzerwanego zabezpieczenia oferty wadium od dnia jej złożenia, ustanowił w sytuacjach przewidzianych w art. 46 ust. 2 i 3 Pzp, które w badanym postępowaniu nie występują. Art. 181 ust. 2a Pzp nie może być podstawą do żądania dokonania, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, wezwania do przedłużenia ważności wadium, które już wygasło. Uznać należy, że odwołujący się wobec zaistnienia zagrożenia upływu ważności wadium oraz dokonanego ostatecznego rozstrzygnięcia protestu uprawniony był do samodzielnego przedłużenia ważności wadium. Skoro zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca może z własnej inicjatywy przedłużyć termin związania ofertą, to tym bardziej wykonawca uprawniony jest do dokonania czynności przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na nowy okres (*arg. a maiori ad minus*). Wadium ma bowiem charakter akcesoryjny wobec oferty i stanowi, przede wszystkim, zabezpieczenie przyszłego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podnoszony przez odwołującego się brak możliwości przedłużenia ważności gwarancji bankowej z powodu braku czynności dokonania przez zamawiającego wezwania do przedłużenia ważności wadium nie powoduje potwierdzenia zarzutu. Po pierwsze: z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść związania wykonawcy formą wniesionego wadium przez cały okres postępowania. Odwołujący się jest uprawniony do wniesienia wadium w innej, niż pierwotnie zastosowana formie. Po drugie: w razie konieczności przedłużania wadium wyłącznie w formie gwarancji bankowej i istnienia powoływanych ograniczeń po stronie banku – gwaranta, odwołujący się mógł w terminie ważności wadium wnieść środki ochrony prawnej zmierzające do zabezpieczenia możliwości przedłużenia wadium. Jakkolwiek w świetle celu ustawy Prawo zamówień publicznych można negatywnie ocenić działanie zamawiającego polegające na dopuszczeniu do upływu terminu związania najkorzystniejszą ofertą oraz wygaśnięcia zabezpieczającego ją wadium, to wskazać należy, że odwołujący się nie podjął działań zmierzających do zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu. To wykonawca, o ile działa z należyłą starannością, jest zobligowany zapewnić ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i musi liczyć się ze skutkami braku zabezpieczenia oferty wadium nawet przez krótki okres, co potwierdza orzecznictwo Izby. Z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności, odwołujący się winien dołożyć należytej staranności i nie przeoczyć, iż upływa

termin ważności wadium. „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt : ACa 1018/05 *niepubl* ).

#### **11. Sygn. akt: KIO/UZP 238/10, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r.**

(...) załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wraz z jej aneksem nr 1 potwierdza, że wadium zostało ustanowione na okres związania ofertą tj. na okres 30 dni, jak tego wymagał zamawiający. Za nieuzasadnione należy uznać stanowisko zamawiającego i przystępującego, że końcowy termin ważności gwarancji nie może przypadać na dzień wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium a nie terminem dokonania czynności przez beneficjenta gwarancji. Niewątpliwie z treści złożonej wraz z ofertą odwołującego gwarancji zapłaty wadium oraz aneksu nr 1 jasno wynika, że zobowiązanie ubezpieczyciela wygasa z dniem 27.12.2009 roku, a zatem gwarancja została ustanowiona na okres 30 dni. Termin końcowy gwarancji to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego w którym ustają skutki czynności prawnej dokonanej przez gwaranta, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Izba wskazuje, że przepis art. 115 kodeksu cywilnego nie znajduje zastosowania do liczenia terminów w przedmiotowym sporze, z uwagi na to, że data 27.12.2009 roku jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą od której uzależnione jest działanie czy podjęcie czynności. Chybione jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, zmierzające do konieczności wydłużenia terminu obowiązywania gwarancji zapłaty wadium na skutek zastosowania art. 115 kodeksu cywilnego, wydłużenie terminów obowiązywania gwarancji może odbywać się wyłącznie w wyniku działania stron. Ponadto wskazać należy, że skutki prawne wynikłe z upływu terminu ważności gwarancji wadium są tożsame ze skutkami prawnymi upływu terminu związania ofertą. W rozpatrywanym przypadku zobowiązanie ubezpieczyciela z tytułu zapłaty kwoty wadium wygasa tego samego dnia, co upływ terminu związania ofertą tj. 27.12.2009 roku. Zatem brak podstaw do twierdzenia, że oferta odwołującego nie jest zabezpieczona wadium na okres związania ofertą. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 kwietnia 2009 roku Sygn. akt VI ACA 1369/08.

**12. Sygn. akt: KIO/UZP 492/10, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2010 r.**

W ocenie Izby zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. nie dopuścił się naruszenia przepisów zarzuczanych w odwołaniu. Należy podnieść, iż zgodnie z przepisami art. 45 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 8 i art. 85 ust. 1 p.z.p., wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobligowany był do wniesienia wadium na cały okres związania ofertą. Zamawiający w siwz ustalił, iż termin związania ofertą wynosi 60 dni, a zatem odwołujący, biorąc pod uwagę termin otwarcia ofert, ustalony na dzień 16 lutego 2010 r. zobowiązany był zabezpieczyć ofertę wadium na okres do dnia 16 kwietnia 2010 r. Bezspornym między stronami jest, co wynika dodatkowo z oferty odwołującego, iż przedłożył on wraz z ofertą wadium w postaci gwarancji bankowej z terminem ważności do dnia 14 kwietnia 2010 r. Podnoszona przez odwołującego argumentacja, iż jego oferta była w sposób ciągły zabezpieczona jest bezpodstawną, albowiem żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie dawał podstaw odwołującemu do przyjęcia, iż może on w każdej chwili, w przypadku wniesienia wadium, na krótszy okres niż termin związania ofertą, uzupełnić wadium na dalszy okres. Istotą wadium jest to, by zabezpieczała ona interesy zamawiającego do dnia zawarcia umowy w przypadku wygrania przetargu w terminie ważności oferty. Przepisy p.z.p. bezwzględnie wymagają, aby oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez cały okres związania ofertą jest niezgodny z ustawą p.z.p. Z uwagi na szczegółowe uregulowanie instytucji wadium w przepisach p.z.p. w ocenie Izby nie będą tu miały zastosowania przepisy k.c. Z tych względów Izba w całości podzielił stanowisko zamawiającego, iż odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponadto Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

## **Bieżące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej**

### **1. Sygn. akt: KIO 435/10, Postanowienie KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r.**

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące odrzucenia odwołania z powodu uchybienia terminu na jego wniesienie.

[pełny tekst orzeczenia](#)

### **2. Sygn. akt: KIO 387/10, Postanowienie KIO z dnia 12 kwietnia 2010 r.**

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

[pełny tekst orzeczenia](#)

### **3. Sygn. akt: KIO 516/10, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2010 r.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia.

[pełny tekst orzeczenia](#)

### **4. Sygn. akt: KIO 637/10, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2010 r.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący warunków udziału w postępowaniu.

[pełny tekst orzeczenia](#)

### **5. Sygn. akt: KIO 624/10, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r.**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący warunków udziału w postępowaniu oraz wzywania do uzupełnienia dokumentów.

[pełny tekst orzeczenia](#)

## ANALIZY SYSTEMOWE

**Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych  
01.01.2010 – 30.04.2010**

### **I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

#### **Liczba opublikowanych ogłoszeń**

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	47 147	4 924	<b>52 071</b>
O udzieleniu zamówienia	54 280	5 947	<b>60 227</b>
O konkursie	44	9	<b>53</b>
O wynikach konkursu	31	31	<b>62</b>
O zmianie ogłoszenia	10 839	2 940*	<b>13 779</b>
O koncesji na usługi / roboty budowlane	3	14	<b>17</b>
O zamiarze zawarcia umowy	1 803	90	<b>1 893</b>
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	329	<b>329</b>
O profilu nabywcy	-	6	<b>6</b>
<b>RAZEM</b>	<b>114 147</b>	<b>14 290</b>	<b>128 437</b>

\* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

#### **Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia**

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	32,93%	7,68%
Dostawy	35,71%	55,94%
Usługi	31,36%	36,38%

#### **Postępowania wszczęte według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,81%	95,00%
Przetarg ograniczony	0,63%	3,72%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,16%	0,98%
Dialog konkurencyjny	0,04%	0,30%
Licytacja elektroniczna	0,36%	-

**Kryteria oceny ofert**

**(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	95%	91%	86%	91%
Cena i inne kryteria	5%	9%	14%	9%

**Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie**

**(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	68	0,18%
Dostawy	25	0,06%
Usługi	97	0,25%
<b>Razem</b>	<b>190</b>	<b>0,49%</b>

**Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia**

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	20,74%	4,12%
Dostawy	33,80%	45,43%
Usługi	45,46%	50,45%

**Zamówienia udzielone według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	67,21%	76,35%
Przetarg ograniczony	0,41%	3,42%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,07%	1,65%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,26%	18,43%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,15%
Wolna ręka	27,28%	-
Zapytanie o cenę	4,54%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,21%	nie ogłasza się

\* - w tym wolna ręka

**Wartość udzielonych zamówień\***

<b>Wartość zamówień</b>	<b>17,602 mld zł</b>
-------------------------	----------------------

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Struktura zamówień wg wartości</b>
Roboty budowlane	63%
Dostawy	17%
Usługi	20%

\* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

**Zamówienia udzielone według województw**

**(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Województwo</b>	<b>Odsetek liczby</b>	<b>Odsetek wartości</b>
dolnośląskie	7%	7%
kujawsko-pomorskie	4%	4%
lubelskie	5%	5%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	5%	5%
małopolskie	10%	7%
mazowieckie	18%	16%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	6%	8%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	6%
wielkopolskie	8%	8%
zachodniopomorskie	5%	4%



**Cena oferty wybranej do wartości zamówienia  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Odsetek</b>
Roboty budowlane	81%
Dostawy	94%
Usługi	89%
<b>Średnio</b>	<b>90%</b>

**Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Liczba ofert</b>	
	<b>składanych</b>	<b>odrzucanych</b>
Roboty budowlane	5,57	2,84
Dostawy	2,52	1,53
Usługi	2,49	1,81
<b>Średnio</b>	<b>2,92</b>	<b>1,99</b>

**Średni czas trwania postępowań  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>
Roboty budowlane	47 dni	48 dni
Dostawy	34 dni	33 dni
Usługi	34 dni	32 dni
<b>Średnio</b>	<b>37 dni</b>	<b>35 dni</b>

**Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>% wartości</b>
Administracja rządowa centralna	2,42%
Administracja rządowa terenowa	1,41%
Administracja samorządowa	59,34%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	8,10%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,70%
Uczelnie publiczne	3,80%
Podmiot prawa publicznego	0,17%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	7,97%
Inny	16,10%

**Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>Udział</b>
Administracja rządowa centralna	2,58%
Administracja rządowa terenowa	2,75%
Administracja samorządowa	43,62%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,80%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,01%
Uczelnie publiczne	8,64%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	15,04%
Zamawiający sektorowy	1,15%
Inny	20,41%

**Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających**  
(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	12,02%	20,78%	67,21%
Administracja rządowa terenowa	7,91%	40,80%	51,29%
Administracja samorządowa	32,02%	16,37%	51,61%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	14,33%	42,93%	42,73%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	4,46%	40,76%	54,78%
Uczelnie publiczne	6,42%	39,93%	53,66%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	5,05%	72,93%	22,02%
Zamawiający sektorowy	2,94%	51,75%	45,31%
Inny	12,32%	40,16%	47,52%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień**  
według kategorii zamawiających  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	47,31	0,00	0,17	0,26	0,00	46,80	4,94	0,51
Administracja rządowa terenowa	60,98	0,35	0,00	0,35	0,00	28,00	9,82	0,49
Administracja samorządowa	67,26	0,46	0,05	0,29	0,02	28,03	3,59	0,29
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	64,38	0,34	0,17	0,23	0,00	29,74	5,04	0,10
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	45,22	0,00	0,00	0,16	0,00	28,82	25,80	0,00
Uczelnie publiczne	43,88	0,24	0,04	0,24	0,04	50,07	5,43	0,06
Podmiot prawa publicznego	67,62	0,00	0,00	0,00	0,00	25,71	6,19	0,48
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	82,00	0,26	0,03	0,33	0,00	15,87	1,50	0,01
Inny	62,46	0,52	0,13	0,39	0,03	30,77	5,56	0,14

**Liczba zamówień udzielonych polskim wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE z uwzględnieniem wartości tych zamówień\***

<b>Państwo</b>	<b>Liczba kontraktów</b>	<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Równowartość w EUR</b>
<b>Belgia</b>	6	6 x usługi	6 198 760 EUR
<b>Finlandia</b>	3	3 x usługi	3 000 000 EUR
<b>Łotwa</b>	1	1 x usługi	7 290 EUR
<b>Niemcy</b>	1	1 x dostawy	brak danych
<b>Rumunia</b>	3	2 x dostawy 1 x usługi	668 421 EUR
<b>Szwecja</b>	1	1 x usługi	brak danych
<b>Wlk. Brytania</b>	1	1 x usługi	brak danych
<b>Włochy</b>	1	1 x dostawy	22 884 531 EUR
<b>Razem</b>	<b>17</b>	<b>4 x dostawy 13 x usługi</b>	<b>32 759 002 EUR</b>

\* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

**Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień\***

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
<b>Austria</b>			8	18 821 535	1	10 197 000			<b>9</b>	<b>29 018 535</b>
<b>Belgia</b>			4	54 638 656					<b>4</b>	<b>54 638 656</b>
<b>Czechy</b>	1	29 611 417	5	11 023 208	7	8 703 337			<b>13</b>	<b>49 337 962</b>
<b>Cypr</b>			2	10 641 850					<b>2</b>	<b>10 641 850</b>
<b>Francja</b>					2	1 429 178			<b>2</b>	<b>1 429 178</b>
<b>Grecja</b>			1	204 093					<b>1</b>	<b>204 093</b>
<b>Hiszpania</b>	3	610 501 440			1	1 347 489			<b>4</b>	<b>611 848 929</b>
<b>Holandia</b>	1	2 861 388	13	36 372 290	5	221 996 091			<b>19</b>	<b>261 229 769</b>
<b>Irlandia</b>					2	931 419			<b>2</b>	<b>931 419</b>
<b>Izrael</b>					1	998 971			<b>1</b>	<b>998 971</b>
<b>Japonia</b>							1	38 390	<b>1</b>	<b>38 390</b>
<b>Kanada</b>			2	131 811					<b>2</b>	<b>131 811</b>
<b>Litwa</b>					1	733 337			<b>1</b>	<b>733 337</b>
<b>Luksemburg</b>							1	268 730	<b>1</b>	<b>268 730</b>
<b>Macedonia</b>	1	622 518 403							<b>1</b>	<b>622 518 403</b>
<b>Niemcy</b>	2	183 464 978	22	195 076 419	13	120 410 578	2	16 000	<b>39</b>	<b>498 967 975</b>
<b>Norwegia</b>					1	b.d.			<b>1</b>	<b>b.d.</b>
<b>Portugalia</b>	1	175 062 350			1	9 424 500			<b>2</b>	<b>184 486 850</b>
<b>Słowacja</b>	1	551 257 366	1	336 000					<b>2</b>	<b>551 593 366</b>
<b>Szwajcaria</b>			16	18 383 088					<b>16</b>	<b>18 383 088</b>
<b>Szwecja</b>			1	807 495	2	726 635			<b>3</b>	<b>1 534 130</b>
<b>Ukraina</b>					1	5 288 700			<b>1</b>	<b>5 288 700</b>
<b>USA</b>			2	6 862 693	2	3 060 597			<b>4</b>	<b>9 923 290</b>
<b>Węgry</b>					1	3 200 000			<b>1</b>	<b>3 200 000</b>
<b>Wielka Brytania</b>			36	8 935 266	5	49 786 804			<b>41</b>	<b>58 722 070</b>
<b>Włochy</b>			5	4 147 114	2	7 869 948			<b>7</b>	<b>12 017 062</b>
<b>Razem</b>	<b>10</b>	<b>2 175 277 342</b>	<b>118</b>	<b>366 381 519</b>	<b>48</b>	<b>446 104 584</b>	<b>4</b>	<b>323 120</b>	<b>180</b>	<b>2 988 086 566</b>

\* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

## **II. Kontrola udzielania Zamówień publicznych**

### **Kontrole uprzednie**

<b>Kontrole</b>	<b>Liczba</b>	
Wszczęte	73	
Zakończone	60	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	40	67%
Stwierdzono naruszenia	20	33%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
ponowna ocena	5	25%
uchybień formalne	15	75%

### **Kontrole doraźne**

<b>Kontrole</b>	<b>Liczba</b>	
Wszczęte	36	
Zakończone	39	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	37	95%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	10	27%

### Kontrole doraźne zawiadomień

(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

<b>Kontrole</b>	<b>Liczba</b>	
Wszczęte	5	
Zakończone	8	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	1	12,5%
Stwierdzono naruszenia	7	87,5%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	0	0%
uchybień formalne	0	0%
Zawiadomienie RDFP	0	0%

### **III. Środki ochrony prawnej**

#### **Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia**

	<b>Liczba</b>	
Wniesiono ogółem	775	
Brak wpisu	34	
Braki formalne	37	
Rozpatrzono ogółem	871	
<b>Sposób rozpatrzenia</b>	<b>Liczba</b>	<b>Rozkład procentowy</b>
Odrzucone	111	13%
Umorzone postępowanie	135	15%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	22	3%
Oddalone	348	40%
Uwzględnione	255	29%

#### **Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia**

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>2010 r.</b>	<b>2009 r.</b>
Roboty budowlane	32%	37%
Dostawy	30%	28%
Usługi	38%	35%

#### **Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów**

<b>Skargi</b>	<b>2010 r.</b>	<b>2009 r.</b>
Liczba wniesionych skarg	90	105
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	10%	19%



***Zespół redakcyjny Informatora UZP:***

<i>Joanna Czarnecka</i>	<i>Joanna Orzeł</i>
<i>Renata Dzikowska</i>	<i>Anna Łagocka</i>
<i>Urszula Krynicka</i>	<i>Anna Matuszewska</i>
<i>Izabela Rzepkowska</i>	<i>Piotr Zabadeusz</i>
<i>pod kierunkiem</i>	<i>Anity Wichniak Olczak</i>

***KONTAKT:***

***Urząd Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa  
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov.pl***