



Warszawa, dnia 10.05.2017r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Prawny

UZP/DP/O/026/196(6)/17/AŚ

KW-4682/17

Pan

Władysław Ortyl

Marszałek Województwa

Urząd Marszałkowski

Województwa Podkarpackiego

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 lutego 2017r. zawierające wniosek o wydanie opinii prawnej dotyczącej interpretacji przepisu art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp” i zajęcie stanowiska w zakresie możliwości zastosowania przez wnioskodawcę, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% oraz w kwestii zakwalifikowania przedmiotowego zamówienia jako roboty budowlanej lub dostawy, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog kryteriów oceny ofert. Kryteriami oceny ofert, zgodnie z ww. przepisem, są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników, aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia, aspekty innowacyjne, organizacja,

kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia oraz serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W myśl art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp ograniczający możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub kryterium ceny o wadze większej niż 60 % odnosi się wyłącznie do zamawiających z sektora finansów publicznych oraz zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Oznacza to, iż na zamawiających innych niż wyżej określeni nie został nałożony obowiązek wynikający z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe jednak wskazuje, że podmioty takie mogą stosować regułę wynikającą z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Odnosząc się do pytania wnioskodawcy przytoczonego w przedmiotowym piśmie dotyczącego możliwości zastosowania przez zamawiającego, w opisanym przypadku, kryterium ceny o wadze przekraczającej 60% wskazać należy, że to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i wskazanie w nim standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech tego przedmiotu. Scedowanie tego obowiązku na zamawiającego uzasadnione jest faktem, iż jest on podmiotem, który posiada kompleksową wiedzę w zakresie specyfiki danego postępowania i przedmiotu zamówienia, którego to postępowanie dotyczy. Prezes Urzędu nie określa standardów jakościowych odnoszących się do konkretnego przedmiotu zamówienia. Zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie w formie opinii stanowiłoby działanie wychodzące poza zakres uprawnień należnych Prezesowi Urzędu i mogłoby w sposób nieuprawniony wpływać na przebieg i wynik ewentualnych późniejszych postępowań kontrolnych lub administracyjnych prowadzonych w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia.

Odpowiadając na kolejne pytanie wnioskodawcy dotyczące zakwalifikowania zamówienia związanego z wykonaniem instalacji paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych i wymiany kotłów centralnego ogrzewania do robót budowlanych lub dostaw

wskazać należy, że zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c ustawy Pzp lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, przy czym obiektem budowlanym w myśl art. 2 pkt 5d ustawy Pzp jest wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Zgodnie natomiast ze znowelizowanym z dniem 28 lipca 2016r. art. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Aktualne brzmienie tego przepisu wyraźnie wskazuje, że zamówienie może być w okolicznościach konkretnego zamówienia kwalifikowane jako dostawa, mimo iż przedmiot zamówienia obejmuje również roboty budowlane.

W przypadku występowania elementów odpowiadających więcej niż jednemu rodzajowi zamówienia (dostawy, roboty budowlane, usługi) mamy do czynienia z zamówieniem o charakterze mieszanym. Ogólna zasada dotycząca zamówień wielorodzajowych została wyrażona w art. 5c ust. 1 ustawy Pzp, która znajduje zastosowanie wówczas, gdy zamówienie składa się z niejednorodnych rodzajowo zamówień, co do których właściwy jest ten sam reżim prawny wynikający z ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu, jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. W pierwszej kolejności zamawiający powinien zatem ustalić, które ze świadczeń ma charakter główny, a następnie zastosować przepisy odpowiednie dla tego rodzaju zamówienia. Podkreślić należy, że takie sformułowanie oznacza zmianę podejścia do rozstrzygnięcia o właściwych przepisach przy zbiegu dostaw, usług lub robót budowlanych w stosunku do obowiązującej przed nowelizacją na mocy art. 6 ust. 1 ustawy Pzp zasady, zgodnie z którą decydujące znaczenie miał największy wartościowy udział danego przedmiotu zamówienia. Rozróżnienie dostaw/usług/robót budowlanych powinno być dokonywane w świetle ich definicji zawartych w art. 2 ustawy Pzp. Koniecznym zatem staje się ustalenie, które z powyższych są głównym przedmiotem świadczenia, a które wynikają z konieczności realizacji przedmiotu głównego,

stanowiąc jego niezbędne uzupełnienie. Procentowy udział wartości, choć może być pomocny, nie będzie miał dla takiej oceny decydującego znaczenia.

Dla przykładu, głównym przedmiotem świadczenia będzie dostawa (urządzenia) bez względu na procentowy udział w wartości, jeżeli inne zamówienia (np. roboty budowlane instalacyjne), które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umożliwieniu korzystania z nabywanego urządzenia czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowią zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia. Na taką możliwość kwalifikacji prawnej opisanego przedmiotu zamówienia zwraca uwagę sama definicja dostaw zawarta w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast, gdy podstawowym celem zamówienia są roboty budowlane, zaś dostawy służące wykonaniu tych robót mają charakter dodatkowy ze względu na ich funkcję wsparcia realizacji robót, niezależnie od tego, czy wartość dostaw służących realizacji zamówienia przekroczy wartość samych robót, do zamówień takich mają zastosowanie przepisy dotyczące robót budowlanych. Powyższe wynika z ukierunkowania tego rodzaju zamówienia wyłącznie na osiągnięcie określonego rezultatu – zamierzenia budowlanego.

Mając na uwadze przytoczone w piśmie z dnia 1 lutego 2017 r. pytanie niezbędne jest wskazanie, że niniejsze wyjaśnienia nie zwalniają zamawiającego z obowiązku samodzielnej oceny okoliczności faktycznych związanych z udzielanym przez niego zamówieniem, a zatem i dokonania prawidłowej kwalifikacji prawnej przedmiotu tegoż zamówienia. Podobnie jak w przypadku odpowiedzi na pierwsze z pytań przytoczonych przez wnioskodawcę, zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie w formie opinii stanowiłoby działanie wychodzące poza zakres uprawnień należnych Prezesowi Urzędu i mogłoby w sposób nieuprawniony wpływać na przebieg i wynik ewentualnych późniejszych postępowań kontrolnych lub administracyjnych prowadzonych w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia.

Z pozdrowieniami

DYREKTOR
Departamentu Prawnego
Bogdan Artymowicz