

Michał Sękowski
Paweł Rożyński
Marta Lipińska

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA ROBOTY BUDOWLANE według nowej ustawy Pzp

Stan prawny na 15 czerwca 2021 r.

Warszawa 2021

Spis treści

WYKAZ SKRÓTÓW	9
WSTĘP	13
ROZDZIAŁ 1. PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA NA ROBOTY BUDOWLANE	15
1.1. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane.....	15
1.1.1. Zagadnienia wstępne	15
1.1.2. Obowiązek stosowania przepisów ustawy PZP oraz ustalenia przepisów właściwych	17
1.1.3. Wybór trybu postępowania	19
1.1.4. Podstawy wykluczenia wykonawcy	20
1.1.5. Warunki udziału w postępowaniu	26
1.1.6. Podmiotowe środki dowodowe	39
1.1.7. Przedmiotowe środki dowodowe.....	39
1.1.8. Kryteria oceny ofert	44
1.1.9. Wskazanie wymagań w zakresie zatrudnianych osób	49
1.1.10. Decyzja w sprawie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań.....	51
1.2. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane.....	52
1.2.1. Wyjaśnienia treści SWZ	52
1.2.2. Wizja lokalna oraz sprawdzenie dokumentów dostępnych na miejscu u zamawiającego	54
1.2.3. Problematyka rażąco niskiej ceny.....	55
1.2.4. Tajemnica przedsiębiorstwa	61
1.2.5. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu (badanie). Wzywianie do wyjaśnień oraz uzupełnień.....	64

ROZDZIAŁ 2. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ W ZAMÓWIENIACH NA ROBOTY BUDOWLANE.....	70
2.1. Przesłanki korzystania ze środków odwoławczych (szkoda oraz interes)	70
2.2. Postępowanie odwoławcze	74
2.3. Postępowanie skargowe	79
ROZDZIAŁ 3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA NA ROBOTY BUDOWLANE	83
3.1. Ogólne zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia	83
3.2. Dostępność dla osób niepełnosprawnych.....	89
3.3. Normy i specyfikacje techniczne	90
3.4. Sposób opisywania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane.....	94
3.5. Odpowiedzialność za wady dokumentacji w formule „buduj”	97
ROZDZIAŁ 4. UMOWA NA ROBOTY BUDOWLANE	100
4.1. Zakres stosowania regulacji kodeksowych. Definicja i forma	100
4.1.1. Definicja	101
4.1.2. Forma.....	104
4.2. Elementy umowy o roboty budowlane w sprawie zamówienia publicznego. Zakres przedmiotowy art. 431. i n. ustawy PZP	108
4.2.1. Niedozwolone klauzule umowne.....	109
4.2.2. Obligatoryjne klauzule umowne	115
4.2.3. Czas trwania umowy.....	116
4.2.4. Wynagrodzenie wykonawcy.....	117
4.2.5. Kary umowne.....	122
4.2.6. Prawo opcji	126
4.2.7. Odpowiedzialność solidarna wykonawców za wykonanie zamówienia	127
4.2.8. Raport z realizacji zamówienia	128
4.3. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	134
4.4. Odbiór robót budowlanych.....	138
4.5. Odstąpienie.....	143
4.5.1. Odstąpienie na mocy przepisów Kodeksu cywilnego	152
ROZDZIAŁ 5. USTAWOWE I UMOWNE PRZESŁANKI ZMIANY UMOWY O ROBOTY BUDOWLANE.....	158
5.1. Zmiany nieistotne	160
5.2. Zmiany przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia	164

5.3.	Zmiana wykonawcy	168
5.4.	Niezbędne roboty.....	169
5.5.	Okoliczności nieprzewidziane.....	171
5.6.	Zmiany de minimis.....	173
5.7.	Zmiana umów zawartych w trybach z wolnej ręki.....	175
5.8.	Ugody w sprawie należności pieniężnej i inne polubowne metody rozwiązywania sporów.....	176
ROZDZIAŁ 6. WALORYZACJA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY I PODWYKONAWCY		181
6.1.	Waloryzacja umowna	181
6.2.	Waloryzacja wynagrodzenia z uwagi na zmianę obciążeń publicznych	185
6.2.	Rebus sic stantibus.....	187
6.3.	Roszczenie na podstawie art. 632. § 2. Kodeksu cywilnego.....	190
ROZDZIAŁ 7. PODWYKONAWCY W ZAMÓWIENIACH NA ROBOTY BUDOWLANE		195
7.1.	Regulacje wynikające z ustawy PZP. Zagadnienia ogólne.....	195
7.2.	Obowiązki związane ze zgłaszaniem podwykonawców, dalszych podwykonawców lub kolejnych dalszych podwykonawców	197
7.3.	Bezpośrednia zapłata.....	205
7.4.	Ochrona podwykonawców wynikająca z przepisów Kodeksu cywilnego	212
ROZDZIAŁ 8. RĘKOJMIA I GWARANCJA		219
8.1.	Rękojmia	219
8.2.	Gwarancja	224
ROZDZIAŁ 9. ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI NA ROBOTY BUDOWLANE		227
9.1.	Monopol jednego wykonawcy	227
9.2.	Konkurs.....	231
9.3.	Potrzeba natychmiastowego wykonania	231
9.4.	Unieważnione postępowanie.....	236
9.4.	Zamówienie podobne	240

Wstęp

W związku z wejściem w życie w styczniu 2021 r. ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych pojawiła się potrzeba przybliżenia nowej regulacji szerokiemu gronu uczestników rynku inwestycji budowlanych, realizowanych w reżimie zamówień publicznych. Nowa ustawa nie zawsze zrywa z istniejącą praktyką, przez co może pozornie nie zasługiwać na szczególowe się nią zajmowanie. Niemniej okoliczność, że ustawodawca wprowadził szereg rozwiązań, które mogą wpłynąć na zmianę podejścia stron do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, powinny czynić odniesienie się do nich interesującym dla potencjalnych czytelników.

Powyższe może wynikać z zauważalnej próby wpłynięcia na to, by zamówienia były efektem analiz i przemyśleń z punktu widzenia racjonalności i ekonomii ich udzielenia, ale również, by prowadzone były w duchu pewnej równowagi między stronami, wspólnie nakierowanymi na realizację zamówienia w sposób partnerski jako równoprawni uczestnicy procesów realizacji zamówień. Może również znajdować uzasadnienie w tym, że w ustawie znalazły się także rozwiązania nowe, szczegółowo regulujące materie dotychczas tylko powierzchownie traktowane przez ustawę.

Niniejsza pozycja książkowa ma w założeniu autorów przybliżyć te rozwiązania praktykom rynku zamówień publicznych na roboty budowlane. Powinna wskazać na pewne niuanse wynikające ze stosowania prawa zamówień publicznych i zwrócić uwagę na to, jak sobie z nimi radzić. Napisana jest przez prawników, ale w sposób przystępny dla osób, które prawem się zawodowo nie zajmują i to właśnie do nich jest przede wszystkim kierowana.

Rozdział 1. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane

1.1. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane

1.1.1. Zagadnienia wstępne

Sporządzenie poprawnej dokumentacji przetargowej jest warunkiem koniecznym zarówno sprawnego przeprowadzenia postępowania, jak i udanej realizacji samego procesu inwestycyjnego. Niejasny opis warunków udziału w postępowaniu, wadliwie dobrane kryteria oceny ofert czy wreszcie błędy w umowie lub opisie przedmiotu zamówienia nie tylko wydłużą postępowanie, ale i utrudnią osiągnięcie celów postawionych przed instytucją zamawiającą.

Przystępując do sporządzenia dokumentacji, zamawiający stanie przed koniecznością podjęcia szeregu decyzji. W przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych udzielanych przez zamawiających publicznych pierwszą czynnością wymaganą przez ustawę jest sporządzenie tzw. analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 1 ustawy PZP). Niemniej tak naprawdę każde postępowanie można poprzedzić przygotowaniem mniej lub bardziej rozbudowanej analizy. Pozwoli to zamawiającemu na rozważenie kluczowych dla postępowania okoliczności, a czasami takie opracowanie pozwoli na uniknięcie błędów, które będą miały istotny wpływ na przedsięwzięcie inwestycyjne.

Zgodnie z przepisami analiza powinna zawierać:

- badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;
- rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia;

- orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów;
- możliwość podziału zamówienia na części;
- przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
- możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
- ryzyko związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

Analiza potrzeb i wymagań po pierwsze powinna obejmować rozeznanie rynku. Im bardziej nietypowe z punktu widzenia zamawiającego postępowanie, tym też bardziej zasadnym będzie rozważenie sięgnięcia po wiedzę wykonawców na temat możliwych sposobów wykonania zamówienia. Nie będzie to miało tak istotnego znaczenia, gdy przedmiot zamówienia zostanie opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli jednak przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych albo sam projekt, uzasadnione jest zebranie informacji z rynku na temat możliwości technicznych, organizacyjnych, materiałowych realizacji zamówienia. Często bowiem się zdarza, iż dopiero na etapie składanych wniosków o wyjaśnienie SWZ wykonawcy uświadamiają zamawiającemu wielkość możliwych alternatywnych rozwiązań.

Poddanie założeń zamawiającego ocenie rynku jest tym bardziej uzasadnione, im większa jest wartość zamówienia oraz stopień jego skomplikowania. Zasadnym może być poprzedzenie przetargu wstępnymi konsultacjami rynkowymi (art. 84 ustawy PZP). Zasadą jest, że wykonawcy posiadają lepszą wiedzę na temat możliwych sposobów wykonania zamówienia.

Nie można także wykluczyć, że tam, gdzie zakładano przeprowadzenie klasycznego zamówienia, zasadne będzie rozważenie postępowania koncesyjnego lub nawet partnerstwa publiczno-prywatnego.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane wiąże się z szeregiem czynności przygotowawczych. Spośród wielu decyzji niezbędnych do podjęcia należy, ze względu na ich znaczenie, wyróżnić:

- ustalenie właściwych przepisów;
- wybór trybu postępowania;
- wybór sposobu opisu przedmiotu zamówienia;
- decyzję w sprawie ewentualnego żądania przedmiotowych środków dowodowych;
- ustalenie oczekiwań w sprawie podstaw wykluczenia wykonawcy;
- określenie warunków udziału w postępowaniu wraz z żądanymi dokumentami;
- decyzje dotyczące technicznych aspektów związanych z prowadzonym postępowaniem;
- opisanie kryteriów oceny ofert;

- decyzję w sprawie wadium;
- decyzję w sprawie wizji lokalnej oraz sprawdzenia dokumentów dostępnych na miejscu u zamawiającego;
- wskazanie wymagań w zakresie zatrudnianych osób;
- decyzję w sprawie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań;
- decyzje co do brzmienia projektu umowy.

Poniżej przedstawimy szczegółowe odniesienie się do powyższych tematów. Problematyka opisu przedmiotu zamówienia oraz umowy na roboty budowlane zostanie omówiona odrębnie w kolejnych rozdziałach.

1.1.2. Obowiązek stosowania przepisów ustawy PZP oraz ustalenia przepisów właściwych

W odróżnieniu od zamówień na usługi i dostawy, w przypadku robót budowlanych właściwe progi rozdzielające trzy typy rodzaje postępowań (nieobjęte ustawą, krajowe oraz unijne) są takie same niezależnie od typu zamawiających. Ustawa PZP znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających publicznych, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000 złotych. Zamówienia takie udzielane są zgodnie z uproszczonymi zasadami. Gdy wartość zamówienia klasycznego, sektorowego lub w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.350.000 euro, zamówienie jest udzielane zastosowaniem przepisów właściwych dla postępowań unijnych. Poniżej progu 130 tys. złotych ustawa nie znajduje zastosowania.

Poza zamówieniami klasycznymi, sektorowymi oraz w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa należy zwrócić uwagę na szczególny typ postępowań prowadzonych przez tzw. zamawiających subsydiowanych. Są nimi podmioty inne niż zamawiający publiczny oraz sektorowi udzielający zamówienia które:

- ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP;
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Finansowanie winno być rozumiane jako przekazanie środków na dane zamówienie, nie zaś jako bieżące finansowanie działalności podmiotu udzielającego

zamówienie. Z reguły środki przekazywane są na podstawie umowy dotacyjnej, w szczególności dotyczącej środków wspólnotowych. Wskazywane w załączniku II roboty to między innymi budowa rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, torów kolejowych, pasów startowych, dróg wodnych czy portów. W odróżnieniu od wcześniej obowiązujących przepisów zamówienia sektorowe udzielane w warunkach opisanych powyżej w przepisie nadal będą udzielane w reżimie sektorowym (a nie jako zamówienia subsydiowane).

Co istotne, zakres przedmiotowy przepisu (zamówienia subsydiowane) dotyczy nie tylko niektórych typów robót budowlanych, ale i usług związanych z takimi robotami budowlanymi (najczęściej usług projektowych).

Ustalenie przepisów właściwych – niezależnie do typu zamówienia – wymaga określenia przez zamawiającego wartości udzielanego zamówienia. W odniesieniu do robót budowlanych w zależności od modelu prowadzenia prac wartość ustala się (w pewnym uproszczeniu):

- w oparciu o kosztorys inwestorski, sporządzany na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (postępowanie na roboty budowlane bez projektowania);
- w oparciu o informację na temat planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (model „zaprojektuj i wybuduj”).

Zarazem zgodnie z ustawą, jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, to wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W tym zakresie warto wskazać przykładowo na opinię UZP dotyczącą niezasadnego podziału zamówienia na formalnie odrębne części¹: „Nie można zgodzić się z zamawiającym, że modernizowane ciągi dróg oraz mosty stanowią kilka odrębnych obiektów budowlanych. Po pierwsze, sam zamawiający połączył w ramach jednego zamówienia roboty budowlane dotyczące dróg i przebiegających w ich sąsiedztwie mostów, co oznacza, że uznał je łącznie za jeden obiekt budowlany o tym samym przeznaczeniu, którego wartość szacunkową należy zsumować. Po drugie, funkcjonalną całość robót budowlanych w niniejszej sprawie stanowi połączony ciąg dróg wraz z mostami, nie zaś odrębnie poszczególne odcinki dróg w tym samym powiecie”. Bowiern jak wskazuje UZP²: „Szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy PZP, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych

¹ Por. informację o wyniku kontroli doraźnej następczej UZP z 12 września 2014 r., sygn. akt: UZP/DKUE/KD/12/2014.

² Por. „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” nr 2/2016.

obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie” w przetargu ograniczonym członkowie. Zatem jednym zamówieniem publicznym będzie przykładowo przebudowa szeregu ulic w ciągu jednej drogi krajowej. Zamawiający może oczywiście podzielić zamówienia na części i przeprowadzić odrębne postępowania, niemniej wartością udzielanego zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części tak udzielanego zamówienia.

Przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane pamiętać także należy o uwzględnieniu wartości dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych (art. 30 ust 3 ustawy PZP).

Warto także zwrócić uwagę na znaczenie art. 30 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym w przypadku zamówień udzielanych w częściach do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy PZP właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość:

- jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro dla robót budowlanych;
- pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

Innymi słowy powyższy przepis może być podstawą do udzielenie zamówienia w reżimie krajowym (uproszczonym) dla wyodrębnionej części zamówienia spełniającej powyższe kryteria. W piśmiennictwie można także spotkać się z poglądem, że jeśli wartość tak wyodrębnionego zamówienia nie przekracza pierwszego progu (obecnie 130.000 zł), to zamawiający zwolniony jest z obowiązku stosowania przepisów ustawy PZP. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dodaje zarazem, iż podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy PZP (co oznacza, że jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności)³. Znaczenie będą miały okoliczności danej sprawy.

1.1.3. Wybór trybu postępowania

W przypadku postępowań unijnych zamawiający ma do wyboru siedem trybów. Niemniej tylko przetarg nieograniczony oraz ograniczony mogą być zastosowane w każdym przypadku. Zastosowanie pozostałych trybów wymaga

³ Por. „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” nr 3/2013.

spełnienia przesłanek opisanych w ustawie. Odnosząc się do danych UZP, w pierwszym kwartale 2021 r. dokonano następujących wyborów w zakresie trybów prowadzenia postępowania, ogłaszanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej⁴:

- przetarg nieograniczony – 98,54%;
- przetarg ograniczony – 0,89%;
- negocjacje z ogłoszeniem – 0,29%;
- dialog konkurencyjny – 0,24%;
- partnerstwo innowacyjne – 0,04%.

Mamy zatem do czynienia niemalże wyłącznie ze stosowaniem przetargu nieograniczonego. Trudno bowiem wskazać na jakiegokolwiek istotne przewagi przetargu ograniczonego w odniesieniu do nieograniczonego. Wadą tego pierwszego jest na pewno dłuższy czas trwania postępowania.

Podobnie zgodnie z danymi UZP w pierwszym kwartale 2021 r. dokonano następujących wyborów w odniesieniu do zamówień krajowych, ogłaszanych w Biuletynie Zamówień Publicznych⁵:

- podstawowy bez negocjacji (art. 275 pkt 1) – 87,97%;
- podstawowy z możliwością negocjacji (art. 275 pkt 2) – 11,80%;
- podstawowy z negocjacjami (art. 275 pkt 3) – 0,10%;
- partnerstwo innowacyjne (art. 297) – 0,13%.

Tryb podstawowy bez negocjacji to uproszczona wersja przetargu nieograniczonego. Relatywnie wysoka liczba wszczynanych postępowań w trybie podstawowym z możliwością negocjacji wynikać może z atrakcyjności dla zamawiających możliwości zaproszenia wykonawców do składania ofert dodatkowych.

Reasumując, w praktyce polski rynek zamówień publicznych to rynek przetargu nieograniczonego. Pozostałe tryby – poza niekonkurencyjną wolną ręką – mają w praktyce znikome znaczenie.

1.1.4. Podstawy wykluczenia wykonawcy

Nowa ustawa dokonała podziału przesłanek wykluczenia na obligatoryjne (znajdujące zastosowanie w każdym postępowaniu) oraz fakultatywne (znajdują zastosowanie, o ile zamawiający zakomunikował taki zamiar w dokumentacji). Fakultatywność winna być rozumiana w ten sposób, iż ewentualne zastrzeżenie przesłanki fakultatywnej przesądza o obowiązku jej stosowania w postępowaniu przetargowym.

⁴ Dane z „Informatora Urzędu Zamówień Publicznych” nr 1/2021.

⁵ Tamże.

Przesłanki obligatoryjne

Do przesłanek obligatoryjnych należą przesłanki odnoszące się do karalności wykonawcy lub wybranych osób zaangażowanych w działalność wykonawcy (jak przykładowo członek zarządu czy prokurent). Obligatoryjny charakter mają także przesłanki odnoszące się do kwalifikowanego zalegania z uiszczeniem danin publicznych, wydanie zakazu ubiegania się o zamówienia, wystąpienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencyjności oraz wcześniejsze zaangażowanie w przygotowanie postępowania. W przypadku postępowania na roboty budowlane szczególne znaczenie mają dwie ostatnie.

Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli na podstawie wiarygodnych przesłanek może stwierdzić, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP). Zgodnie z wytycznymi OECD zmowa przetargowa ma miejsce, kiedy firmy, od których oczekuje się, że będą ze sobą konkurować, podejmują niejawną współpracę, aby podnieść ceny lub obniżyć jakość towarów lub usług dla nabywców, którzy chcą nabyć produkty lub usługi w drodze przetargu⁶. Nie jest niezbędne, aby porozumienie było zawarte między wykonawcami ubiegającymi się o dane zamówienie, co obejmuje również sytuacje, gdy porozumienie zostało zawarte z podmiotem, który w danym postępowaniu nie wziął udziału ze względu na porozumienie o powstrzymaniu się od złożenia oferty⁷. Zgodnie z poglądem UOKiK zmowa taka może przykładowo dotyczyć sytuacji, gdy⁸: „w przetargu ograniczonym członkowie kartelu mogą w pierwszym etapie wzajemnie użyć sobie potencjału. Dzięki temu uzyskują oni maksymalne oceny i zapewniają sobie grupowo awans do drugiego etapu, eliminując z niego outsiderów. W drugim etapie członkowie porozumienia mogą zastosować np. mechanizm ograniczania ofert, aby podzielić między siebie części przetargu”. Ustawa PZP nie wyklucza możliwości współpracy wykonawców w celu wspólnego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (konsorcjum, podwykonawstwo, udzielenie zasobów). Niemniej to okoliczności konkretnego postępowania będą przesądzać o tym, czy mamy do czynienia z zawarciem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Istotna jest charakterystyka danego rynku, stopień jego konkurencyjności. Nie będzie takim zakazanym porozumieniem współdziałanie trzech przedsiębiorców na rynku wysoce konkurencyjnym motywowane potrzebą zebrania potencjału proporcjonalnego do zakresu udzielanego zamówienia. Natomiast

⁶ Por. Wytyczne OECD dotyczące zwalczania zmwów przetargowych, UZP 2015, [online: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zamowienia-publiczne-na-swiecie/oecd/wytyczne-oecd-dotyczace-zwalczania-zmwow-przetargowych>].

⁷ Por. np. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*. Komentarz, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

⁸ Por. *Zmowy przetargowe*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2013.

winno budzić wątpliwości takie samo porozumienie specjalistycznych przedsiębiorstw skutkujące brakiem konkurencyjności postępowania w sytuacji, gdy każdy z wykonawców samodzielnie mógłby wykonać zamówienie.

Do rozstrzygnięcia charakteru zawartego porozumienia zasadne jest badanie celu zawarcia domniemanego lub wprost zakomunikowanego porozumienia (konsorcjum). Zamawiający winien ustalić, czy celem tym jest umożliwienie wykonawcom wzięcia udziału w postępowaniu (inaczej niemożliwego), ewentualny podział prac związany ze specjalizacją poszczególnych konsorcjantów (podwykonawców), czy też możemy mieć do czynienia z porozumieniem, którego faktycznym celem jest ograniczenie konkurencyjności postępowania. Możliwe jest w tym zakresie prowadzenia postępowania wyjaśniającego. Postępowanie może być prowadzone z własnej inicjatywy zamawiającego lub na wniosek konkurentów. Niemniej naruszeniem zasady uczciwej konkurencji byłoby zaniechanie sprawdzenia, czy do zмовы przetargowej doszło.

Ewentualne wykluczenie wykonawców musi być poparte po stronie zamawiającego stosownymi dowodami. W ocenie Izby zamawiający nie może rozstrzygać na niekorzyść wykonawców na podstawie jedynie podejrzeń i wątpliwości⁹. Dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku¹⁰. Jak słusznie podkreśla Izba¹¹: „Zamawiający ten stan rzeczy musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Tym samym podstawa wykluczenia wykonawcy, w przypadku tzw. zмовы przetargowej, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem musi być ściśle traktowana, tak samo jak inne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. [...] nie jest właściwe ani dopuszczalne uznawanie, że wątpliwości co do istnienia niedozwolonego porozumienia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawców co do których takie wątpliwości występują, a także, że nie można przyjmować na podstawie poszlak i okoliczności towarzyszących domniemania istnienia takiego porozumienia. Przeciwnie – te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami”.

Ustawa PZP określa, iż jednym z rodzajów niedozwolonych porozumień jest sytuacja, gdy wykonawcy, należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Mamy zatem do czynienia z domniemaniem zakłócenia konkurencyjności

⁹ Por. wyrok KIO z 7 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1818/19.

¹⁰ Por. wyrok KIO z 5 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 535/18.

¹¹ Por. wyrok KIO z 10 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2213/17.