

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

lipiec - wrzesień 2016 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

AKTUALNOŚCI	3
REGULACJE PRAWNE	3
➤ Wejście w życie Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw	3
➤ Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych.....	3
➤ Zmiana aktu wykonawczego do ustawy Prawo zamówień publicznych opublikowana w Dzienniku Ustaw	4
➤ Prace legislacyjne nad ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi	4
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	5
➤ Przyjęcie przez Radę Ministrów Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.	5
➤ Biuletyn Zamówień Publicznych – zmiany formularzy w związku ze zmianą ustawy - Prawo zamówień publicznych	5
➤ Zespół ds. wzorcowych dokumentów i dobrych praktyk w zamówieniach publicznych.....	6
➤ Elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD (eESPD).....	6
➤ Sprawozdawczość klauzule społeczne - podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji Zaleceń Rady Ministrów	9
➤ Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej wyłączająca usługi kurierskie i usługi inne niż usługi pocztowe w Polsce z zakresu stosowania dyrektywy	11
➤ Przystąpienie Mołdawii do GPA	12
➤ Ekologiczne zakupy - Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych	12
EDUKACJA	13
➤ Udział Prezes UZP w XXVI Forum Ekonomiczne w Krynicy	13
➤ Szkolenia centralne dot. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.....	15
➤ Społeczne zamówienia publiczne - tegoroczna edycja szkoleń	15
PRAWO EUROPEJSKIE	17
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	17
OPINIE PRAWNE	44
Nowe brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	44
Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy przy zakupie czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.....	45

Wyłączenie stosowania ustawy przy wytwarzania i dystrybucji dokumentów publicznych i ich personalizacji, a także druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa	47
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	51
Przykłady naruszeń art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stwierdzone w wyniku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	51
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	74
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	74
ANALIZY SYSTEMOWE	84
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2016 – 30.09.2016	84

AKTUALNOŚCI

REGULACJE PRAWNE

➤ **Wejście w życie Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

W dniu 28 lipca 2016 r. weszła w życie Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, z wyjątkiem przepisów określonych w art. 22 pkt 1-3 w/w Ustawy.

[Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw](#)

➤ **Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych**

Z dniem 1 września 2016 r. na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1265) zmianie uległ art. 90 w ust. 1 pkt 1 i art. 142 w ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

Art. 90 ust. 1 pkt 1 otrzymał następujące brzmienie:

"1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);".

Art. 142 w ust. 5 pkt 2 otrzymał następujące brzmienie:

"2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ".

➤ **Zmiana aktu wykonawczego do ustawy Prawo zamówień publicznych opublikowana w Dzienniku Ustaw**

W dniu 1 września 2016 r. zostało opublikowane rozporządzenie Ministra Rozwoju zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1386).

Rozporządzenie weszło w życie z dniem 9 września 2016 r.

[Tekst rozporządzenia](#)

➤ **Prace legislacyjne nad ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi**

5 września 2016 r., podczas 24 posiedzenia, Sejm po rozpatrzeniu i przegłosowaniu Sprawozdania Komisji Gospodarki i Rozwoju o rządowym projekcie ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi (druki nr 612 i 752) uchwalił ustawę o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w brzmieniu z druku nr 752.

Ustawa została skierowana do dalszych prac parlamentarnych w Senacie.

[Sprawozdanie Komisji Gospodarki i Rozwoju o rządowym projekcie ustawy o umowach koncesji na roboty budowlane lub usługi \(druk nr 752\)](#)

5 października 2016 r. odbyło się posiedzenie Senatu RP IX kadencji, podczas którego przedstawiono sprawozdanie Komisji Gospodarki Narodowej i Innowacyjności oraz Komisji Infrastruktury dotyczące ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Tekst ustawy zawarty jest w [druku nr 269](#), a sprawozdanie komisji w [druku nr 269 A](#).

Senat Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 6 października 2016 r. przyjął uchwałę w sprawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi i skierował projekt do dalszych prac legislacyjnych.

[Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 października 2016 r. w sprawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.](#)

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

➤ **Przyjęcie przez Radę Ministrów Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.**

W dniu 25 lipca 2016 r. Rada Ministrów przyjęła Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.

[Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.](#)

➤ **Biuletyn Zamówień Publicznych – zmiany formularzy w związku ze zmianą ustawy - Prawo zamówień publicznych**

W związku z wejściem w życie w dniu 28 lipca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) Urząd Zamówień Publicznych umożliwił Zamawiającym skorzystanie w Biuletynie Zamówień Publicznych z dwóch grup formularzy w zależności od stanu prawnego, w oparciu o który prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- Formularze stanowiące załączniki do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 1127 z dnia 27 lipca 2016 r.), właściwe w przypadku postępowań wszczętych od dnia 28 lipca 2016 r. ([BZP po nowelizacji](#)); oraz
- Formularze stanowiące załączniki do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. nr 12, poz. 69 z dnia 28 stycznia 2010 r.) oraz do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lutego 2013 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z dnia 1 marca 2013 r. poz. 279), właściwe w przypadku postępowań wszczętych przed dniem 28 lipca 2016 r. ([BZP przed nowelizacją](#)).

➤ **Zespół ds. wzorcowych dokumentów i dobrych praktyk w zamówieniach publicznych**

W celu realizacji kompetencji, o której mowa w art. 154 ust 10 ustawy Pzp, powołany został *Zespół do spraw przygotowania i upowszechniania wzorcowych dokumentów i dobrych praktyk stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych*. Jednym z celów działania Zespołu jest przygotowanie wzorów dokumentów, które będą mogły być wykorzystywane w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zespół zajmie się również przygotowaniem i upowszechnianiem propozycji dobrych praktyk dotyczących udzielania zamówień publicznych.

W celu dokonania identyfikacji potrzeb uczestników rynku zamówień publicznych w ww. zakresie udostępniamy adres e-mail, na który mogą Państwo zgłaszać propozycje odnośnie dokumentów, których wzory Państwa zdaniem mogłyby zostać przez Zespół opracowane. Na ww. adres można również przysyłać propozycje dokumentów, które mogłyby zostać wykorzystane do stworzenia dobrych praktyk w procesie udzielenia zamówień publicznych.

Głosy uczestników systemu zamówień publicznych będą stanowiły cenną informację na temat aktualnych potrzeb rynku i umożliwią odpowiedni wybór dokumentów czy klauzul do przygotowania.

Korespondencję w tej sprawie można kierować na adres: wzorcowedokumenty@uzp.gov.pl

➤ **Elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD (eESPD)**

Uprzejmie informujemy, że pod adresem <http://ec.europa.eu/growth/espd> Komisja Europejska udostępniła narzędzie umożliwiające zamawiającym i wykonawcom utworzenie, wypełnienie i ponowne wykorzystanie standardowego formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ/ESPD) w wersji elektronicznej (eESPD).

Wraz z wejściem w życie nowych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych Komisja Europejska rozpoczęła prace nad narzędziem umożliwiającym zamawiającym i wykonawcom utworzenie, wypełnienie i ponowne wykorzystanie standardowego formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ/ESPD) w wersji elektronicznej (eESPD). Narzędzie to było ciągle udoskonalane i obecnie osiągnęło pełną funkcjonalność, co umożliwia jego wykorzystanie na gruncie znowelizowanych przepisów w dziedzinie

zamówień publicznych. Serwis eESPD został udostępniony przez Komisję Europejską pod adresem <http://ec.europa.eu/growth/esp/> (bezpośredni dostęp do polskiej wersji językowej serwisu pod adresem <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/esp/filter?lang=pl>).

Zamawiający po zaznaczeniu pola „Jestem instytucją zamawiającą” ma możliwość:

- utworzenia nowego formularza JEDZ/ESPD,
- ponownego wykorzystania JEDZ/ESPD utworzonego wcześniej albo
- przejrzania elektronicznego JEDZ/ESPD otrzymanego wraz z ofertą albo wnioskiem od wykonawcy.

Jeśli zamawiający chce utworzyć nowy formularz JEDZ/ESPD dla postępowania wszczynanego ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S, wystarczy, że wprowadzi w odpowiednim polu numer opublikowanego ogłoszenia. Może do tego celu również użyć tymczasowego numeru identyfikacyjnego otrzymanego w automatycznej odpowiedzi mailowej z Urzędu Publikacji po przekazaniu ogłoszenia do publikacji. Tymczasowy numer identyfikacyjny może być wykorzystany zaraz po przekazaniu ogłoszenia, nawet jeśli ogłoszenie o zamówieniu nie zostało jeszcze opublikowane. Jeśli zamawiający do utworzenia nowego formularza JEDZ/ESPD wykorzysta tymczasowy numer identyfikacyjny otrzymany z Urzędu Publikacji lub numer ogłoszenia, część I formularza zostanie wypełniona automatycznie. Dodatkowo w formularzu pojawi się link do ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz. Urz. UE serii S. W sytuacji gdy postępowanie nie jest wszczynane publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE serii S zamawiający samodzielnie wypełnia tę część formularza, wpisując podstawowe informacje dotyczące prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

W kolejnych krokach zamawiający ma możliwość:

- zaznaczenia fakultatywnych podstaw wykluczenia, z których zamierza skorzystać w danym postępowaniu. Obecnie wszystkie podstawy wykluczenia, które na gruncie dyrektywy nie mają charakteru obowiązkowego (część III sekcja C formularza) są domyślnie zaznaczone. Rolą zamawiającego jest pozostawienie w formularzu tylko tych podstaw, z których zamierza skorzystać, oraz tych, które na gruncie prawa krajowego mają charakter obowiązkowy. Na gruncie znowelizowanej ustawy – Prawo zamówień publicznych taki charakter mają: (i) naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy; (ii) porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji; (iii) bezpośrednie lub

pośrednie zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz (iv) wprowadzenie w błąd, zatajenie informacji lub niemożność przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskanie poufnych informacji na temat postępowania.

- zaznaczenia, czy stosowane będą krajowe podstawy wykluczenia, inne niż przewidziane dyrektywami. Jako że na gruncie znowelizowanej ustawy – Prawo zamówień publicznych część obowiązkowych podstaw wykluczenia ma charakter czysto krajowy, polscy zamawiający muszą zaznaczyć to pole.
- wskazania, jakie warunki udziału w postępowaniu (kryteria kwalifikacji) znajdują zastosowanie
- wydrukowania albo wyeksportowania formularza JEDZ/ESPD w formacie xml.

Zamawiający powinien zapisać wygenerowany w serwisie eESPD plik xml na dysku lokalnym czy innym nośniku danych, gdyż **pliki nie są przechowywane w serwisie** udostępnianym przez Komisję. Utworzony w ten sposób plik xml powinien być następnie przekazany wykonawcom razem z pozostałymi dokumentami zamówienia.

Wykonawca również może skorzystać z serwisu eESPD w celu wypełnienia formularza utworzonego przez zamawiającego, ponownego wykorzystania formularza utworzonego wcześniej lub samodzielnego utworzenia nowego formularza. Po zaznaczeniu pola „Jestem wykonawcą” wykonawca ma możliwość:

- zaimportowania otrzymanego formularza JEDZ/ESPD
- połączenia dwóch formularzy JEDZ/ESPD, tj. formularza przygotowanego przez zamawiającego dla danego postępowania oraz formularza wykorzystanego we wcześniejszym postępowaniu
- stworzenia nowego JEDZ/ESPD (opcja Create response).

Formularz wstępnie przygotowany przez zamawiającego zawiera tylko pola wskazane przez zamawiającego. W przypadku gdy wykonawca korzysta z możliwości samodzielnego utworzenia nowego formularza JEDZ/ESPD, aktywne są wszystkie pola formularza. Należy je wypełnić w zakresie stosownym do wymagań określonych przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Przy wszystkich podstawach wykluczenia domyślnie zaznaczona jest odpowiedź przecząca. Po zaznaczeniu odpowiedzi twierdzącej wykonawca ma możliwość podania szczegółów, a także opisanie ewentualnych środków zaradczych podjętych w ramach tzw. samooczyszczenia.

Po wypełnieniu formularza wykonawca ma możliwość jego wydrukowania lub wyeksportowania w formacie xml. Wygenerowany w serwisie eESPD plik xml powinien, podobnie jak ma to miejsce w przypadku pliku tworzonego przez zamawiającego, zostać zapisany przez wykonawcę na dysku lokalnym lub innym nośniku danych, ponieważ **pliki nie są przechowywane w serwisie eESPD**.

Tak przygotowany formularz, po jego podpisaniu, może zostać przekazany zamawiającemu.

Zamawiający, który otrzyma formularz JEDZ/ESPD przygotowany przez wykonawcę w postaci pliku xml, może go odczytać przy pomocy narzędzia eESPD.

Jednocześnie, informujemy, że na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „Repozytorium wiedzy” uruchomiona została nowa zakładka poświęcona Jednolitemu Europejskiemu Dokumentowi Zamówienia (JEDZ), w której znajdują się najważniejsze informacje związane z tym formularzem, w tym zaktualizowana instrukcja wypełniania JEDZ. Zachęcamy do korzystania z materiałów udostępnionych w nowej zakładce <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>

➤ **Sprawozdawczość klauzule społeczne - podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji Zaleceń Rady Ministrów**

W dniu 25 lipca br. Rada Ministrów przyjęła przedłożony przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów dokument pn. „**Podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji Zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych**”. Dokument KPRM został opracowany na podstawie raportu przygotowanego przez Urząd Zamówień Publicznych pn. „**Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2015 r.**”, stanowiącego zbiorczą informację na temat realizacji przez jednostki administracji rządowej obowiązku wynikającego z Zaleceń. Raport, opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych zawiera także wnioski i rekomendacje wynikające z doświadczeń po pierwszym roku stosowania Zaleceń, w tym wskazuje m.in. na konieczność aktualizacji tego dokumentu w związku z przyjęciem w dniu 22 czerwca 2016 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz na potrzebę modyfikacji zasad i zakresu sprawozdawczości ze stosowania klauzul społecznych.

Uwzględniając powyższe Rada Ministrów w dokumencie „Podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji „Zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul

społecznych w zamówieniach publicznych” zobowiązała Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do:

- opracowania i przedstawienia, w ciągu 2 miesięcy od wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, projektu zaktualizowanych „Zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych”;
- opracowania, niezwłocznie po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, projektu *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu z udzielonych zamówień, jego wzoru oraz sposobu przekazywania*, uwzględniającego przekazywanie informacji o stosowaniu klauzul społecznych przez wszystkie jednostki administracji rządowej;
- podjęcia działań na rzecz popularyzacji wśród zamawiających efektywnych mechanizmów umożliwiających zamawiającym weryfikację realizacji przez wykonawców obowiązków wynikających z zastosowanych klauzul społecznych.

Zgodnie z powyżej wskazanymi działaniami przewidzianymi dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych:

- Urząd przygotował projekt zaktualizowanych „Zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych”, który został przekazany do Kancelarii Prezesa Rady Ministrów celem dalszych uzgodnień,
- Projekt *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu z udzielonych zamówień, jego wzoru oraz sposobu przekazywania*, uwzględniający przekazywanie informacji o stosowaniu klauzul społecznych przez wszystkich zamawiających został przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych. Projekt po zakończonym etapie uzgodnień i konsultacji, został skierowany do Ministra Rozwoju z prośbą o podjęcie dalszych działań w procesie legislacyjnym.
- Działania dotyczące popularyzacji wśród zamawiających efektywnych mechanizmów umożliwiających zamawiającym weryfikację realizacji przez wykonawców obowiązków wynikających z zastosowanych klauzul społecznych będą realizowane między innymi przez powołany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych *Zespół*

do spraw przygotowania i upowszechniania wzorcowych dokumentów i dobrych praktyk stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych

[Podsumowanie i wnioski wynikające z realizacji Zaleceń w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych](#)

[Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2015 r.](#)

[Zalecenia Rady Ministrów w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych](#)

[Zakres informacji o stosowaniu przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych](#)

➤ **Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej wyłączająca usługi kurierskie i usługi inne niż usługi pocztowe w Polsce z zakresu stosowania dyrektywy**

Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2016/1195 z dnia 4 lipca 2016 r. wyłączająca usługi kurierskie i usługi inne niż usługi pocztowe w Polsce z zakresu stosowania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (dokument nr C(2016) 3986)

KE otrzymała złożony drogą korespondencyjną przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w imieniu Poczty Polskiej SA oficjalny wniosek na podstawie art. 35 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE. Wnioskowi towarzyszyła opinia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z którą wyszczególnione w nim usługi spełniają warunki uzasadniające ich wyłączenie na podstawie art. 34 dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z wnioskiem Komisja została poproszona o ustalenie, że przepisy dyrektywy 2014/25/UE i procedury udzielania zamówień przewidziane w tejże dyrektywie nie mają zastosowania do usług kurierskich i usług innych niż usługi pocztowe w Polsce.

KE stwierdziła, że warunek bezpośredniego podlegania konkurencji określony w art. 34 dyrektywy 2014/25/UE jest w Polsce spełniony w odniesieniu do następujących usług:

- a) przyjmowania, sortowania, przemieszczania i doręczania przesyłek kurierskich;
- b) druków bezadresowych;

c) wydruku i konfekcjonowania.

Powyższa decyzja oznacza, że podmioty świadczące usługi w w/w zakresie na terenie Polski nie mają obowiązku stosować przepisów dyrektywy 2014/25/UE.

➤ **Przystąpienie Mołdawii do GPA**

W dniu 14 czerwca 2016 r. Mołdawia złożyła w Sekretariacie WTO dokumenty przystąpienia do Porozumienia WTO ws. Zamówień Rządowych (dalej Porozumienie GPA, ang. *Government Procurement Agreement*). W wyniku tego, Porozumienie GPA weszło w życie w stosunku do Mołdawii w dniu 14 lipca 2016 r.

W rezultacie przystąpienia Mołdawii do GPA, instytucje zamawiające państw członkowskich Unii Europejskiej, w tym Polski, mają obowiązek przyznania wykonawcom, robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z Mołdawii, w zakresie zamówień klasycznych i sektorowych, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane wykonawcom robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z Unii.

Z drugiej zaś strony, przystąpienie Mołdawii do GPA zapewnia wykonawcom, towarom, robotom budowlanym i usługom z Unii Europejskiej, w tym z Polski, gwarancje dostępu do mołdawskiego rynku zamówień publicznych, na zasadach określonych w GPA, w tym w zakresie zamówień określonych w załączniku Mołdawii do Dodatku I do GPA.

Obecnie obowiązujące zrewidowane plurilateralne Porozumienie GPA, zawarte w ramach WTO weszło w życie dla Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2014 r. Porozumienie GPA określa zasady i zakres wzajemnego dostępu do rynków zamówień publicznych sygnatariuszy tego Porozumienia. Po przystąpieniu Mołdawii, Porozumienie GPA liczy obecnie 46 członków, w tym 28 państwa UE.

➤ **Ekologiczne zakupy - Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych**

Komisja Europejska opublikowała „Ekologiczne zakupy - Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych” (3 wydanie). Opracowanie dostępne jest w polskiej wersji językowej. W publikacji omówiono możliwości uwzględnienia aspektów środowiskowych na różnych

etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

Publikacja jest dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce Repozytorium wiedzy – Zrównoważone zamówienia publiczne – Zielone zamówienia publiczne – Przydatne dokumenty. Zachęcamy do lektury.

[Ekologiczne zakupy - Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych](#)

EDUKACJA

➤ Udział Prezes UZP w XXVI Forum Ekonomiczne w Krynicy

7 września 2016 r. w ramach XXVI Forum Ekonomicznego „Europa w obliczu wyzwań – zjednoczeni czy podzieleni?” w Krynicy-Zdrój odbyły się dwa panele dyskusyjne dotyczące aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, w których uczestniczyła Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Pierwsza debata panelowa pt. **„Korzyści ekonomiczne i społeczne z zarządzania bezpieczeństwem pracy w procesie inwestycyjnym”** została zorganizowana przez Fundację Instytut Studiów Wschodnich. Oprócz Pani Prezes Małgorzaty Stręciwilk, w debacie wzięli udział Pan Tomasz Żuchowski, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa, Pan Mariusz Pyrcz, Zastępca Okręgowego Inspektora Pracy w Krakowie oraz Pan Jerzy Werle, Prezes Zarządu, Dyrektor Generalny w WARBUD S.A.

W ramach panelu omówiono temat kompleksowego zarządzania bezpieczeństwem jako wskaźnika dojrzałości organizacji i instytucji, a co za tym idzie gospodarki danego kraju. Uczestnicy panelu dyskutowali nad działaniami, jakie należy podjąć w poszczególnych obszarach celem podniesienia bezpieczeństwa pracowników zatrudnionych przy realizacji inwestycji. W ramach wniosków odnotowali, iż zapewnienie bezpieczeństwa pracy staje się obecnie jednym z celów biznesowych organizacji. Podkreślili także, że strategia zarządzania bezpieczeństwem pracy ma swoje uzasadnienie społeczne i ekonomiczne, przynosi długofalowe efekty oraz wpływa na rozwój i sprawne funkcjonowanie organizacji.

Drugi panel dyskusyjny **„Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych - jakie korzyści dla firm, instytucji publicznych i obywateli wynikają z ich stosowania?”** zorganizował Instytutu Spraw Obywatelskich (INSPRO). W panelu wzięli udział Pani

Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pan Waław Adamczyk, długoletni samorządowiec, m.in. burmistrz Białej Rawskiej, radny Gminy Biała Rawska oraz członek zarządu powiatu rawskiego, Pan Krzysztof Kwiatkowski, Prezes Najwyższej Izby Kontroli, Pan Witalij Pierow, Kierownik Katedry Systemów Techniczno-Ekonomicznych, Rosyjski Uniwersytet Ekonomiczny im. Plachanowa oraz Pan Grzegorz Piskalski, Prezes Fundacji CentrumCSR.PL, członek Zarządu Grupy Zagranica.

Podczas dyskusji panelowej poruszono kwestię poziomu stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych w ujęciu krajowym jak i na poziomie poszczególnych instytucji oraz omówiono korzyści wynikające ze stosowania klauzul społecznych dla przedsiębiorstw, instytucji publicznych i obywateli. Uczestnicy panelu zastanawiali się również nad formą działań, jaka najlepiej motywuje instytucje zamawiające do stosowania klauzul społecznych oraz dyskutowali nad działaniami, jakie powinny zostać podjęte, aby w przyszłości wzmocnić pozytywne rezultaty stosowania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych.

Pani Prezes Stręciwilk zwróciła uwagę, że zamówienia publiczne nie mogą już być traktowane wyłącznie jako proces dokonywania zakupów. Należałoby je postrzegać jako element szerszej strategii wydatkowania środków publicznych przez daną instytucję, uwzględniającej maksymalizację efektów osiąganych z pozostających w dyspozycji tej instytucji zasobów finansowych. Oznacza to uwzględnianie w procedurze udzielania zamówienia publicznego różnego rodzaju dodatkowych aspektów, takich jak np. aspekty społeczne. Pani Prezes wskazała na szereg możliwości, jakie w tym względzie daje ustawa Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie tzw. klauzul społecznych. Odniosła się także do wyników monitoringu uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych prowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych, odnotowując wprowadzić nadal stosunkowo niski odsetek postępowań o charakterze prospołecznym, ale jednocześnie wykazujący wyraźną tendencję wzrostową. Prezes Stręciwilk wyraziła także opinię, że czynnikiem najlepiej motywującym instytucje zamawiające do stosowania klauzul społecznych jest dobry przykład innych zamawiających. Nie mniej ważna jest wola polityczna na szczeblu centralnym, wola po stronie kierowników zamawiających oraz właściwe zrozumienie celów, jakim służą klauzule społeczne w zamówieniach publicznych i świadomość korzyści płynących z ich zastosowania zarówno dla samych zamawiających jak i wykonawców oraz społeczności, którym służą zamawiane usługi, roboty budowlane czy dostawy. Z tego względu, w ocenie Prezes Stręciwilk, kluczowe znaczenie ma odpowiednia działalność edukacyjna i promocyjna. Pani Prezes omówiła realizowane obecnie i planowane przez Urząd Zamówień Publicznych

działania w tym obszarze, kładąc nacisk przede wszystkim na promocję dobrych praktyk oraz wzorcowych zapisów w dokumentacji zamówienia, a także zapowiadając opracowanie nowego *Planu Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017-2020*.

➤ **Szkolenia centralne dot. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych**

W miesiącach lipiec – wrzesień 2016 r. Urząd Zamówień Publicznych zorganizował 10 szkoleń centralnych, dotyczących obowiązującej od 28 lipca 2016 r. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Szkolenia były kontynuacją polityki wsparcia uczestników systemu zamówień publicznych w pozyskaniu wiedzy z zakresu zmienionych przepisów oraz ich praktycznego zastosowania, prowadzonej przez Urząd począwszy od kwietnia br. w postaci szeregu konferencji regionalnych i innych działań edukacyjnych.

W szkoleniach wzięło udział łącznie blisko 700 osób – głównie przedstawiciele zamawiających zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych. Oprócz zasadniczej treści merytorycznej szkoleń ich cennym elementem był końcowy blok pytań i dyskusja podsumowująca każde ze spotkań. Uczestnicy mieli wówczas okazję podzielić się swoimi wątpliwościami oraz uzyskać wyjaśnienia i opinie ekspertów Urzędu odnośnie kwestii, które w ich ocenie wymagały szerszego komentarza.

[Prezentacje](#) ze szkoleń dostępne są na stronie internetowej Urzędu w zakładce Repozytorium wiedzy/ Przedsięwzięcia edukacyjne związane z nowelizacją ustawy Pzp.

➤ **Spoleczne zamówienia publiczne - tegoroczna edycja szkoleń**

Urząd Zamówień Publicznych organizuje szkolenia pn. „**Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych po zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych**”.

Celem szkoleń jest upowszechnienie wiedzy na temat możliwości zastosowania aspektów społecznych na poszczególnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem zmian wprowadzonych tegoroczną nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych (na podstawie *ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*). Podczas szkoleń zaprezentowane zostaną unijne oraz polskie regulacje prawne dedykowane temu zagadnieniu.

W tegorocznej edycji szkoleń bardziej szczegółowo omówiona zostanie kwestia warunków pracy kwalifikujących wykonywanie określonych czynności jako zatrudnienie na podstawie stosunku pracy w związku z ustanowionym w przepisie artykułu 29 ustęp 3a ustawy wymogiem zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób zdefiniowany w art. 22 par. 1 Kodeksu pracy.

Szkolenia – zaplanowane na 24 i 27 października 2016 r. - są adresowane do zainteresowanych przedstawicieli organów administracji publicznej odpowiedzialnych za zamówienia publiczne w macierzystych jednostkach.

[Program szkoleń](#)

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Zgodność z prawem obowiązku wykonania pewnej części zamówienia bez udziału podwykonawców – Rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 – Przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności – Obowiązek państw członkowskich dokonania korekty finansowej w stosunku do wykrytych nieprawidłowości – Pojęcie „nieprawidłowości” – Konieczność dokonania korekt w przypadku naruszenia prawa Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych

Przedmiotem sprawy **C-406/14** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie postanowieniem z dnia 3 czerwca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 27 sierpnia 2014 r. w ramach sporu pomiędzy Wrocławiem – miastem na prawach powiatu a Ministrem Infrastruktury i Rozwoju. Spór dotyczył decyzji nakładającej na Miasto Wrocław korektę finansową z powodu zarzucanego naruszenia Dyrektywy 2004/18 w ramach udzielania zamówienia publicznego na roboty budowlane współfinansowanego z funduszy Unii Europejskiej.

Postępowanie główne

Miasto Wrocław udzieliło zamówienia publicznego na budowę odcinka obwodnicy, korzystając z pomocy finansowej Unii. Następnie, w wyniku postępowania administracyjnego, wszczętego już po wykonaniu spornego zamówienia, przez organ właściwy do kontroli prawidłowości działań podejmowanych w projektach współfinansowanych przez UE, nałożono na Miasto Wrocław korektę finansową w wysokości

5% kwoty kosztów pokrytych ze środków publicznych. Korekta finansowa została zastosowana z powodu zarzucanej nieprawidłowości klauzuli umieszczonej w SIWZ o treści:

„Wykonawca zobowiązany jest wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem”.

W uzasadnieniu decyzji o nałożeniu korekty finansowej, Minister Infrastruktury i Rozwoju, będący organem ostatecznej instancji w tym postępowaniu administracyjnym, wskazał, iż:

- 1) sporna klauzula ogranicza możliwość korzystania z podwykonawstwa z naruszeniem art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp).

Minister podniósł, że celem przepisu jest zapewnienie, aby te części zamówienia, które wymagają szczególnej wiedzy i umiejętności, a których jakość wykonania jest zależna od indywidualnych właściwości wykonawcy, były faktycznie wykonywane przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Instytucja zamawiająca stosująca art. 36 ust. 5 ustawy Pzp. była wobec tego zobowiązana do wskazania konkretnych części rzeczzonego zamówienia, które przysły wykonawca miał obowiązek wykonać osobiście. Tymczasem przedmiotowa klauzula, która wskazuje jedynie w sposób domyślny udział procentowy robót odpowiadający części robót, które mają zostać wykonane przez wybranego oferenta, nie pozwala ustalić, wbrew celowi art. 36 ust. 5 Pzp, czy ograniczenie podwykonawstwa dotyczy takiego zakresu robót, którego wykonanie wymaga szczególnych umiejętności. Owo naruszenie prawa krajowego stanowił jednocześnie, zdaniem Ministra, naruszenie art. 25 Dyrektywy 2004/18, przy czym wspomniany organ powołał się w tym względzie na wyrok z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

- 2) pomimo braku wpływu zarzucanego naruszenia prawa Unii na udzielenie rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia, ograniczenie podwykonawstwa niekorzystnie wpłynęło na ogólny budżet Unii. Doprowadziło bowiem do ryzyka zachwiania równowagi konkurencyjnej mogącego powodować wzrost cen proponowanych w ofertach, a ryzyko takie jest wystarczającą przesłanką wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

Miasto Wrocław zaskarżyło przedmiotową decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie, podnosząc - w odniesieniu do dopuszczalności

spornej klauzuli w SIWZ - że art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w wersji obowiązującej w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym zawierał zasadę, że wybrany oferent powinien wykonać zamówienie własnymi siłami, a korzystanie przez niego z podwykonawców było odstępstwem od tej zasady. Na tej podstawie, w ocenie Miasta Wrocław, instytucja zamawiająca mogła zezwolić na korzystanie z podwykonawstwa, nie będąc jednak do tego zobowiązana.

WSA w Warszawie, rozpatrując skargę, uznał, że dla rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez niego sporu konieczne jest dokonanie przez Trybunał wykładni, po pierwsze, art. 25 Dyrektywy 2004/18, zwłaszcza wyrażenia „części zamówienia” w celu ustalenia, czy przepis ten stoi na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca ustanowiła procentowe ograniczenie części zamówienia, które przyszły wykonawca będzie mógł zlecić podwykonawcom. WSA wyraził również wątpliwości co do tego, czy takie ograniczenie jest objęte art. 26 omawianej dyrektywy jako warunek realizacji w rozumieniu tego ostatniego przepisu.

WSA uznał, że konieczne jest także uzyskanie wyjaśnień w odniesieniu do pojęcia „nieprawidłowości” w rozumieniu Rozporządzenia 1083/2006, tak aby mógł ocenić, czy w okolicznościach rozpatrywanej przez niego sprawy ewentualne naruszenie prawa Unii, które miało wpływ na postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest na tyle istotne, że wymaga dokonania korekty finansowej. W szczególności rozstrzygnięcia wymaga czy jakiegokolwiek naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych może stanowić nieprawidłowość powodującą konieczność dokonania korekty finansowej, czy też należy wziąć pod uwagę konkretne okoliczności każdej indywidualnej sprawy, w szczególności skutki ewentualnego naruszenia tego prawa.

Pytania prejudycjalne

WSA w Warszawie zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

1. Czy w świetle art. 25 Dyrektywy 2004/18 dopuszczalne jest określenie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [publicznego], że [wybrany oferent będzie] zobowiązany [...] wykonać własnymi siłami minimum 25% robót objętych zamówieniem?
2. W razie odpowiedzi negatywnej na pytanie pierwsze – czy skutkiem zastosowania wymogu opisanego w pytaniu pierwszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego jest takie naruszenie przepisów prawa Unii Europejskiej, które uzasadnia konieczność dokonania korekty finansowej w trybie art. 98 Rozporządzenia 1083/2006?.

Stanowisko Trybunału

W odniesieniu do pytania 1:

Trybunał przywołał art. 25 akapit pierwszy Dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on ewentualnie zlecić podmiotom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

Jednocześnie, powołał się na swój wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), w którym w pkt 31 stwierdził, że na mocy tego przepisu Dyrektywa 2004/18 umożliwia odwołanie się do podwykonawców, nie stanowiąc ograniczeń w tym zakresie.

Trybunał uznał także za podstawę do, co do zasady nieograniczonego, korzystania z podwykonawstwa w celu wykonania danego zamówienia art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18, który przewiduje dla oferentów możliwość udowodnienia, że spełnią oni określone przez instytucję zamawiającą minimalne wymogi w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych poprzez wykorzystanie kwalifikacji podmiotów trzecich, o ile wykażą, że w przypadku udzielenia im zamówienia będą oni rzeczywiście dysponować niezbędnymi do jego wykonania zasobami, które nie stanowią ich własności.

W ocenie Trybunału ograniczenie podwykonawstwa może być jednak dopuszczalne w okolicznościach, które zostały wskazane w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., *Siemens i ARGE Telekom*, C-314/01 (EU:C:2004:159, pkt 45). Trybunał orzekł w nim, że **jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy Dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta**

Trybunał podkreślił jednak, że nie ma to miejsca w przypadku klauzuli takiej, jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań. We wszystkich tych aspektach klauzula taka okazuje się niezgodna z Dyrektywą 2004/18 mającą znaczenie dla sporu rozpatrywanego w postępowaniu głównym.

W odniesieniu do pytania 2:

W odniesieniu do pojęcia „nieprawidłowości” Trybunał wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006 dotyczy ono jakiegokolwiek naruszenia przepisu prawa Unii wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba, zdaniem Trybunału, udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.

Oznacza to, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.

W drugiej kolejności, w odniesieniu do mechanizmu korekt finansowych przewidzianego w art. 98 Rozporządzenia 1083/2006, Trybunał stwierdził, że zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia przepis ów wymaga od państw członkowskich dokonania korekty finansowej w wypadku stwierdzenia nieprawidłowości.

Orzeczenie Trybunału

W związku z powyższym Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania zadane przez sąd odsyłający:

1. Dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca nie jest uprawniona do wymagania w drodze klauzuli w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na roboty budowlane, by przyszły wykonawca tego zamówienia wykonał własnymi siłami pewną, określoną procentowo część robót objętych wspomnianym zamówieniem.

2. Artykuł 98 Rozporządzenia 1083/2006 w związku z art. 2 pkt 7 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, iż okoliczność, że w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące projektu korzystającego z pomocy finansowej Unii instytucja zamawiająca wymagała, aby przyszły wykonawca realizował siłami własnymi co najmniej 25% wskazanych robót, z naruszeniem Dyrektywy 2004/18, stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu wspomnianego art. 2 pkt 7, uzasadniająca konieczność dokonania korekty finansowej na mocy wspomnianego art. 98, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. Kwotę tej korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich konkretnych okoliczności, które są istotne z punktu widzenia kryteriów wskazanych w art. 98 ust. 2 akapit pierwszy wspomnianego rozporządzenia, a mianowicie charakteru stwierdzonej nieprawidłowości, jej wagi oraz straty finansowej poniesionej przez dany fundusz.

2. Orzeczenie z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-6/15

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 53 ust. 2 – Kryteria udzielania zamówienia – Najkorzystniejsza ekonomicznie oferta – Metoda oceny – Zasady określania wagi – Obowiązek wskazania przez instytucję zamawiającą w ogłoszeniu o zamówieniu wagi kryteriów zamówienia – Zakres obowiązku

Przedmiotem sprawy **C-6/15** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Raad van State (radę stanu, Belgia) postanowieniem z dnia 6 stycznia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 12 stycznia 2015 r., w postępowaniu: TNS Dimarso NV (zwaną dalej „Dimarso” lub „spółką Dimarso”) przeciwko Vlaamse Gewest (regionem Flandria). Spór dotyczył zgodności z prawem metody przeprowadzania oceny ofert składanych przez oferentów w ramach zorganizowanego przez ten podmiot przetargu na usługi.

Postępowanie główne

Region Flandria ogłosił przetarg na usługi, którego celem było przeprowadzenie badania na dużą skalę na temat mieszkalnictwa i konsumentów rynku mieszkaniowego we Flandrii (Belgia). W specyfikacji warunków tego zamówienia wskazano dwa następujące kryteria udzielenia zamówienia; tj. jakość oferty (50/100) oraz cenę (50/100).

Czterech oferentów złożyło oferty, które zgodnie ze sprawozdaniem z kwalifikacji podmiotowej spełniały minimalne wymagania dotyczące kompetencji technicznych. W dalszej kolejności cztery oferty zostały ocenione i porównane między sobą na podstawie w/w kryteriów. Oferty zostały przede wszystkim zbadane i ocenione na podstawie kryterium jakości. Każdej z ofert przyznano jednomyślnie określoną punktację (bardzo dobra – zadowalająca – niska). Następnie zastosowano kryterium ceny.

W drodze decyzji regionu Flandria zamówienie udzielone zostało społecznej spółce Ipsos Belgium. Skarga spółki Dimarso zmierzała do stwierdzenia nieważności tej decyzji. Zdaniem Dimarso z zaskarżonej decyzji zdaje się wynikać, że oferty zostały zbadane na podstawie skali „bardzo dobra – zadowalająca – niska”, która to skala nie była przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu w odniesieniu do kryterium jakości ofert, oraz na podstawie podanych składników „cena” w odniesieniu do kryterium ceny. Nie przeprowadzono natomiast adekwatnego badania, porównania i adekwatnej końcowej oceny ofert z uwzględnieniem kryteriów udzielenia zamówienia, określonych w specyfikacji warunków zamówienia, włącznie ze wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu ważeniem w skali „50/100”, znajdującym zastosowanie do każdego z kryteriów udzielenia zamówienia.

Raad van State (rada stanu, Belgia) zwrócił uwagę, że zarówno w motywie 46, jak i w art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18 mowa jest jedynie o „kryteriach” i ich „wadze”, a metoda przeprowadzania oceny oraz reguły dotyczące ważenia nie zostały nigdzie wyraźnie wymienione. Sąd odsyłający podkreślił, że metoda oceny nie jest neutralna, ale przeciwnie, może być decydująca dla wyniku oceny ofert z punktu widzenia kryteriów udzielenia zamówienia. Jako przykład podał on kryterium ceny, w ramach którego instytucja zamawiająca może na przykład wybrać albo zastosowanie zasady proporcjonalności, albo przyznanie maksymalnej punktacji najtańszej ofercie lub zera punktów najdroższej ofercie i zastosowanie interpolacji liniowej w stosunku do ofert mieszczących się pomiędzy nimi, lub też maksymalne uprzywilejowanie oferty zawierającej środkową cenę.

Sąd odsyłający przypomniał, że w wyroku z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in. (C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 44, 45), Trybunał orzekł, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. 1992, L 209, s. 1), czyli przepis, który w istocie ma tę samą treść co art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, stoi na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca ustalała po opublikowaniu specyfikacji warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu współczynniki wagi i zasady jej określania, a także podkryteria

w zakresie określonych w którymś z tych dokumentów kryteriów udzielenia zamówienia, jeżeli te reguły lub współczynniki wagi oraz podkryteria nie zostały podane uprzednio do wiadomości oferentów. Trybunał uznał tym samym, że **ustalenie ex post nie tylko „współczynników wagi”, lecz również „podkryteriów” jest niezgodne z przepisami prawa Unii.**

Pytanie prejudycjalne

Raad van State (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem:

1. Czy art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18[...], samodzielnie oraz w związku z zakresem – obowiązujących w kontekście zamówień publicznych i wynikających z prawa europejskiego – zasad równości traktowania i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że nawet w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej instytucja ta jest wciąż zobowiązana do określenia i do zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia metody przeprowadzania oceny lub reguł dotyczących ważenia, na podstawie których oferty będą oceniane w świetle kryteriów lub podkryteriów udzielenia zamówienia, niezależnie od ich przewidywalności, powszechności stosowania i zakresu,

lub

jeżeli taki ogólny obowiązek nie istnieje: czy istnieją okoliczności, takie jak między innymi zakres, nieprzewidywalność lub nietypowość tychże reguł dotyczących ważenia, w których taki obowiązek jednak istnieje?

Stanowisko Trybunału

Trybunał przywołał art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym instytucja zamawiająca, która decyduje się na udzielenie zamówienia według oferty najkorzystniejszej ekonomicznie powinna określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, która może być wyrażona za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej określenie wagi nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, lub, w przypadku

dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Jak podkreślił Trybunał, należy przy tym umożliwić uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i trybu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty oraz przestrzegać zasady równego traktowania oraz obowiązku przejrzystości zarówno na etapie przygotowywania przez oferentów ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 listopada 2005 r., ATI EAC e Viaggi di Maio i in., C-331/04, EU:C:2005:718, pkt 22; a także z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał orzekł, że **przedmiot i kryteria udzielenia zamówienia publicznego powinny być jasno określone już z chwilą wszczęcia procedury w przedmiocie jego udzielenia** (wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 56) oraz że **instytucja zamawiająca może stosować podkryteria w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia, wyłącznie gdy podała je wcześniej do wiadomości oferentów** (wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 31). **Instytucja zamawiająca powinna również posługiwać się tą samą interpretacją kryteriów udzielenia zamówienia w trakcie całego postępowania** (wyrok z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

Ponadto Trybunał orzekł, że instytucja zamawiająca nie może co do zasady stosować reguł dotyczących ważenia, o których nie powiadomiła uprzednio oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 38, 42).

Jednakże Trybunał dopuścił możliwość, aby instytucja zamawiająca określiła po upływie terminu do składania ofert współczynniki wagi podkryteriów odpowiadających w istocie kryteriom, o których poinformowano uprzednio oferentów, pod trzema warunkami, tj. po pierwsze pod warunkiem, że takie określenie podkryteriów nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia, po drugie, nie zawiera elementów, które gdyby były znane podczas przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na to przygotowanie, i po trzecie, nie zostało przyjęte z uwzględnieniem elementów, które mogą mieć skutek dyskryminujący wobec jednego z oferentów (zob. wyrok z dnia 21

lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

Niemniej jednak, Trybunał podkreślił, że ani z dyrektywy 2004/18, ani z orzecznictwa Trybunału nie wynika obowiązek, by instytucja zamawiająca podała do wiadomości potencjalnych oferentów, w drodze publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, metodę oceny stosowaną przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert w świetle kryteriów udzielenia zamówienia i ich wagi, ustalonych uprzednio w dokumentacji przetargowej.

Zgodnie z zasadami określonymi w art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz aby uniknąć ryzyka faworyzowania kogokolwiek, **metoda oceny stosowana przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert nie może co do zasady zostać określona po otwarciu ofert przez instytucję zamawiającą. Jednak jeżeli określenie tej metody przed otwarciem nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, jak wskazuje rząd belgijski, nie można zarzucać instytucji zamawiającej, że określiła ją dopiero po tym, jak instytucja zamawiająca lub jej komisja przetargowa zapoznała się treścią tych ofert.**

Trybunał rozważył czy przetarg rozpatrywany w postępowaniu głównym był prowadzony z poszanowaniem obowiązków wynikających z art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18, mając na uwadze fakt, że po pierwsze, instytucja zamawiająca wskazała jedynie w ogłoszeniu o zamówieniu dwa kryteria udzielenia zamówienia, czyli jakość i cenę, z punktacją „(50/100)” dla każdego z nich, i że po drugie, komisja przetargowa zastosowała skalę od oceny „bardzo dobrej” do „słabej”, między którymi mieściła się „zadowolająca”, w celu oceny kryterium jakości ofert, zaś nie zastosowała skali do kryterium cenowego udzielenia zamówienia.

Trybunał wskazał, że dwie oceny „(50/100)” oznaczają, wedle wskazań sądu odsyłającego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że oba kryteria udzielenia zamówienia mają takie samo znaczenie.

Okazuje się zaś, że takie postępowanie nie umożliwiło odzwierciedlenia – przy klasyfikacji oferentów mającej na celu wskazanie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – różnic jakościowych ofert w stosunku do ich ceny, z poszanowaniem wagi tych kryteriów udzielenia zamówienia przewidzianej w ocenie „(50/100)”. W szczególności wygląda na to, że takie postępowanie mogło mieć wpływ na kryterium ceny, nadając mu rozstrzygającą wagę w odniesieniu do ofert sklasyfikowanych w skali jakości. Sąd odsyłający powinien sprawdzić,

czy waga poszczególnych kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanych w ogłoszeniu o zamówieniu była faktycznie przestrzegana przez instytucję zamawiającą przy ocenie ofert.

O ile instytucja zamawiająca może stosować skalę do oceny jednego z kryteriów udzielenia zamówienia bez jej publikacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, o tyle nie może to skutkować zmianą stosunkowej wagi kryteriów udzielenia zamówienia opublikowanej w dokumentacji przetargowej.

Orzeczenie ETS

W związku z powyższym Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd odsyłający:

Artykuł 53 ust. 2 dyrektywy 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 w świetle zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że przy zamówieniu publicznym na usługi, które ma być udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, owa instytucja nie musi podać do wiadomości potencjalnych oferentów w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia dotyczących przetargu na to zamówienie metody oceny stosowanej przez instytucję zamawiającą w celu konkretnego ocenienia i sklasyfikowania ofert. Metoda ta nie może natomiast skutkować zmianą kryteriów udzielenia zamówienia ani ich wagi.

3. Orzeczenie z dnia 7 września 2016 r. w sprawie C-549/14

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 2 – Zasada równego traktowania – Obowiązek przejrzystości – Zamówienie w przedmiocie dostawy złożonych systemów komunikacyjnych – Trudności w wykonaniu – Niezgoda stron co do tego, kto ponosi odpowiedzialność – Ugoda – Ograniczenie zakresu umowy – Przekształcenie wynajmu sprzętu w sprzedaż – Istotna zmiana umowy – Uzasadnienie obiektywną możliwością znalezienia rozwiązania polubownego

Przedmiotem sprawy **C-549/14** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Højesteret (Sąd Najwyższy, Dania) postanowieniem z dnia 27 listopada 2014 r. r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 2 grudnia

2014 r., w postępowaniu Finn Frogne A/S (zwaną dalej „Frogne”) przeciwko Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (duńskim centrum łączności alarmowej duńskiej policji, „CFB”). Spór dotyczył prawidłowości umowy w przedmiocie zamówienia publicznego zawartej przez CFB, jako instytucję zamawiającą, z oferentem – spółką Terma A/S, w ramach realizacji tego zamówienia.

Postępowanie główne

Państwo duńskie udzieliło spółce Terma zamówienie publiczne na dostawę kompleksowego systemu łączności dla wszystkich służb ratowniczych oraz wieloletnią obsługę tego systemu. Organem publicznym odpowiedzialnym za to zamówienie było CFB.

CFB i Terma przyczynały się nawzajem odpowiedzialnością za niemożność realizacji zamówienia w przewidziany sposób, wskutek czego wystąpiły problemy z dochowaniem terminu dostawy. W efekcie przeprowadzonych negocjacji strony zawarły umowę, zgodnie z brzmieniem której zamówienie zostało ograniczone do dostawy systemu łączności radiowej dla regionalnych jednostek policji, zaś CFB miała nabyć od spółki Terma dwa centralne centra serwerowe, które spółka ta sama nabyła w celu wynajęcia ich CFB w ramach realizacji pierwotnego zamówienia. Każda ze stron tej umowy zamierzała zrezygnować z wszelkich wynikających z pierwotnego zamówienia uprawnień – poza tymi wynikającymi z zawartej już umowy.

Przed doprowadzeniem jej do końca CFB zamieściło w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej „ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy” (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante), w którym poinformowało o zamiarze zawarcia umowy ze spółką Terma.

Frogne, która nie złożyła wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie pierwotnego zamówienia, wniosła środek odwoławczy do Klagenævnet for Udbud (duńskiej krajowej izby odwoławczej). Zanim jeszcze izba ta wydała rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, odmówiła ona nadania temu środkowi skutku zawieszającego, tym samym w niedługim czasie umowa została zawarta.

Wniesiony przez Frogne środek odwoławczy został oddalony przez krajową izbę odwoławczą, co Frogne zaskarżyła do Østre Landsret (duńskiego wschodniego sądu regionalnego), który również oddalił skargę, uznając, że dokonana w ramach zawartej między CFB a spółką Terma umowy zmiana pierwotnego zamówienia stanowi jego istotną zmianę w rozumieniu orzecznictwa Trybunału.

Następnie sąd ten uznał jednak, po pierwsze, że zawarcie tej ugody nie wynikało z chęci renegocjowania przez Termę A/S i CFB istotnych elementów pierwotnego zamówienia w celu kontynuowania wcześniejszej współpracy na znacznie zmienionych warunkach, ale było takim rozwiązaniem zaistniałego między stronami sporu, które stanowiło alternatywę dla zerwania tej umowy w okolicznościach, w których doprowadzenie jej do końca wydawało się niemożliwe; w ramach ugody każda ze stron zgodziła się na znaczne ustępstwa mające na celu osiągnięcie akceptowalnego rozwiązania, zaś rozmiar zamówienia został znacznie ograniczony tak, aby każda ze stron miała możliwość uniknięcia ryzyka poniesienia prawdopodobnie nieproporcjonalnie wysokich strat. Po drugie, brak jest podstaw aby przypuszczać, że CFB czy też Terma nosiły się z zamiarem obejścia przepisów prawa zamówień publicznych.

W tych okolicznościach Østre Landsret uznał, że zawarcie ugody nie stoi w sprzeczności z zasadami równości traktowania i przejrzystości, jeśli tylko istnieje ścisły związek pomiędzy pierwotnym zamówieniem i przewidzianymi w niej świadczeniami. Sąd rozstrzygnął, że podjęta przez CFB decyzja o zawarciu ugody, jak i samo jej zawarcie, były sprzeczne z zasadą równego traktowania i obowiązkiem przejrzystości, gdyż wspomniany „związek” istniał jedynie w zakresie dotyczącym dostawy systemu łączności radiowej dla regionalnych jednostek policji, ale brakło go w przypadku sprzedaży dwóch centralnych centrów serwerowych.

Frogne zaskarżyła to rozstrzygnięcie przed Højesteret, gdyż jej zdaniem zamówienie po zmianie mogłoby być interesujące dla mniejszych przedsiębiorstw a naruszenie zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości nie można uzasadniać względami gospodarczymi, czy też celem polegającym na ochronie sytuacji [finansowej] oferenta.

Z kolei CFB stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy wykonanie umowy napotyka na trudności, co nie jest niczym nadzwyczajnym w przypadku zamówień pewnego rodzaju, takich jak te dotyczące opracowywania systemów informatycznych, instytucji zamawiającej należy przyznać szerokie uprawnienia dyskrecjonalne umożliwiające jej znalezienie rozsądnego rozwiązania w przypadku trudności z wykonaniem zamówienia. W ich braku byłaby ona zmuszona albo do rezygnacji z tych rozsądnych rozwiązań, albo do zerwania umowy, co z kolei wiąże się z ryzykiem poniesienia strat.

Zdaniem sądu odsyłającego okoliczność, która jest nowa w porównaniu z tymi, które były już uprzednio rozpatrywane przez Trybunał, jest związana z tymi trudnościami z wykonaniem zamówienia, odnośnie których brak jest zgody stron co do tego, kto ponosi za nie

odpowiedzialność; ostatecznie istotną w niniejszej sprawie kwestią jest to, czy istnieje możliwość zawarcia kładącym kres tym trudnościom ugody bez konieczności organizowania nowego postępowania przetargowego.

Pytanie prejudycjalne

Højesteret zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem:

Czy wykładni art. 2 dyrektywy 2004/18/WE w związku z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351) i *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182) należy dokonywać w ten sposób, że zawarcie ugody, która ogranicza zakres oraz zmienia charakter usług uzgodnionych przez strony w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a także obejmuje porozumienie co do niestosowania środków ochrony prawnej przysługujących w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w celu uniknięcia postępowania sądowego, stanowi umowę, która wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy wykonanie pierwotnej umowy było zagrożone?

Stanowisko Trybunału

Trybunał z zasady równego traktowania i wynikającego z niej obowiązku przejrzystości wywodzi, że po udzieleniu zamówienia publicznego instytucja zamawiająca i oferent nie mogą wprowadzić do postanowień umownych zmiany takiego rodzaju, iż postanowienia te charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia, tj., gdy zamierzona zmiana skutkuje bądź poszerzeniem zamówienia w sposób znaczący o świadczenia, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, bądź modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść oferenta, bądź też zmiany te są tego rodzaju, że można ze względu na nie zakwestionować udzielenie zamówienia w tym sensie, iż gdyby warunki te zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, przyjęto by inną ofertę bądź też można by było dopuścić innych oferentów (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 34–37).

Trybunał podniósł, że zmiana elementów zamówienia polegająca na znacznym ograniczeniu jego przedmiotu może skutkować udostępnieniem go większej ilości podmiotów gospodarczych, w szczególności może zainteresować również mniejsze podmioty gospodarcze. Ponadto, ze względu na to, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą, zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego, ograniczenie jego

przedmiotu może spowodować proporcjonalne ograniczenie wymogów stawianych zainteresowanym oferentom i kandydatom.

W ocenie Trybunału co do zasady do wprowadzenia istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia nie wystarcza obopólna zgoda instytucji zamawiającej i oferenta, lecz wymaga ono przeprowadzenia nowej procedury udzielenia zmienionego w ten sposób zamówienia, chyba że zmiana ta została przewidziana już w warunkach zamówienia pierwotnego (por. wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 42 i wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r., presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, pkt 37, 40, 60, 68 i 69).

Trybunał stwierdził, że **ani okoliczność polegająca na tym, iż istotna zmiana warunków zamówienia nie wynikała z żywionego przez strony świadomego zamiaru ponownego negocjowania jego warunków, ale z ich woli zawarcia ugody w celu zaradzenia obiektywnym trudnościom napotkanym, ani – obiektywnie rzecz biorąc – losowy charakter wykonania niektórych elementów zamówienia nie mogą uzasadniać wprowadzenia tej zmiany z pominięciem zasady równego traktowania**, która winna obejmować wszystkie podmioty, które mogły by być zainteresowane tym zamówieniem.

Trybunał odniósł się także do powodów, dla których po stronie instytucji zamawiającej i oferenta mógł powstać zamiar wprowadzenia do zamówienia istotnej zmiany wiążącej się z koniecznością wszczęcia nowej procedury udzielenia zamówienia. I tak, Trybunał stwierdził, że zamiar ponownego negocjowania warunków tego zamówienia nie jest czynnikiem o decydującym znaczeniu. Jednocześnie powołał się na pkt 42-44 swojego wyroku z dnia 5 października 2000 r. Komisja/Francja (C-337/98, EU:C:2000:543), w którym sformułowanie to zostało użyte ze względu na szczególne okoliczności sprawy, w której wydano ten wyrok.

Jednakże Trybunał przywołał także pkt 40 swojego wyroku z dnia 14 listopada 2013 r. Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), z którego wynika, że dany podmiot nie może uchybić traktatowym zasadom równego traktowania i niedyskryminacji oraz wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości w sytuacji, gdy nosi się on z zamiarem wprowadzenia istotnej zmiany do umowy w przedmiocie koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania danej działalności, której to zmiany wprowadzenie ma na celu zakończenie sporu, jaki powstał między podmiotami publicznymi i podmiotem gospodarczym z powodów całkowicie

niezależnych od ich woli w przypadku, gdy zmiana ta dotyczy zakresu umowy wiążącej strony.

Ponadto, Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 31 dyrektywy 2004/18 **instytucje zamawiające mogą udzielać zamówienia publicznego za obopólną zgodą, czyli negocjując warunki umowy z podmiotem gospodarczym wybranym bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w pewnych przypadkach, z których większość charakteryzuje się nieprzewidywalnością pewnych okoliczności.** Niemniej jednak, jak wynika z brzmienia ostatniego zdania art. 28 akapit drugi tej dyrektywy, może być on stosowany tylko w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których wyraźnie mowa w art. 31, efektem czego zawarty w nim wykaz wyjątków należy uznać za zamknięty. Nie sposób zaś uznać, że sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym odpowiada któremuś z nich.

Trybunał odniósł się także do kwestii poszanowania zasady równości traktowania i obowiązku przejrzystości również w przypadkach dotyczących szczególnych zamówień publicznych, co jednak nie może odbierać możliwości uwzględnienia ich cech szczególnych. W tym celu należy ściśle przestrzegać warunków zamówienia w postaci, w jakiej zostały one określone w jego dokumentacji aż do momentu zakończenia jego wykonania a nadto, przewidzieć możliwości zawarcia w tych dokumentach wyraźnego uprawnienia instytucji zamawiającej do dostosowania pewnych, nawet istotnych, warunków tego udzielonego już zamówienia. (zob. wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 112, 115, 117 i 118).

Orzeczenie ETS

W związku z powyższym Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd odsyłający:

Artykuł 2 dyrektywy 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 należy interpretować w ten sposób, że nie można wprowadzić istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia publicznego nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych

z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostałyby uprawnienie do dostosowania, już po jego udzieleniu, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także – szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia.

4. Orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-225/15

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 49 TFUE – Swoboda przedsiębiorczości – Gry losowe – Ograniczenia – Nadrzędne względy interesu ogólnego – Proporcjonalność – Zamówienia publiczne – Warunki udziału w przetargu i ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej – Wykluczenie oferenta z powodu nieprzedstawienia zaświadczeń na temat jego sytuacji ekonomicznej i finansowej wystawionych przez dwie oddzielne instytucje bankowe – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 – Stosowanie

Przedmiotem sprawy **C-225/15** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale di Reggio Calabria (sąd Reggio Calabria, Włochy) postanowieniem z dnia 28 lutego 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 maja 2015 r., w postępowaniu karnym przeciwko Domenicowi Politanòwi.

Wniosek dotyczył wykładni art. 49 TFUE, zasad równego traktowania i skuteczności oraz art. 47 dyrektywy 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 (Dz.U. 2004, L 134, s. 114). Wniosek ten został złożony w ramach postępowania karnego prowadzonego przeciwko Domenicowi Politanòwi ze względu na naruszenie włoskich przepisów regulujących przyjmowanie zakładów.

Postępowanie główne

W wyniku stwierdzenia prowadzenia działalności przyjmowania zakładów wzajemnych bez wcześniej wydanej koncesji w lokalu handlowym prowadzonym przez D. Politana i związanym z UniqGroup Ltd. sędzia prowadzący postępowanie przygotowawcze nakazał zajęcie w celu zabezpieczenia składników majątkowych wykorzystywanych do tej działalności.

Zdaniem skarżącego w postępowaniu głównym jego zachowanie nie wypełniało znamion naruszenia, ponieważ prowadzenie zakładów sportowych na rzecz maltańskiej spółki UniqGroup należy uznać za zgodne z prawem, gdyż prawo wewnętrzne jest niezgodne z art.

49 i 56 TFUE. Utrzymuje on, że spółka UniqGroup została wykluczona z przetargu z tego względu, że nie przedstawiła dwóch zaświadczeń o sytuacji ekonomicznej i finansowej wystawionych przez dwie różne instytucje bankowe, jak wymagał tego art. 3.2 zasad administracyjnych załączonych do ogłoszenia o przetargu Monti.

Zdaniem sądu odsyłającego przetarg dla organizatorów gier hazardowych mających siedzibę w różnych państwach członkowskich musi koniecznie być zgodny z przepisami art. 47 dyrektywy 2004/18, który przewiduje możliwość oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców „przy pomocy jakiegokolwiek innego dokumentu uznawanego za odpowiedni przez instytucję zamawiającą”. Sad ten uważa jednak, że w niniejszym przypadku zasady administracyjne załączone do ogłoszenia o przetargu Monti nie pozwoliły spółce UniqGroup udowodnić w sposób inny niż w drodze wyszczególnionych tam dokumentów jej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Pytania prejudycjalne

Sąd Reggio Calabria zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

- 1) Czy art. 49 TFUE oraz zasady równego traktowania i skuteczności należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym w dziedzinie gier hazardowych, które w celu udzielenia koncesji przewidują ogłoszenie nowego przetargu (na zasadach unormowanych w art. [10 ust.] 9g [dekretu z mocą ustawy z 2012 r.] zawierającego postanowienia o wykluczeniu z przetargu ze względu na niespełnienie warunku zdolności ekonomiczno-finansowej, ponieważ nie przewidują kryteriów innych niż dwie referencje bankowe pochodzące od dwóch różnych instytucji finansowych?
- 2) Czy art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on przepisom krajowym dotyczącym gier hazardowych, które w celu udzielenia koncesji przewidują ogłoszenie nowego przetargu (na zasadach unormowanych w art. [10 ust.] 9g [dekretu z mocą ustawy z 2012 r.] [zawierającego postanowienia o wykluczeniu z przetargu ze względu na niespełnienie warunku]) zdolności ekonomiczno-finansowej, ponieważ nie przewidują alternatywnych dokumentów i możliwości, takich jak przewidziane w prawie ponadnarodowym?

Stanowisko Trybunału

W odniesieniu do pytania 2

Trybunał sprecyzował, że dyrektywa 2004/18 dotyczy procedur udzielania zamówień publicznych a nie procedur, których przedmiotem są koncesje na usługi, gdyż te są wyłączone z zakresu tej dyrektywy na mocy jej art. 17.

Trybunał powołał się na swoje orzecznictwo, z którego wynika, że **różnica pomiędzy zamówieniem publicznym na usługi a koncesją na usługi tkwi w wynagrodzeniu za świadczenie usług**. I tak, zamówienie na usługi wiąże się z wynagrodzeniem płaconym bezpośrednio przez instytucję zamawiającą usługodawcy, natomiast w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi bądź jako takim, bądź wraz z ceną. Ponadto, **o ile sposób wynagradzania jest w związku z powyższym jednym z elementów decydujących o zakwalifikowaniu danej czynności jako koncesji na usługi, o tyle taka kwalifikacja oznacza, iż koncesjonariusz przejmuje ryzyko prowadzenia działalności związanej ze świadczeniem danych usług i że brak przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usług wskazuje na to, iż omawiana czynność stanowi zamówienie publiczne na usługi, a nie koncesję na usługi** (zob. wyrok z dnia 10 marca 2011 r., Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

W ocenie Trybunału koncesji na prowadzenie zakładów takiej jak ta będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym nie można zakwalifikować jako zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18.

W odniesieniu do pytania 1:

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że za ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody świadczenia usług należy uznać wszelkie środki, które zakazują korzystania ze swobód gwarantowanych w art. 49 i 56 TFUE, ograniczają je lub zmniejszają jego atrakcyjność (zob. wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał uznał, że przepis państwa członkowskiego uzależniający wykonywanie danej działalności gospodarczej od uzyskania koncesji i nakładający w tym zakresie na oferentów

obowiązek przedstawienia zaświadczeń od dwóch różnych instytucji bankowych, może zniechęcać podmioty gospodarcze od udziału w przetargu i tym samym może stanowić ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 49 TFUE.

Trybunał przypomniał także, że państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania, jeżeli chodzi o określenie poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego, jaki uznają za najbardziej odpowiedni (zob. podobnie wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 51, 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

Jednakże nakładane przez państwa członkowskie ograniczenia muszą spełniać warunki wynikające z orzecznictwa Trybunału, gdy chodzi w szczególności o ich uzasadnienie nadrzędnymi względami interesu ogólnego i ich proporcjonalność (zob. podobnie wyrok z dnia 8 września 2009 r., Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zdaniem rządu włoskiego rozpatrywany przepis nakładający ograniczenie jest uzasadniony, w świetle celu zwalczania przestępczości związanej z grami, względami zapewnienia ciągłości prowadzonej zgodnie z prawem działalności w zakresie przyjmowania zakładów wzajemnych w celu zahamowania rozwoju równoległej, nielegalnej działalności oraz względami ochrony konsumentów. Jest tym samym niezbędne, by sytuacja ekonomiczna i finansowa właścicieli koncesji umożliwiła trwałe prowadzenie przez nich działalności na rynku.

Ponadto, Trybunał zauważył, że oświadczenia bankowe wystawione przez dwie różne instytucje bankowe mogą wykazać zdolność ekonomiczną i finansową oferenta do prowadzenia działalności przyjmowania zakładów wzajemnych. Obowiązek dostarczenia oświadczeń od dwóch instytucji bankowych może gwarantować, że podmiot gospodarczy posiada zdolność ekonomiczną i finansową, pozwalającą mu sprostać zobowiązaniom, które mógłby zaciągnąć wobec wygrywających graczy. W tym względzie Trybunał stwierdził już, że wymóg posiadania kapitału zakładowego określonej wielkości może okazać się użyteczny w celu zapewnienia takiej zdolności ekonomicznej i finansowej (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2011 r., Dickinger i Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, pkt 77).

Zdaniem Trybunału, sąd odsyłający, biorąc pod uwagę udzielone przez Trybunał wskazówki, powinien sprawdzić, w ramach ogólnej oceny okoliczności towarzyszących przyznawaniu nowych koncesji, czy nałożone przez dane państwo członkowskie ograniczenia spełniają

przesłanki wynikające z orzecznictwa Trybunału w zakresie proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Digibet i Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

Orzeczenie Trybunału

W związku z powyższym Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania zadane przez sąd odsyłający:

- 1) **Dyrektywę 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, a w szczególności jej art. 47, należy interpretować w ten sposób, że przepisy krajowe regulujące przyznawanie koncesji w dziedzinie gier losowych, takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie wchodzą w zakres ich zastosowania.**
- 2) **Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie istnieniu przepisu krajowego takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, który nakłada na podmioty pragnące zgłosić się do udziału w przetargu mającym na celu przyznanie koncesji w dziedzinie gier i zakładów obowiązek przedstawienia dowodu ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w postaci oświadczeń wydanych przez co najmniej dwie instytucje bankowe i który nie zezwala przy tym na wykazanie tej sytuacji w inny sposób, ponieważ taki przepis może spełniać określone w orzecznictwie Trybunału przesłanki proporcjonalności, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.**

5. Orzeczenie z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych C-439/14 i C-488/14

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywy 89/665/EWG i 92/13/EWG – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze – Przepisy krajowe, które uzależniają dopuszczalność środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiającej od ustanowienia „gwarancji należytego postępowania” – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznego środka prawnego

Przedmiotem orzeczenia w sprawach połączonych **C-439/14 i C-488/14** były wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia) i Curtea de Apel Oradea (sąd apelacyjny w Oradei, Rumunia) postanowieniami z dnia 19 września 2014 r. i z dnia 8 października 2014 r., które wpłynęły do Trybunału odpowiednio w dniach 24 września 2014 r. i 4 listopada 2014 r., w postępowaniach SC Star Storage SA (zwaną dalej „Star Storage”) przeciwko Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (krajowym instytutem badań i rozwoju w dziedzinie informatyki, ICI; C-439/14) w przedmiocie procedury udzielania zamówienia publicznego na dostawę infrastruktury informatycznej oraz usługi związane z opracowaniem, zarządzaniem, rozwojem i wykonaniem platformy cloud computing (chmury obliczeniowej) oraz SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA, SC Construcții Napoca SA (zwanymi dalej „Max Boegl i in.”) przeciwko RA Aeroportul Oradea, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AVZI SA, Trameco SA, Iamsat Muntenia SA (zwanymi dalej „Aeroportul Oradea i in.”, C-488/14) w przedmiocie procedury udzielania zamówienia publicznego na rozbudowę i modernizację infrastruktury portu lotniczego w Oradei (Rumunia).

Postępowanie główne

Sprawa C-439/14

ICI opublikował w „SEAP” (elektronicznym systemie zamówień publicznych) szereg not wyjaśniających do dokumentacji przetargu na dostawę infrastruktury informatycznej oraz usługi związane z opracowaniem, zarządzaniem, rozwojem i wykonaniem platformy *cloud computing* (chmury obliczeniowej).

Spółka Star Storage zakwestionowała przed „CNSC” (krajową radą ds. rozstrzygania sporów) wyjaśnienia nr 4, 5 i 7, jednak wniesione przez nią odwołanie zostało odrzucone jako niedopuszczalne, gdyż spółka ta nie ustanowiła gwarancji należytego postępowania.

Następnie Star Storage wniosła do sądu apelacyjnego w Bukareszcie skargę zmierzającą m.in. do stwierdzenia nieważności wyżej wymienionej decyzji, w której to skardze podniosła, że przewidziany w ustawodawstwie rumuńskim obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania jest niezgodny, po pierwsze, z konstytucją rumuńską, a po drugie, z prawem Unii.

Zdaniem sądu odsyłającego ze względu na posiadane przez nią znaczenie i regulujące ją przepisy gwarancja należytego postępowania może poważnie naruszać prawa uczestników

rynku do skutecznego środka prawnego, umożliwiającego zaskarżenie aktów instytucji zamawiającej.

Sprawa C-488/14

RA Aeroportul Oradea opublikował w SEAP ogłoszenie o wszczęciu postępowania mającego na celu udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę i modernizację infrastruktury portu lotniczego w Oradei.

Z raportu dot. oceny ofert wynika, iż oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodziły spółki Max Boegl i in. nie spełniała wymaganych warunków, podczas gdy oferta złożona przez konsorcjum, w skład którego weszły spółki Aeroportul Oradea i in. zajęła w świetle kryterium udzielenia zamówienia, drugie miejsce w rankingu.

Obydwa konsorcja wniosły odwołania od ww. raportu do CNSC, które jednak zostały oddalone jako bezzasadne. Obydwa konsorcja wniosły wobec powyższego skargi na ww. decyzje o oddaleniu odwołania do sądu apelacyjnego w Oradei, który podkreślił wymóg ustanowienia gwarancji należytego postępowania w związku z wejściem w życie art. 271¹ i 271² OUG nr 34/2006. Max Boegl i in. zażądali w związku z tym podniesienia zarzutu niezgodności z konstytucją przed trybunałem konstytucyjnym w Rumunii oraz wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Pytania prejudycjalne

3) C-439/14

Czy przepisy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 [...] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one stosowaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do procedur odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia uprzednio »gwarancji należytego postępowania«, ustanowionej w art. 271¹ i 271² [OUG] nr 34/2006?

4) C-488/14

Czy przepisy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 89/665 oraz przepisy art. 1 ust. 1–3 dyrektywy 92/13 [...] należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one stosowaniu przepisów krajowych, które uzależniają dostęp do procedur odwoławczych dotyczących decyzji instytucji zamawiających od obowiązku złożenia uprzednio »gwarancji należytego postępowania«, ustanowionej w art. 271¹ i 271² OUG nr 34/2006?

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Trybunał przywołał art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13 nakładające na państwa członkowskie obowiązek przyjęcia środków niezbędnych dla zapewnienia, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające w ramach procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektyw 2004/17 i 2004/18 mogą stanowić przedmiot skutecznego, a w szczególności w miarę możliwości szybkiego środka prawnego, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Ponadto, Trybunał przywołał art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 przewidujące spoczywający na państwach członkowskich obowiązek zapewnienia dostępności procedur odwoławczych, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, zgodnie z zasadami, które państwa te ustanawiają. Wobec tego we wszystkich państwach członkowskich powinny istnieć skuteczne środki prawne służące zagwarantowaniu skutecznego stosowania uregulowań Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 71; z dnia 11 września 2014 r., *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 34; a także z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 50).

Trybunał orzekł, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. w szczególności wyroki: z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 47; z dnia 19 czerwca 2003 r., *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 45; a także z dnia 30 września 2010 r., *Strabag i in.*, C-314/09, C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 33).

Z utrwalonego orzecznictwa wynika jednakże, że zasady regulujące procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie mogą zagrażać skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest zagwarantowanie, by niezgodne z prawem decyzje wydane przez instytucję zamawiającą mogły być przedmiotem

skutecznego i możliwie jak najszybszego środka zaskarżenia (zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; z dnia 27 lutego 2003 r., *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, pkt 51; z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; postanowienie z dnia 4 października 2007 r., *Consortio Elisoccorso San Raffaele*, C-492/06, EU:C:2007:583, pkt 29; wyroki: z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 40; a także z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47).

W szczególności należy czuwać nad tym, by nie została naruszona skuteczność dyrektyw 89/665 i 92/13 (zob. wyroki: z dnia 18 czerwca 2002 r., *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 58, 59; a także z dnia 11 grudnia 2014 r., *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, pkt 40) oraz prawa przyznane jednostkom przez prawo Unii [wyroki: z dnia 12 grudnia 2002 r., *Universale-Bau i in.*, C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 72; a także z dnia 28 stycznia 2010 r., *Uniplex (UK)*, C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 49].

Ponadto Trybunał przypomniał, że dyrektywy 89/665 i 92/13 mają na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.

W rozpatrywanej sprawie art. 271¹ ust. 1–5 OUG nr 34/2006 nakłada na każdą osobę biorącą udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i pragnącą podważyć decyzję instytucji zamawiającej, czy to przed CNSC, czy też bezpośrednio przed sądem, obowiązek ustanowienia gwarancji należytego postępowania, co stanowi warunek dopuszczalności wszelkich środków prawnych, i należy ją zwrócić w przypadku uwzględnienia środka zaskarżenia najpóźniej pięć dni po tym, jak decyzja w jego przedmiocie stanie się ostateczna, względnie prawomocna zgodnie z art. 271² ust. 4 i 5 OUG nr 34/2006, lecz również wtedy, gdy środek prawny został cofnięty bądź oddalony.

Trybunał stwierdził, że w postępowaniach głównych podstawa prawna gwarancji należytego postępowania została jasno i wyraźnie ustanowiona przez OUG nr 34/2006, stąd uznaje ją za przewidzianą w przepisach krajowych (zob. wyroki: z dnia 27 maja 2014 r., *Spasic*, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; z dnia 6 października 2015 r., *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648, pkt 47; z dnia 17 grudnia 2015 r., *WebMindLicences*, C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 81).

Trybunał przywołał także art. 271¹ ust. 1 OUG nr 34/2006, który precyzuje, że celem gwarancji należytego postępowania jest zabezpieczenie instytucji zamawiającej przed ryzykiem ewentualnego niewłaściwego zachowania. Wymóg o charakterze finansowym, taki jak gwarancja należytego postępowania, stanowi środek, który może zniechęcić do nadużywania środków zaskarżenia i zagwarantować wszystkim podmiotom prawa – w interesie prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości – rozpatrzenie wnoszonego środka zaskarżenia w najkrótszym możliwym terminie zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty.

Jednakże, o ile interes związany z administrowaniem wymiarem sprawiedliwości może uzasadnić nałożenie ograniczenia finansowego na dostęp jednostki do możliwości zaskarżenia, o tyle ograniczenie to musi zachowywać rozsądną proporcję pomiędzy stosowanymi środkami a zamierzonym celem (zob. podobnie wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, pkt 47 i 60).

Zdaniem Trybunału, przygotowanie znacznej kwoty gwarancji w drodze przelewu bankowego, podobnie jak konieczność podjęcia wymaganych kroków umożliwiających ustanowienie gwarancji bankowej oraz poniesienie związanych z tym kosztów, mogą skłaniać wnoszącego środek zaskarżenia do pewnej ostrożności w ramach jego wnoszenia. Ponadto w zakresie, w jakim gwarancja należytego postępowania angażuje środki, a przynajmniej ogranicza możliwości finansowe wnoszących środki zaskarżenia do czasu ich uwolnienia, może ona zachęcić wnoszących środki zaskarżenia do wykazania się ostrożnością w ramach wszczynanych procedur odwoławczych, zgodnie z wymogiem szybkości postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13.

Ponadto, w zakresie, w jakim zgodnie z wyrokami trybunału konstytucyjnego w Rumunii nr 5 z dnia 15 stycznia 2015 r. i nr 750 z dnia 4 listopada 2015 r. automatyczne i bezwarunkowe zatrzymanie gwarancji należytego postępowania przez instytucję zamawiającą oraz jej zapłata na pierwsze żądanie nie są już możliwe, nie można uznawać, że sam tylko obowiązek ustanowienia tejże gwarancji, stanowiący warunek dopuszczalności wszelkich środków zaskarżenia, wykracza poza to, co niezbędne do realizacji celu polegającego na zwalczaniu nadużywania środków zaskarżenia, który owa gwarancja ma realizować.

Orzeczenie Trybunału

W związku z powyższym Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie zadane przez sądy odsyłające:

Artykuł 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. i art. 1 ust. 1–3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak sporne w postępowaniach głównych, które uzależniają dopuszczalność wszelkich środków zaskarżenia decyzji instytucji zamawiających od wywiązania się z obowiązku ustanowienia przez wnoszącego środek zaskarżenia na rzecz instytucji zamawiającej gwarancji należytego postępowania, jeżeli gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania w przedmiocie środka zaskarżenia.

OPINIE PRAWNE

Nowe brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Ustawa nowelizująca dokonała kilku nieznaczących zmian redakcyjnych w brzmieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej zwanej „Pzp”. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż adresatem normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp są podmioty inne niż określone w pkt 1-4, a nie jak było dotychczas w pkt 1-2. Zmiana ta miała na celu usunięcie wątpliwości zamawiających dotyczących podstawy prawnej ciężącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i eliminację sytuacji, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy. Ponadto ustawa nowelizująca wykreśliła we wprowadzeniu do wyliczenia w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp słowo „łącznie”. Zmiana ta miała na celu maksymalne zbliżenie kształtu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 do formy art. 13 dyrektywy 2014/24/UE, którego transpozycję stanowi. Dla ustalenia obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest, tak jak to było dotychczas, jednoczesne (łącznie) spełnienie, w odniesieniu do udzielanego zamówienia, wszystkich trzech opisanych powyżej przesłanek. Ustawa nowelizacyjna nadała również nowe brzmienie ostatniej przesłance zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a to poprzez dodanie w treści lit. c przepisu odesłania do załącznika II do dyrektywy 2014/24/UE. Wskazany załącznik zawiera wyszczególnienie robót budowlanych w zakresie inżynierii lądowej i wodnej z podziałami na grupy i klasy wraz komentarzem (grupa 45.2 obejmująca m. in. budowę dróg wodnych, portów i obiektów nadrzecznych, przystani jachtowych (marin), śluz, zapór wodnych i kanałów, pogłębianie, prace podwodne, budowę mostów, wiaduktów, tuneli i przejść podziemnych, budowę rurociągów, linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, rurociągów miejskich oraz miejskich linii komunikacyjnych i elektroenergetycznych, pomocniczych obiektów miejskich).

Konkludując, zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest łącznie spełnienie w odniesieniu do udzielanego zamówienia wszystkich trzech przesłanek wskazanych w ww. przepisie.

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy przy zakupie czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych

Zgodnie z treścią art. 4 pkt 3 lit. h ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej zwanej „Pzp”, nie stosuje się jej do udzielania zamówień publicznych obejmujących zakup czasu antenowego lub audycji od dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych. Przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., w sprawie zamówień publicznych, która weszła w życie 18 kwietnia 2014 r. (zwanej dalej: Dyrektywą klasyczną). Stosownie do treści art. 10 pkt b Dyrektywy klasycznej, jej przepisy nie znajdują zastosowania do zamówień publicznych udzielanych dostawcom audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, których przedmiotem jest nabycie czasu antenowego lub dostarczenie audycji. Przepis art. 10 pkt b Dyrektywy klasycznej, oprócz ww. wyłączenia określa również definicje „audiowizualnych usług medialnych” oraz „dostawcy usług medialnych”, odsyłając w tym zakresie do treści Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (zwanej dalej: Dyrektywą medialną).

W świetle art. 1 ust. 1 pkt a (i) Dyrektywy medialnej, „audiowizualna usługa medialna” oznacza usługę w rozumieniu art. 56 i 57 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca usług medialnych i której podstawowym celem jest dostarczenie ogółowi odbiorców – poprzez sieci łączności elektronicznej w rozumieniu art. 2 lit. a Dyrektywy 2002/21/WE - audycji w celach informacyjnych rozrywkowych lub edukacyjnych. Taka audiowizualna usługa medialna jest przekazem telewizyjnym w rozumieniu lit. e niniejszego ustępu albo audiowizualną usługą medialną na żądanie w rozumieniu lit. g niniejszego ustępu. Zgodnie natomiast z treścią art. 1 ust. 1 lit. d Dyrektywy medialnej, „dostawca usług medialnych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która ponosi odpowiedzialność redakcyjną za wybór audiowizualnej treści audiowizualnej usługi medialnej i decyduje o sposobie zestawienia jej treści.

W świetle przepisów ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. – o radiofonii i telewizji (tj. Dz. U z 2016 r. poz. 639 ze zm.), przenoszącej na grunt prawa polskiego postanowienia

Dyrektywy 2010/13/UE, „usługa medialna” definiowana jest jako usługa w postaci programu lub audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, za którą odpowiedzialność redakcyjną ponosi dostawca i której podstawowym celem jest dostarczenie przez sieci telekomunikacyjne ogółowi odbiorców audycji w celach informacyjnych, rozrywkowych lub edukacyjnych, a także przekaz handlowy (art. 4 pkt 1 ustawy). Natomiast „dostawca usługi medialnej” to osoba fizyczna, osoba prawna lub osobowa spółka handlowa ponosząca odpowiedzialność redakcyjną za wybór treści usługi medialnej i decydującej o sposobie zestawienia tej treści, będącej nadawcą lub podmiotem dostarczającym audiowizualną usługę medialną na żądanie (art. 4 pkt 4 ustawy). Odpowiedzialność redakcyjna to natomiast sprawowanie faktycznej kontroli nad wyborem audycji i sposobem ich zestawienia w programie lub katalogu (art. 4 pkt 3 ustawy)

Należy wskazać, iż przepisy prawa nie wyłączają możliwości skorzystania z dyspozycji art. 4 pkt 3 lit. h w celu nabycia audycji audiowizualnych lub radiowych, gdy ich produkcja odbywa się przy współdziałaniu innych podmiotów niż sam nadawca radiowy lub telewizyjny. Na gruncie wskazanych przepisów Dyrektyw oraz w świetle ustawy o radiofonii i telewizji, dopuszczalne jest skorzystanie z wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp w okolicznościach, gdy audycja przygotowywana jest przez dostawcę usług medialnych, na podstawie przygotowanych przez podmiot zlecający scenariuszy, wytycznych lub wskazówek, jak również, gdy mamy do czynienia z zakupem usługi samej emisji materiału przygotowanego przez podmiot niezależny od nadawcy.

W świetle art. 4 pkt 3 lit h ustawy Pzp w związku z art. 10 pkt b Dyrektywy klasycznej oraz art. 1 ust. 1 pkt a (i) i d Dyrektywy medialnej, zakup audycji telewizyjnej lub radiowej podlega wyłączeniu spod obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, gdy materiał nabywany jest od dostawcy audiowizualnej lub radiowej usługi medialnej, który jest podmiotem, ponoszącym odpowiedzialność redakcyjną za treść programu telewizyjnego lub radiowego.

Pojęcie odpowiedzialności dostawcy usługi medialnej, do której odnoszą się zarówno przepisy Dyrektyw jak i ustawy o radiofonii i telewizji należy rozumieć jako odpowiedzialność za treść i sekwencję programu radiowego lub telewizyjnego, którym w świetle art. 4 pkt 6 ustawy o radiofonii i telewizji jest uporządkowane zastawienie audycji, przekazów handlowych lub innych przekazów. W tym rozumieniu nie jest to odpowiedzialność nadawcy za merytoryczną treść audycji telewizyjnej lub radiowej, a odpowiedzialność za kształtowanie programu tj. wybór i dopuszczenie określonego przekazu telewizyjnego lub radiowego do emisji, a także za sposób i kolejność jego

rozmieszczenia w czasie antenowym. Powyższe potwierdza również treść art. 13 ust. 1 i 2 ustawy o radiofonii i telewizji, zgodnie z którym nadawca jest uprawniony do kształtowania programu samodzielnie w zakresie zadań informacyjnych i ponosi odpowiedzialność za jego treść, przy czym nie narusza to odpowiedzialności innych osób za treść poszczególnych audycji, reklam lub innych przekazów radiowych lub telewizyjnych. Fakt ponoszenia odpowiedzialności nadawcy za treść programu nie wyłącza odpowiedzialności innych osób za treść poszczególnych audycji tj. ich autorów lub producentów.

Tym samym, sytuacja, w której Zamawiający będzie miał wpływ na treść, sposób i metody realizacji audycji telewizyjnej lub radiowej nie zaburza odpowiedzialności programowo - redakcyjnej dostawcy usług medialnych, który może zdecydować, o dopuszczalności emisji danego programu bądź z niej zrezygnować, gdy treść audycji będzie naruszała przepisy prawa lub zasady funkcjonowania nadawcy.

Wyłączenie stosowania ustawy przy wytwarzania i dystrybucji dokumentów publicznych i ich personalizacji, a także druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa

Stosownie do treści art. 4 pkt 5 c lit. a i b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej zwanej „Pzp, ustawa nie znajduje zastosowania do zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji dokumentów publicznych i ich personalizacji, a także druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. W myśl art. 4aa ustawy Pzp, wykaz dokumentów i druków, o których mowa w art. 4 pkt 5c lit. a i b ustawy określony został w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2016 r., poz. 1089). W świetle § 2 powyższego rozporządzenia dokumentami publicznymi są:

- 1) dowód osobisty;
- 2) dokumenty paszportowe;
- 3) książeczka żeglarska;

- 4) dokumenty wydawane na podstawie art. 44 ust. 1 oraz art. 83 ust. 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. poz. 1741 i 1888 oraz z 2015 r. poz. 262, 1087, 1274 i 2281);
- 5) dokumenty wydawane cudzoziemcowi na podstawie art. 37 oraz art. 226 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650, z późn. zm.);
- 6) dokumenty wydawane członkom misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych państw obcych oraz innym osobom zrównanym z nimi na podstawie ustaw, umów lub powszechnie ustalonych zwyczajów międzynarodowych, a także dokumenty wydawane członkom ich rodzin pozostającym z nimi we wspólnocie domowej na podstawie art. 61 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach;
- 7) dokument wydawany obywatelowi Unii Europejskiej na podstawie art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r. poz. 1525, z 2015 r. poz. 1274 oraz z 2016 r. poz. 904);
- 8) dokumenty wydawane członkowi rodziny obywatela Unii Europejskiej na podstawie art. 30 ust. 1 oraz art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin;
- 9) dokumenty wydawane cudzoziemcowi na podstawie art. 55 ust. 1 oraz art. 89i ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 680, z 2013 r. poz. 1650, z 2014 r. poz. 1004, z 2015 r. poz. 1607 oraz z 2016 r. poz. 783);
- 10) wojskowe dokumenty osobiste wydawane osobom objętym ewidencją wojskową na podstawie art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 827, z późn. zm.);
- 11) karty tożsamości wydawane na podstawie art. 54a ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej;
- 12) wpis w paszporcie, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 758);
- 13) naklejka wizowa;
- 14) Karta Polaka;
- 15) prawo jazdy;
- 16) dowód rejestracyjny pojazdu;

- 17) karta pojazdu;
- 18) pozwolenie czasowe, o którym mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2012 r. poz. 1137, z późn. zm.);
- 19) karta do tachografu cyfrowego, o której mowa w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o systemie tachografów cyfrowych (Dz. U. poz. 1494, z 2007 r. poz. 661, z 2011 r. poz. 622 i 1016 oraz z 2015 r. poz. 1893);
- 20) zaświadczenie ADR, o którym mowa w art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych (Dz. U. poz. 1367 i 1454, z 2015 r. poz. 1273 i 1893 oraz z 2016 r. poz. 542);
- 21) legitymacje poselska i senatorska;
- 22) legitymacje służbowe:
 - a) policjantów,
 - b) funkcjonariuszy Straży Granicznej,
 - c) funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu,
 - d) funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
 - e) funkcjonariuszy Agencji Wywiadu,
 - f) funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego,
 - g) funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego i żołnierzy zawodowych wyznaczonych na stanowiska służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego,
 - h) funkcjonariuszy Służby Wywiadu Wojskowego i żołnierzy zawodowych wyznaczonych na stanowiska służbowe w Służbie Wywiadu Wojskowego,
 - i) funkcjonariuszy celnych,
 - j) inspektorów Inspekcji Transportu Drogowego,
 - k) inspektorów kontroli skarbowej oraz pracowników kontroli skarbowej,
 - l) pracowników wywiadu skarbowego i pracowników wyodrębnionych komórek organizacyjnych kontroli skarbowej, o których mowa w art. 11g ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2016 r. poz. 720),
 - m) żołnierzy Żandarmerii Wojskowej.

Powyższe wyliczenie ma charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że w świetle rozporządzenia w sprawie wykazu dokumentów publicznych i druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa dokument niewymieniony w § 2 nie stanowi dokumentu publicznego.

Natomiast § 3 rozporządzenia zawiera zamknięty katalog druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z powyższym przepisem są to:

- 1) znaki legalizacyjne i nalepki kontrolne, o których mowa w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym;
- 2) znaki holograficzne umieszczane na zaświadczeniach o prawie do głosowania, o których mowa w art. 32 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz. U. poz. 112, z późn. zm.);
- 3) karty do głosowania, o których mowa w art. 40 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy.

Tym samym, w świetle art. 4 pkt 5 c lit. a i b ustawy Pzp, do wytwarzania i dystrybucji ww. dokumentów i oznaczeń komunikacyjnych przepisy ustawy Pzp nie znajdują zastosowania.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przykłady naruszeń art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stwierdzone w wyniku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obowiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej – „ustawą Pzp”. W szczególności ww. nowelizacją dodany został przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stanowiący, że kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

W przypadku pozostałych zamówień zamawiający zobowiązany był zatem do zastosowania, obok kryterium ceny, dodatkowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, w szczególności takiego jak: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż ponieważ terminy „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe”, o których mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada zatem nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym,

przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”.

Na marginesie należy przypomnieć, iż wprowadzenie omawianego przepisu miało na celu przede wszystkim zmobilizowanie zamawiających do odejścia od wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie w oparciu o kryterium ceny i do stosowania kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Założeniem Ustawodawcy było zatem uzyskiwanie zamówień publicznych, które zapewniłyby najkorzystniejsze proporcje korzyści w stosunku do kosztów.

Jak pokazuje *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.* (pierwszy pełny rok stosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp) obowiązywanie ww. przepisu przyniosło znaczący spadek odsetka zamówień z ceną jako jedynym kryterium oceny ofert. Cenę jako kryterium o wadze 100% zastosowano w 12% postępowań o wartościach poniżej progów unijnych (w roku 2014 - w 84%), natomiast w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych - w 11% postępowań (w roku 2014 - w 75%).

Niemniej, analizując dane ujęte w *Sprawozdaniu* można wnioskować, że cel wprowadzenia omawianego przepisu nie został w pełni zrealizowany, gdyż zamawiający stosowali go na ogół jedynie w sposób formalny. Wskazują na to najczęstsze kryteria pozacenowe stosowane w 2015 r., tj. termin realizacji zamówienia (czas dostawy) – 40% (zamówienia ogłoszone w BZP) i 33% (zamówienia ogłoszone w Dz.U. UE) postępowań; warunki gwarancji bądź rękojmi – odpowiednio 29% i 26% postępowań; warunki płatności – 12% postępowań (zamówienia ogłaszane w BZP).

Ponadto należy też zauważyć, że najczęściej zamawiający określali wagę ceny w przedziale 81% – 99%. W przypadku zamówień o wartościach poniżej progów unijnych w 84% zamówień kryterium ceny mieściło się we wskazanym przedziale, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych – w 74% zamówień.

Z powyższych powodów Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), z dniem 28 lipca 2016 r. zmieniono omawiany przepis wskazując, że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, 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.

Znowelizowany w 2016 r. przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp jak dotąd nie był podstawą do stwierdzenia naruszenia w toku kontroli Prezesa Urzędu. Poniżej przywołano natomiast przykłady naruszeń ww. przepisu w brzmieniu sprzed ostatniej nowelizacji.

Przykład nr 1 (KD/86/16/DKUE)

Postępowanie wszczęte w dniu 1 lipca 2015 r., prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Zarządzanie Projektem pt.: Przebudowa drogi wojewódzkiej*”.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi zarządzania projektem pt.: Przebudowa drogi wojewódzkiej ..., etap przebudowy i rozbudowy przejścia przez m. S.

Przedmiotowa usługa obejmowała:

- 1) zarządzanie i koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją projektu,
- 2) pełnienie nadzoru inwestorskiego i kontrolę nad realizacją robót budowlanych zgodnie z prawem budowlanym i zawartą umową na roboty budowlane,
- 3) działania mające na celu terminowe wykonania robót budowlanych,
- 4) dokumentowanie postępu robót, działania informacyjno – promocyjne związane z realizacją projektu,

- 5) wypełnianie obowiązków sprawozdawczych wynikających z wymagań Instytucji Pośredniczącej – uzgodnionych z Kierownikiem Projektu.

Inwestycja zawierała: branżę drogową, mostową, sanitarną, telekomunikacyjną oraz elektroenergetyczną.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%.

W uzasadnieniu zastosowania jednego kryterium ceny, zamawiający w protokole postępowania wskazał, iż „(...) przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny i ma ustalone standardy jakościowe. Usługa na zarządzanie projektami na roboty budowlane jest powszechnie dostępna. Może ją wykonywać szereg podmiotów występujących na rynku. Powyższa działalność w tym zakresie nie jest obwarowana dodatkowymi kryteriami, ani koniecznością uzyskania licencji czy koncesji. Z uwagi na liczne podmioty zajmujące się zarządzaniem, łatwy jest dostęp do tego rodzaju usługi, dla wszystkich potencjalnych inwestorów. Nie zmienia to faktu, iż podmioty oferujące zarządzanie projektem zatrudniają osoby posiadające odpowiednią wiedzę, doświadczenie i uprawnienia. Zarządzanie projektem na roboty budowlane cechuje również ustalone standardy jakościowe. Przedmiot zamówienia jednoznacznie określił zakres usługi i sposób jej wykonania. Polegają one na wyliczeniu cech, które określają poprawność wykonania przedmiot zamówienia i charakteryzują się przede wszystkim powtarzalnością i typowością dla tego rodzaju zamówień. Kierując się wykładnią celowości, można stwierdzić, że tylko cena umożliwia odróżnienie od siebie przedmioty charakteryzujące się ustalonymi standardami. (...).

W związku z powyższym wskazanie dodatkowego poza ceną, kryterium ofert na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu jest bezprzedmiotowe, albowiem wymagania, których mogą dotyczyć ewentualne poza cenowe kryteria oceny ofert, są bezwzględnie wymagane od każdego z wykonawców przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia na zarządzenie projektem na roboty budowlane. Jednocześnie jednak ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje sytuacje, w których możliwe jest zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, w przypadku, gdy ze względu na przedmiot postępowania wszelkie dodatkowe kryteria byłyby nieprzydatne. W odniesieniu do niektórych produktów lub usług trudno bowiem mówić o zróżnicowaniu ofert pod względem jakości, funkcjonalności czy parametrów technicznych. W praktyce powyższe zamówienie na usługi - Pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, jest bardzo zbliżone do innych usług zarządzania występujących na rynku, a konkurencja między wykonawcami jest wyłącznie konkurencją na polu ceny. W takiej sytuacji stawianie dodatkowych kryteriów może okazać się nie tylko nieprzydatne, ale wręcz problematyczne w procesie oceny ofert, z uwagi na brak ustalonej skali ocen – kryterium

jakości lub kryterium społeczne może bowiem zostać ustanowione w sposób, który doprowadzi do dowolnej oceny, niepoddającej się weryfikacji.(...).”

Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na usługi, do których nie można zaliczyć np. usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie usługi wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli inżyniera kontraktu. Powyższe wyliczenie ma jedynie charakter przykładowy, a zamawiający, w zależności od rodzaju usług stanowiących przedmiot zamówienia, powinien dokonać indywidualnej oceny w zakresie możliwości zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności usługi obejmujące przedmiot zamówienia, należy uznać, że usługi zarządzania projektem nie zaliczają się do kategorii „prostych, nieskomplikowanych usług”. Po pierwsze, należy zauważyć, że usługa ta polega głównie na badaniu zgodności wykonywania robót z dokumentacją techniczną oraz na znajdowaniu usterek i stwierdzaniu konieczności ich usunięcia w okresie gwarancji. Tym samym wykonawca wykonujący tę usługę musi posiadać umiejętność czytania dokumentacji technicznej, jak też mieć wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania określonych robót. Ponadto wykonawca musi posiadać wiedzę na temat wymogów informacyjno-promocyjnych i sprawozdawczych związanych z realizacją projektu, gdyż również działania w tym zakresie należą do jego obowiązków. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się akurat wykonywaniem usług zarządzania projektem, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota lub usługa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres usług wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem polegającym na wykonaniu 2 usług polegających na zarządzaniu projektem (zadaniem) drogowym, każdy o wartości robót min. 2.000.000,00 mln PLN (brutto), przy czym usługa została wykonana, projekt (zadanie)/roboty zostały zakończone/przekazane do użytkowania. Ponadto wykonawca musiał dysponować

Inżynierem Projektu, Inspektorem Nadzoru Robót Drogowych oraz Inspektorem Nadzoru Robót Instalacyjnych, którzy musieli posiadać wymagane doświadczenie zawodowe oraz kwalifikacje, tj. uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Wykonanie ww. usługi wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia wyniesionych z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania, czy wielkości do tej, na której zarządzanie ma być pełnione oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. usługi nie są usługami powszechnie dostępnymi, ale usługami, które mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że usługi, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były usługami prostymi, powszechnie dostępnymi, lecz usługami dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy posiadania specjalistycznej wiedzy, odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe usługi nie charakteryzowały się powszechną dostępnością, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego do stwierdzonego naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w piśmie z dnia 02.09.2016 r. Urząd Zamówień Publicznych wskazał m.in., iż usługa będąca przedmiotem zamówienia obejmowała zarządzanie i koordynację wszystkich czynności związanych z realizacją projektu, pełnienie nadzoru inwestorskiego i kontrolę nad realizacją robót budowlanych, działania mające na celu terminowe wykonanie robót, dokumentowanie postępu robót oraz działania informacyjno – promocyjne związane z realizacją projektu. Inwestycja zawierała: branżę drogową, mostową, sanitarną, telekomunikacyjną oraz elektroenergetyczną. Mając na uwadze zakres ww. usługi i jej specjalistyczny charakter, nie można podzielić argumentacji zamawiającego, iż jest ona powszechnie dostępna i ma ustalone standardy jakościowe.

Po pierwsze, nie można się zgodzić z zamawiającym, że powszechność usługi oznacza, że jest ona dostępna na rynku dla każdego podmiotu chcącego z danej usługi skorzystać. Gdyby tak rozumieć powszechną dostępność, to prawie do wszystkich usług możliwe byłoby stosowanie wyłącznie kryterium ceny, gdyż niemal każda usługa jest dostępna dla podmiotu, który chce z niej skorzystać. Takie rozumienie pojęcia powszechnej dostępności wypaczyłoby sens wprowadzenia nowelizacji ustawy Pzp z 29 sierpnia 2014 r. Należy bowiem zauważyć, że Ustawodawca wprowadził art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w celu ograniczenia stosowania jedynego kryterium ceny.

Nie można się także zgodzić z zamawiającym, że usługa zarządzania projektem jest usługą powszechnie dostępną, ponieważ nie ma wymogu uzyskania dla jej wykonywania koncesji czy zezwolenia. Brak konieczności posiadania koncesji lub zezwolenia nie przesądza bowiem o powszechnej dostępności usługi, w szczególności nie jest jedynym czynnikiem decydującym o powszechnej dostępności usługi. Należy ponownie zauważyć, że do wykonywania tej usługi potrzebna jest specjalistyczna wiedza oraz uprawnienia budowlane i doświadczenie, których sam zamawiający wymagał od wykonawców. Należy przypomnieć, że zamawiający w tym konkretnym postępowaniu wymagał, aby wykonawca dysponował doświadczeniem polegającym na wykonaniu 2 usług zarządzania projektem (zadaniem) drogowym, każdy o wartości robót min. 2.000.000,00 mln PLN (brutto), ponadto wykonawca musiał dysponować inżynierem projektu, inspektorem nadzoru robót drogowych oraz inspektorem nadzoru robót instalacyjnych, którzy musieli posiadać wymagane doświadczenie zawodowe oraz kwalifikacje.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że wykonywanie usługi zarządzania projektem wymaga posiadania także konkretnej wiedzy technicznej z zakresu prowadzenia robót budowlanych, w tym przypadku z branży: drogowej, mostowej, sanitarnej, telekomunikacyjnej oraz elektroenergetycznej, umiejętności czytania dokumentacji technicznej, w tym projektu budowlanego, znajomości przepisów regulujących proces budowlany oraz umiejętności zarządzania zespołem ludzi i egzekwowania konkretnych czynności mających na celu prawidłowe wykonania robót. Tym samym, mimo braku wymogu posiadania koncesji czy zezwolenia, nie jest to usługa powszechnie dostępna, skoro mogą ją świadczyć tylko podmioty w niej wyspecjalizowane i spełniające określone warunki.

Należy zauważyć, że sformułowanie „powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych” jest stosowane w ustawie Pzp od początku jej obowiązywania, tj. od 2004 r., w kontekście przesłanki trybu zapytania o cenę i nie ma powodu, aby w kontekście kryteriów oceny ofert miało być ono rozumiane inaczej. W związku z powyższym warto przytoczyć

treść uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.06.2011 r. (sygn. akt KIO/KD 49/11), która odnosi się wprawdzie do stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 70 ustawy Pzp, tj. zastosowania przez zamawiającego trybu zapytania o cenę, ale zawarte w tej uchwale uzasadnienie dotyczy także interpretacji pojęcia „powszechnie dostępne”. W treści uchwały stwierdzono, co następuje: „W niniejszej sprawie do omawianej kategorii usług zamawiający zakwalifikował usługi nadzoru inwestorskiego, co w ocenie Izby, nie jest prawidłowe. W świetle przytoczonych wyżej rozważań nie można zgodzić się z zamawiającym, iż usługa nadzoru inwestorskiego jest typową usługą oferowaną na rynku, której nabywcą jest przeciętny klient, znajdujący się w kręgu podmiotów zainteresowanych jej nabyciem. (...) zamknięty krąg osób mogących pełnić funkcję inspektora nadzoru powoduje, iż dostępność tych usług nie jest powszechna, a tym samym nie jest tak, że przeciętny klient posiada na nie zapotrzebowanie. Zaś konieczność posiadania uprawnień do pełnienia funkcji inspektora nadzoru świadczy o tym, że usługi te nie są typowe, nieskomplikowane. Tym samym nie sposób mówić, iż mogą być oferowane przez przeciętnego obywatela. (...) Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż funkcja inżyniera kontraktu jest funkcją bardziej skomplikowaną niż funkcja inspektora nadzoru, ale pozostaje to bez wpływu na dokonaną ocenę. Zarówno jednej, jak i drugiej nie sposób przypisać powszechnej dostępności”. Z treści powyższej uchwały wynika zatem, że usługa nadzoru inwestorskiego, która jest częścią usługi zarządzania projektem będącej przedmiotem niniejszych zastrzeżeń, jak też sama usługa inżyniera kontraktu, będąca odpowiednikiem usługi zarządzania projektem, nie są usługami powszechnie dostępnymi, co wskazuje w tym wypadku na zbieżność stanowiska Prezesa Urzędu i KIO.

Odnosząc się z kolei do argumentów zamawiającego dotyczących ustalonych standardów jakościowych, należy zauważyć, że niewątpliwie przepisy określają zadania i obowiązki osób pełniących funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane), która to funkcja jest składową przedmiotowej usługi, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z zamawiającym jako inwestorem, a z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor lub inspektorzy będą pełnili swoje obowiązki.

W tym miejscu należy odnieść się do umowy z dnia 14.09.2015 r. nr ..., w której zamawiający zawarł szczegółowy opis zobowiązań i upoważnień wykonawcy z podziałem na etap budowy oraz etap zakończenia budowy. Zamawiający zdefiniował oczekiwany od wykonawcy zakres zadań, jakie powinny być wykonane przy usłudze zarządzania projektem, m.in. nadzorowanie robót, prowadzenie regularnych inspekcji na terenie budowy,

zatwierdzania materiałów, urządzeń, czy finalizacja zadań wynikających z obowiązków na etapie budowy oraz przygotowywania materiałów do końcowego odbioru robót budowlanych. Sam zamawiający dowodzi, że usługa zarządzania jest ściśle związana z nadzorem nad robotami budowlanymi i ma na celu potwierdzenie prawidłowości wykonania umowy na roboty budowlane zgodnie z ustalonymi standardami ich jakości określonymi w dokumentacji projektowej. Mając na uwadze powyższe, nie można twierdzić, że usługa zarządzania projektem posiada ustalone standardy jakościowe. Skoro bowiem usługa ta musi być dostosowana do konkretnych robót budowlanych określonych zapisami konkretnego projektu i konkretnych specyfikacji technicznych, to nie można twierdzić, że ma ustalone standardy jakościowe. Standardy te są bowiem inne w zależności od rodzaju, zakresu i poziomu skomplikowania danej konkretnej inwestycji.

W związku z powyższym w przedmiotowej sprawie nie można stwierdzić, że usługa zarządzania kontraktem jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych, gdyż wykonywać ją mogą tylko wyspecjalizowane w takich usługach firmy posiadające specjalistyczną wiedzę techniczną i prawną, a także dysponujące odpowiednią kadrą.

W związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale z dnia 19 września 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 57/16) stwierdziła, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. W uzasadnieniu KIO wskazała, iż „Przedmiotem sporu pomiędzy Zamawiającym a Prezesem UZP jest interpretacja pojęcia usług „powszechnie dostępnych, mających ustalonych standardach jakościowych”. Jak wskazywały obie Strony, określenia „powszechnie dostępny” i „ustalone standardy jakościowe” nie są definiowane w ustawie Prawo zamówień publicznych ani w innym akcie prawnym, mają więc one ocenny charakter i muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Tym samym, zdaniem Izby, przyporządkowanie konkretnych przedmiotów zamówień do tych kategorii zawsze będzie charakteryzowało się pewną intuicyjnością.

Nie były też sporne między Stronami ogólne interpretacje powyższych określeń wskazujące na to, że przedmiot zamówienia „powszechnie dostępny” to taki, którego podaż na rynku jest dość wysoka, a przez to nie jest on trudny do zdobycia, a pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” odnosi się do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających standardy

wynikające z norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze.

Przenosząc jednak powyższe ogólne rozważania na możliwość zakwalifikowania usług nadzoru inwestorskiego czy też usług tzw. „inżyniera kontraktu”, w opinii Izby należy stwierdzić, że usług tego typu nie można uznać za usługi „powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych”.

Pogląd taki od lat jest w sposób jednolity ukształtowany na rynku zamówień publicznych – jeszcze w związku z rozważaniami nad możliwością zastosowania do tego typu usług trybu zapytania o cenę, w którym pojawiają się przesłanki o tożsamym brzmieniu (art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych).

O istnieniu takiego ukształtowanego poglądu świadczy powoływanie się na niego zarówno w komentarzach do ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i wcześniejszych uchwałach KIO dotyczących analogicznych zamówień.

Co więcej, w kręgu wykonawców branży budowlanej od lat pojawiają się postulaty, że ze względu na różniące się kwalifikacje projektantów i inżynierów, a tym samym różną jakość świadczonych usług i wykonywanych robót, przy zamawianiu usług projektowania, nadzoru

i wykonywania robót budowlanych powinny być stosowane także inne niż cena kryteria oceny ofert, odnoszące się zwłaszcza do jakości usług.

Należy się zgodzić w Prezesem UZP, że pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Jakkolwiek słusznie zauważył Zamawiający, że liczba firm oferujących tego typu usługi na rynku jest dość spora, to istnienie, nawet dużej, konkurencji na rynku podmiotów oferujących usługi danego typu, jeszcze nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taka usługa jest usługą powszechnie dostępną.

Duża liczba wykonawców oferujących tego typu usługi nie zmienia też faktu, że usługa nadzoru – a w szczególności jej rozbudowana wersja, czyli pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, jest usługą specjalistyczną o charakterze intelektualnym, przeznaczoną – mimo wszystko – dla ograniczonego kręgu odbiorców, którymi są głównie podmioty publiczne (gdyż to w znacznej mierze one realizują duże inwestycje budowlane).

Intelektualny charakter usługi wskazuje na jej pewną niemierzalność, a tym samym powoduje, że szczególnie istotne są kwalifikacje osobiste, zwłaszcza wiedza i doświadczenie oraz zaangażowanie w wykonywane zadania, wykonawców i osób świadczących tę usługę. Powoduje to, że nie ma ona, jak zauważył sam Zamawiający w załączniku do protokołu postępowania, „parametrów technicznych” i trudno określić jej „powszechny” standard – oczywiście poza postulatem, że powinna być ona zrealizowana jak najlepiej, a przynajmniej z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty (art. 355 Kodeksu cywilnego) oraz z uwzględnieniem tzw. „sztuki budowlanej”.

Należy się zgodzić z J. E. Nowickim (Komentarz do art. 91 ustawy – Prawo zamówień publicznych, LEX), że przez „ustalone standardy jakościowe należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych, niewymagające skomplikowanego opisu. Określone zamówienia mają ustalone standardy jakościowe tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa lub dostawa będzie identyczna.” Oczywiście z zastrzeżeniem, że nie należy tu wymagać aż identyczności, lecz dużego podobieństwa.

O ile można przyznać rację Zamawiającemu, że sama dokumentacja projektowa oczywiście jest istotna dla prawidłowego wykonania zamówienia (podobnie jak i ustalone zasady „sztuki budowlanej”), to odnosi się ona bezpośrednio do wykonania robót budowlanych, a nie samego świadczenia usługi nadzoru. Zresztą nie bez powodu standard świadczenia usługi określa się w opisie przedmiotu zamówienia i w umowie dla każdego zamówienia.

Natomiast należy podkreślić, że standard, który jest ustalany każdorazowo indywidualnie, nie może być z samej istoty standardem „ustalonym”, o którym mowa w omawianym przepisie, czyli zdefiniowanym, znanym i obowiązującym powszechnie i generalnie jednakowo na całym rynku.

Jak wskazano w uchwale KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. KIO/KD 49/11 (dotyczącej analogicznych usług) – z którym to poglądem skład orzekający generalnie się zgadza – do kategorii usług „o ustalonym standardzie jakościowym” możemy zaliczyć „usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania”. Zatem dostawy i usługi „o ustalonym standardzie jakościowym” muszą charakteryzować się powtarzalnymi cechami jakościowymi i technicznymi, niewymagającymi skomplikowanego opisu.

Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczegółowo

regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych – będzie je trzeba dopiero ustalić indywidualnie. Podobnie narzędziem do ustalenia minimalnego standardu usługi – a przynajmniej próby takiego ustalenia – jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji jego personelu.

Podobny pogląd Izba wyraziła w uchwale z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. KIO/KD 26/14: „Wbrew stanowisku zamawiającego przesłanka ustawowa nie odnosi się do standardów, które zamawiający ustali opisując przedmiot zamówienia, lecz standardów już na rynku ustalonych, a więc funkcjonujących niejako niezależnie od opisu dokonywanego przez zamawiającego, na które to standardy można się powołać, wskazując nazwę zamawianego towaru czy usługi i podając kilka podstawowych informacji je charakteryzujących.” W konkluzji – konieczność określenia standardu przez zamawiającego świadczy więc o tym, że nie da się określić jednego ustalonego standardu, o którym mowa w przepisie.

Ma rację Zamawiający, że przepisy w swojej treści nie wskazują na to, iż usługi muszą być nieskomplikowane – jednak pogląd taki jest właśnie konsekwencją tego, że im bardziej skomplikowana usługa, tym trudniej ustalić jej powszechny standard.

W uchwale KIO z 12 listopada 2009 r., sygn. KIO/KD 43/09, wskazano: „W szczególności Izba uznaje, że na gruncie Prawa zamówień publicznych usługa pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach, stanowiącą przesłankę zastosowania trybu zapytania o cenę zgodnie z art. 70 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że usługa ta nie może być świadczona przez dowolnego wykonawcę, lecz przez osoby posiadające stosowne uprawnienia budowlane w określonej specjalności, w zależności od rodzaju robót, które mają być objęte nadzorem. Istotne znaczenie mają przy tym kwalifikacje, wiedza i doświadczenie zawodowe wykonawcy. Charakter świadczonych usług wskazuje, że nie mogą one być uznane za standardowe i typowe, a z tego względu posiadać ustalone standardy jakościowe.”

W uchwale KIO z 4 grudnia 2009 r., sygn. KIO/KD 46/09, dotyczącej pokrewnej usługi (projektowania) Izba wskazała: „W ocenie KIO, przedmiotowa usługa z uwagi na jej złożoność, wynikającą tak z konieczności opracowania samej dokumentacji projektowej, ale także z prowadzenia nadzoru autorskiego, nie może być oceniana wyłącznie przez pryzmat dostępu do projektantów posiadających stosowne uprawnienia, jak uczynił to zamawiający. Przesłankę zastosowania trybu zapytania o cenę, określoną w art. 70 ustawy pzp., należy czytać łącznie, tj. nie tylko odnosząc się do dostępu do danej dostawy, czy usługi, ale także przez pryzmat istnienia ustalonych standardów jakościowych. Za niewystarczającą,

KIO uznała również argumentację zamawiającego dotyczącą stwierdzenia, że usługa posiada ustalone standardy. Wskazywane regulacje normatywne nie dotyczą całości przedmiotu świadczenia, a dodatkowo wątpliwe jest twierdzenie, iż wyznaczają one standardy jakościowe. Zakres i forma dokumentacji projektowej to jedynie wyznaczony przepisami, wymagany sposób jej przygotowania, a efekt końcowy zawsze pozostaje niewiadomą.”

Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. BDF1/4900//44/50/10/1227, wskazała: „Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach zalicza się, m.in. usługi sprzątania pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne itp. Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu było *Opracowanie projektów inżynierskich wraz, z kosztorysami i studium wykonalności inwestycji (...)*. Do zadań wykonawcy należało wykonanie szeregu usług, polegających zarówno na przeprowadzeniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych, kadrowych i finansowych niezbędnych do wdrożenia inwestycji, opracowaniu projektów budowlanych i przygotowaniu ostatecznego zakresu inwestycji wraz z kosztorysem. Reasumując, GKO podzieliła pogląd Komisji Orzekającej I instancji, że Obwiniony udzielając zamówienia w trybie zapytania o cenę naruszył rażąco art. 70 P.z.p. z uwagi na niespełnienie przesłanek powszechnej dostępności usługi oraz ustalonych standardów usługi”.

Poglądy dotyczące omawianych kwestii można znaleźć także m.in. w uchwale KIO z dnia 26 marca 2014 r., sygn. KIO/KD 21/14, z dnia 5 października 2011 r., sygn. KIO/KD 75/11, wyroku NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. II GSK 1704/13.

Na marginesie można zauważyć, że choć należy się zgodzić z Zamawiającym, iż przy tego typu usłudze nie jest łatwo sformułować i opisać inne niż cena kryteria oceny ofert, zwłaszcza tak, aby ich zastosowanie rzeczywiście miało wymierny efekt wpływający na jakość oferty, nie oznacza to, że jest to niemożliwe. W szczególności zastosowanie może mieć kryterium „organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”, wskazane w obecnej wersji art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Omówienie możliwości i sposobu zastosowania tego kryterium na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów znalazło się też w wyroku TSUE z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 *Ambisig*.”

Przykład nr 2 (KD/89/16/DKUE)

Postępowanie wszczęte w dniu 19 grudnia 2014 r., prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa wraz z montażem mebli reprezentacyjnych dla Muzeum ...”.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiot zamówienia obejmował prace związane z wykonaniem dostawy mebli reprezentacyjnych dla Muzeum ... (w tym zakup, ewentualne wytworzenie, załadunek, transport, rozładunek, wniesienie, montaż i ustawienie w pomieszczeniach wskazanych przez zamawiającego). W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów z uwzględnieniem wszystkich parametrów, potwierdzających co najmniej spełnianie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Opis dotyczący mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16, 18 miał zostać dokonany przez wykonawcę poprzez przedstawienie dokładnego rysunku warsztatowego (por. sekcja X. pkt 14 SIWZ).

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%. Zamawiający jest instytucją kultury, a więc zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1, co zobowiązywało go (por. art. 91 ust. 2a ustawy) do załączenia do protokołu postępowania (druk ZP-PN) informacji w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał tego obowiązku.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 25.07.2016 r., w piśmie z dnia 28.07.2016 r. zamawiający natomiast wskazał, iż: *„Przedmiot niniejszego zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, wobec czego dopuszczalne w jego przypadku było zastosowanie jako jedyne kryterium oceny ofert odnoszącego się do ceny dostawy. (...). W przypadku niniejszego zamówienia jego przedmiot należy uznać za powszechnie dostępny, dlatego że meble reprezentacyjne stanowią jeden z segmentów rynku, który jest dostępny w ofercie większości, jeśli nie wszystkich podmiotów trudniących się zawodowo realizacją dostaw z tej branży. Podobnie jak meble kuchenne, dziecięce czy jadalniane, meble z segmentu reprezentacyjnych mebli biurowych są i mogą być oferowane przez szeroki krąg podmiotów, zarówno prowadzących sprzedaż detaliczną, jak i hurtową,*

nastawionych na klienta indywidualnego, jak i instytucje. O powszechnej dostępności dostaw świadczy także duża ilość uzyskanych w postępowaniu ofert, daleko przekraczająca średnią ilość ofert składanych w postępowaniach przetargowych w tym czasie (...). Z kolei odnosząc się do ustalonych standardów jakości, to jasne jest, że standard jakościowy należy rozważać także w kontekście danego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem charakterystyk cechujących daną branżę czy część danego rynku. Rozważając to w stosunku do niniejszego zamówienia należy wskazać, że przedmiot zamówienia dotyczył dostawy reprezentacyjnych mebli biurowych. Jak zostało wskazane powyżej należy więc w tym kontekście brać pod uwagę obowiązujący w danej niszy rynkowej standard jakości, który może być rzecz jasna różny dla różnych segmentów rynku meblarskiego - np. inne standardy dotyczą wykonania mebli kuchennych, inne mebli wypoczynkowych, inne wreszcie dla reprezentacyjnych mebli biurowych. Nie zmienia to jednak tego, że dla poszczególnych z tych segmentów na rynku ukształtowały się właściwe dla nich standardy jakościowe. Opis przedmiotowego zamówienia dokonany w SIWZ uwzględnił właśnie poziom standardowy, który wykształcił się na rynku dostawców mebli w zakresie segmentu obejmującego meble biurowe. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo ukształtował kryteria oceny ofert. (...)

Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę mebli reprezentacyjnych, stwierdzić należy, iż cechuje je konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Wskazuje na to m.in. fakt, iż meble mają być zrobione na wymiar, ale też fakt, że część z nich charakteryzuje się specyficznym (artystycznym) wyglądem i z całą pewnością nie są to meble powszechnie wykorzystywane do standardowego wyposażenia mieszkań czy biur. Tego typu mebli nie można zaliczyć do mebli powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to meble rzadkie, przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców. Nie występują one w ofercie przeciętnej firmy meblarskiej. Również wymóg załączenia przez wykonawców do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań postawionych w SIWZ, a w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 dodatkowy wymóg, aby ww. opis został dokonany przez wykonawcę w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, wymaga od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych

produktów, np. posiadanych przez projektantów. Mając na względzie charakter przedmiotowego zamówienia, stwierdzić należy, iż w odniesieniu do większości opisanych mebli wykazanie ich powszechnej dostępności jest praktycznie niemożliwe.

Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na dostawy, do których można zaliczyć np. dostawę prostych mebli biurowych, takich jak stoły, krzesła, czy biurka posiadających zestandaryzowane parametry. Jednakże w przypadku dostaw obejmujących dostawę mebli charakteryzujących się znacznym zindywidualizowaniem, wykonywanych ręcznie jak np. „flying carpet rug”, czy też wymagających sporządzenia szczegółowych rysunków warsztatowych przedkładanych do akceptacji Inwestora, nie można mówić o powszechnej dostępności zamawianych produktów. Nadmienić przy tym należy, że liczba wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, czy też liczba złożonych w danym postępowaniu ofert nie przekłada się wprost na powszechność i dostępność danych dostaw. O powszechnej dostępności dostawy nie świadczy bowiem liczba podmiotów, od których na rynku można ją uzyskać, ale to, czy dana dostawa służy zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb przeciętnego nabywcy. Nie można w tym przypadku dowodzić istnienia szerokiego kręgu podmiotów oferujących przedmiotowe dostawy, gdyż jak wskazał sam zamawiający meble będące przedmiotem niniejszego zamówienia stanowią niszę rynkową na rynku meblarskim (pismo z dnia 28 lipca 2016 r. Ad. 4 str. 5 i 6). Nisza rynkowa oznacza bowiem „wąsko zdefiniowaną grupę klientów, którzy szukają ściśle określonych korzyści”¹, jak również „segment rynku lub jego wydzielona część, w której niewielka grupa nabywców, posiadając konkretne potrzeby, gotowa jest zapłacić wyższą cenę za dane dobro lub usługę”².

Odnosząc się z kolei do przesłanki "ustalonych standardów jakościowych" wskazać należy, iż oznaczają one powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy/dostaw, niewymagające skomplikowanego opisu. W związku z powyższym, wprowadzenie w przedmiotowym postępowaniu wymogu sporządzenia opisu dostarczanych przedmiotów również w postaci szczegółowego projektu warsztatowego, uwzględniającego warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ, świadczy o tym, iż zamawiane przedmioty nie mają ustalonych standardów jakościowych. Ponadto sama specyfika niektórych z nich w zakresie nietypowych materiałów i kształtów świadczy o braku ustalonych standardów jakościowych.

¹ Encyklopedia zarządzania. https://mfiles.pl/pl/index.php/Nisza_rynkowa

² Hasło opracowano na podstawie "Słownika Encyklopedycznego Edukacja Obywatelska" Wydawnictwa Europa. Autorzy: Roman Smolski, Marek Smolski, Elżbieta Helena Stadtmüller. ISBN 83-85336-31-1. Rok wydania 1999. http://portalwiedzy.onet.pl/61484,,,nisza_rynkowa,haslo.html

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena. W związku z czym, zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez ustalenie jako jedyne kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawy, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia nie były dostawami powszechnie dostępnych towarów o ustalonych standardach jakościowych. Ponadto nie załączono do protokołu postępowania informacji, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego do stwierdzonego naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w piśmie z dnia 20.09.2016 r. Urząd Zamówień Publicznych wskazał m.in., iż zamawiający nie kwestionuje w zastrzeżeniach, że przedmiotem zamówienia były w części meble nietypowe, o specyficznym, artystycznym wyglądzie. Ten fakt nie jest zatem przedmiotem sporu.

Zamawiający kwestionuje natomiast sposób rozumienia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Należy zatem ponownie wskazać, że przepis ten wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego jako jedyne kryterium oceny ofert, ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na dostawy.

Zawarte w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp terminy „powszechna dostępność” oraz „ustalone standardy jakościowe”, pomimo iż nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie. Biorąc pod uwagę fakt, że pojęcia „powszechnej dostępności” oraz „ustalonych standardów jakościowych” zostały użyte także w art. 70 ustawy Pzp, uzasadnione jest skorzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2a ustawy Pzp z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 28.11.2014 r. sygn. akt KIO/2395/14: „Dostawy lub usługi powszechnie dostępne dotyczą zatem dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, Studia Prawnicze, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}. Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne

i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. (...) W piśmiennictwie wskazuje się, że ustalone standardy jakościowe to przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.) bądź powtarzalne parametry technologiczne lub czynnościowe (przy usługach), chodzi o właściwości przedmiotu świadczenia, które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do transakcji skomplikowanych, jej zawarcie wystarczy poprzedzić przetargiem uproszczonym charakteryzującym się przeciętną konkurencyjnością postępowania. Nie ma przy tym znaczenia, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu), pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgodności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, *Studia Prawnicze*, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}.”

Także z innych orzeczeń KIO wynika, że termin „powszechna dostępność” powinien być rozumiany jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Natomiast rzeczy powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane. Można je nabywać bez względu na miejsce i czas, a dostęp do nich co do zasady nie jest ograniczony lub reglamentowany. W konsekwencji, przez „powszechną dostępność dostaw lub usług” należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług (por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”, podobnie uchwała KIO z dnia 5.10.2011 r., sygn. akt KIO/KD 75/11; uchwała KIO z dnia 26.08.2015 r. sygn. akt KIO/KD 47/15).

Należy również podnieść, iż KIO w uchwale z dnia 15.06.2011 r. (sygn. akt KIO/KD 49/11), omawiając pojęcie usług powszechnie dostępnych odniosła się do podaży i popytu, o których pisze zamawiający, stwierdzając, iż usługi „powszechnie dostępne” to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia i znane przeciętnemu nabywcy. Przez szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek również ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy

jakościowe, usługi te są powszechnie oferowane, co z kolei oznacza, iż popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to o nieskomplikowanym charakterze tych usług.

W świetle zwłaszcza powyższej uchwały KIO, nie można uznać, że część mebli zamawianych przez zamawiającego może być uznana za meble powszechnie dostępne o ustalonych standardach, skoro ich standard nie jest dla przeciętnego klienta łatwy do zdefiniowania, co więcej - przeciętny klient na ogół się nie orientuje, że takie meble są możliwe do kupienia i z pewnością meble te nie służą zaspokojeniu bieżących potrzeb i nie ma na nie wysokiego popytu.

W związku z przytoczonymi powyżej poglądami wyrażonymi zwłaszcza w orzecznictwie KIO, nie sposób uznać za zasadne, wyrażonego w ramach zastrzeżeń stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym *„w okresie przeprowadzenia kontrolowanego postępowania (...) przedmiotowe ograniczenia nie były poddane tak szerokiej analizie w orzecznictwie i doktrynie, a w szczególności interpretacja przesłanek wskazana przez Organ, którą uznać należy za stosunkowo daleko odbiegającą od literalnego brzmienia nowo wprowadzonych przesłanek, nie została jeszcze ukształtowana (...)”*. Nie można również uwzględnić argumentu zamawiającego wskazującego na 2-miesięczny okres obowiązywania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzającej ww. przepis (tj. od 19.10.2014r.) zamawiający był bowiem zobowiązany do jego stosowania, a ponadto, jak wskazano wyżej, w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania istniało zarówno orzecznictwo, jak i ukształtowany pogląd doktryny w zakresie interpretacji ww. terminów zawartych w art. 70 oraz w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Odnosząc się dodatkowo do przesłanki „ustalonych standardów jakościowych” wskazać należy, iż dostawy lub usługi o powszechnie ustalonych standardach jakościowych to takie, których typy lub gatunki są dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), niewymagające indywidualnego podejścia. Również KIO w wyroku z dnia 28.11.2014 r. (sygn. akt KIO/2395/14) wskazała, iż „ustalone standardy jakościowe” to m.in. powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.). Pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, iż omawianą dostawę mebli reprezentacyjnych, cechuje konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej. Świadczą o tym następujące fakty: zamawiane meble mają być zrobione na wymiar, część mebli charakteryzuje się specyficznym (artystycznym) wyglądem i nie należy do standardowych mebli, które są powszechnie wykorzystywane jako wyposażenie biur, wykonawcy zobowiązani zostali do dołączenia do oferty opisów dostarczanych produktów potwierdzających spełnianie wymagań postawionych w SIWZ, przy czym w przypadku mebli określonych w poz. 1-3, 5, 14, 16 i 18 ww. opis musiał być dokonany w postaci dokładnego rysunku warsztatowego, co wymaga od wykonawców posiadania fachowej wiedzy oraz umiejętności pozwalających na sporządzenie rysunków warsztatowych zamawianych produktów, np. posiadanych przez projektantów. W świetle powyższych faktów nie można uznać, że część zamawianych mebli jest powszechnie dostępna, powszechnie znana, wykorzystywana i ma ustalone, ogólnie znane i zestandaryzowane parametry jakościowe. Sam zamawiający wyjaśniał, że meble te stanowią niszę na rynku meblarskim, a w zastrzeżeniach dodatkowo wskazuje, że niszą jest dział rynku, w którym wykształciły się odrębne dla poszczególnych działów standardy jakości. Oznacza to, że ww. nietypowych mebli nie obowiązują ustalone, ogólnie stosowane standardy jakości, ale standardy odrębne, specyficzne dla tej niszy na rynku meblarskim. Skoro zatem zamawiający zdecydował się na połączenie w ramach jednego przedmiotu zamówienia zarówno mebli typowych, jak i mebli nietypowych, określając dla ich wyboru jedyne, cenowe kryterium oceny ofert, dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pp, który nakazuje zamawiającemu ustalenie dodatkowo pozacenowego kryterium oceny ofert dla przedmiotu zamówienia, który nie jest powszechnie dostępny i nie ma ustalonych standardów jakościowych.

W związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale z dnia 5 października 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 60/16) stwierdziła, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie. W uzasadnieniu KIO wskazała m.in., że „Tak jak ustalił Prezes Urzędu w przedmiotowym postępowaniu obowiązkowe było ustalenie dodatkowego poza cenowego kryterium oceny ofert dla przedmiotu zamówienia, albowiem we wskazywanym zakresie nie był on powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych. Niewątpliwie, mając na uwadze doktrynę i orzecznictwo powołane przez Prezesa Urzędu,

pojęcie „powszechnej dostępności” nie może odnosić się do nabywania świadczeń o indywidualnym lub nietypowym charakterze, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, wymagających indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych, jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Meble, których dotyczy w części zamówienie z całą pewnością nie są powszechnie wykorzystywane do standardowego wyposażenia mieszkań czy biur oraz nie występują w ofercie przeciętnego producenta mebli. Tak jak już wskazano te meble cechowała konieczność dostosowania zarówno przedmiotu dostawy, jak i wymaganych od wykonawców dokumentów, do indywidualnych potrzeb zamawiającego opisanych w SIWZ oraz w Szczegółowej specyfikacji technicznej”. Ponadto Izba dodała, że „Nie można także za usprawiedliwienie naruszenia przepisu uznać okresu jego obowiązywania, a mianowicie w przypadku art. 91 ust.2a – dwóch miesięcy w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Tak jak wskazał Prezes Urzędu, od dnia wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp wprowadzającej ww. przepis (tj. od 19.10.2014 r.) zamawiający był zobowiązany do jego stosowania, a ponadto, w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania istniało zarówno orzecznictwo, jak i ukształtowany pogląd doktryny w zakresie interpretacji wskazanych pojęć zawartych w art. 70 oraz w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp”.

Przykład nr 3 (KD/95/16/DKUE)

Postępowanie wszczęte w dniu 22 stycznia 2015 r., prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej dla wsi ...”.

Jak wynika z dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania, przedmiotem zamówienia była budowa kanalizacji sanitarnej. Zakres zamówienia obejmował między innymi:

- 1) Miejscowość B.: wykonanie kanalizacji grawitacyjnej PCV Ø 160, Ø 200 mm, przyłączy kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm, rurociągów tłocznych PE Ø 110 mm, pompowni ścieków, przykanalików kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm.
- 2) Miejscowość S.: wykonanie kanalizacji grawitacyjnej PCV Ø 160, Ø 200 mm, przyłączy kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm, rurociągów tłocznych PE Ø 50 mm, rurociągów tłocznych PE Ø 90 mm, pompowni ścieków, przykanalików kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm.

3) Miejscowość G.: wykonanie kanalizacji grawitacyjnej PCV Ø 160, Ø 200 mm, przyłączy kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm, rurociągów tłocznych PE Ø 50 mm, rurociągów tłocznych PE Ø 110 mm, pompowni ścieków, przykanalików kanalizacyjnych PCV Ø 160 mm.

Jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu wskazano cenę – 100%. Zamawiający nie sporządził załącznika do protokołu postępowania, w którym by wskazał, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, a w szczególności roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia, należy uznać, że roboty budowlanej polegającej m.in. na budowie kanalizacji sanitarnej nie można zaliczyć do kategorii „prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych”.

Po pierwsze, roboty takie muszą być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, zatem wykonawca musi posiadać umiejętność czytania projektu budowlanego, jak też musi posiadać wiedzę na temat technicznych aspektów wykonania przedmiotowej kanalizacji. O ile umiejętności takie mogą być powszechne w firmach zajmujących się konkretnie wskazanymi robotami budowlanymi, o tyle nie są powszechne generalnie. Sformułowanie „powszechnie dostępne” należy tymczasem odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, której dotyczy zamówienie, gdyż oczywistym jest, że w danej konkretnej branży dana robota, dostawa będzie niemal zawsze powszechnie dostępna.

Ponadto należy zauważyć, że powyższy zakres robót wymagał, aby wykonawca dysponował odpowiednim doświadczeniem, tj. wykonał co najmniej jedno zadanie polegające na budowie i/lub przebudowie kanalizacji sanitarnej o charakterze i złożoności jak przedmiot zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł lub długości min. 10.000,00 m, jak również nw. osobami, tj.:

- min. 1 osobą do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- min. 1 osobą do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
- min. 1 osobą do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej.

Wykonanie ww. robót wymaga zatem posiadania specjalistycznej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami posiadającymi specjalne uprawnienia budowlane. Tym samym, ww. roboty nie są robotami powszechnie dostępnymi, ale robotami, które mogą być

wykonane wyłącznie przez wykonawców spełniających specjalistyczne kryteria. Fakt, że roboty te nie są skomplikowane na tle innych możliwych robót budowlanych nie oznacza, że są „powszechnie dostępne” w ogóle. Ponadto roboty te muszą być wykonane zgodnie z konkretnym projektem budowlanym uwzględniającym konkretne potrzeby związane z warunkami terenowymi czy zabudową wsi, co oznacza, że roboty te nie mają także ustalonych standardów jakościowych, ale muszą być wykonane zgodnie ze standardami dostosowanymi do warunków tej konkretnej inwestycji. A zatem, przedmiot zamówienia nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wybierając jako jedyne kryterium - kryterium ceny (waga 100%), ponieważ z przedstawionych informacji wynika, że roboty budowlane, które stanowiły przedmiot udzielanego zamówienia, nie były robotami prostymi, powszechnie dostępnymi o ustalonych standardach, lecz robotami budowlanymi dostosowanymi do konkretnych potrzeb zamawiającego oraz wymagającymi od wykonawcy konkretnych umiejętności technicznych oraz posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach z zakresu budownictwa. Innymi słowy, przedmiotowe roboty budowlane nie charakteryzowały się powszechną dostępnością i ustalonymi standardami jakościowymi, albowiem uwzględniały one indywidualne potrzeby zamawiającego i specyfikę związaną z realizacją przedmiotu zamówienia i mogły być wykonane jedynie przez wyspecjalizowane firmy budowlane. Jednocześnie w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający udzielając zamówienia publicznego, jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych nie wykazał w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku kontroli.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z 5 dnia sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1300/16 - opcje

„Żądanie Odwołującego wykreślenia prawa opcji, de facto z powodu braku możliwości realizacji świadczenia przez tego wykonawcę usługi we wszystkich – potencjalnie możliwych – lokalizacjach na terenie RP należało uznać za żądanie *contra legem* do wskazywanych w odwołaniu podstaw prawnych zarzutu. Prawo opcji jest bowiem legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może, tak jak w tej sprawie, dotyczyć zwiększenia zakresu świadczenia. Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz terminy i czas wykonywana. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust.1 Pzp, albowiem z uwagi na specyficzne okoliczności, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Izba zwraca uwagę, że Prawo opcji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Izba podkreśla, że to prawem zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa Pzp, a prawo opcji, w tych warunkach jest dogodniejszym dla tego Zamawiającego instrumentem, dotyczy danej umowy, a nie odrębnej dodatkowej umowy, wnioskowanej w argumentacji przez Odwołującego. Izba zwraca ponadto uwagę, że art. 29 ust.2 ustawy Pzp nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług. W tym stanie faktycznym, z uwagi na powoływaną niemożność świadczenia z żądaniem wykreślenia prawa opcji, określenie lokalizacji, w których wykonawca – jak sam podnosił - nie dysponowałby jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia usługi, przy opisanym przedmiocie zamówienia z prawem opcji nie złożyłby

oferty na główny przedmiot zamówienia. Izba dodatkowo stwierdza, że zastrzeżenie prawa uruchomienia usługi w nowych lokalizacjach z prawa opcji, niezależnie od tego czy wykonawca dysponuje w tych lokalizacjach jakąkolwiek infrastrukturą i możliwościami technicznymi świadczenia tych usług, nie można byłoby uznać za wymóg nadmierny.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1436/16 – kryteria oceny ofert, wskazanie jednego producenta

„Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy, przez ustalenie w załączniku nr 2 do siwz kryteriów oceny ofert w sposób preferujący mammograf jednego producenta, co może utrudniać uczciwą konkurencję oraz narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również uniemożliwia wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w taki sposób dobrał parametry oceniane i ustalił zasady przyznawania punktów, aby urządzenia spełniające w mniejszym stopniu dany parametr w ogóle nie uzyskały punktów i pomija inne istotne z punktu widzenia diagnostycznego, a tym samym urządzenia lepsze nie zostaną w tym elemencie wyżej ocenione.

W części kryteria oceny dotyczyły tych parametrów, które Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złagodził, w części pozostawiając, jako kryterium oceny wyższe parametry (odległość ognisko-detektor, generator zintegrowany). Odwołujący przedłożył materiał porównawczy (zestawienie), które w związku z nakazaną Zamawiającemu zmianą utraciły na aktualności. Odnosząc się do ustalonego sposobu punktacji Izba uznała, iż Odwołujący chciał zmienić zasady punktacji, tak aby rozwiązania odbiegające w mniejszym stopniu od progu wyznaczonego przez Zamawiającego uzyskiwały również punkty, a przez to możliwe było złagodzenie różnicy w punktowej w tym kryterium. Nie kwestionował równocześnie ilości punktów jakie Zamawiający przewidział (10 pkt). W ocenie Izby, zmiana zasad mogłaby doprowadzić do konieczności wyboru urządzenia tańszego ale jednocześnie spełniającego wymagania w mniejszym stopniu, niż oczekuje tego Zamawiający, w szczególności jeżeli uwzględnić oczekiwany zakres rozbudowy o kolejne funkcje. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do stwierdzenia, jakie padło ze strony Przystępującego, iż kwestionowane kryteria oceny spełniać mogą w stopniu punktowanym jedynie te aparaty, które posiadają możliwość rozbudowy. Uwzględniając zatem ten aspekt Izba uznała, iż nie ma podstaw do

uznania, że kryteria preferują konkretne rozwiązanie, chociaż na pewno preferują urządzenia spełniające w najwyższym stopniu oczekiwania Zamawiającego. Obecne zasady oceny są jednoznaczne i przewidują przyznanie punktów tylko tym rozwiązaniom, które w najwyższym stopniu spełniają oczekiwania. Zamawiający nie musi być zainteresowany porównywaniem rozwiązań poniżej progu wyznaczonego w kryterium, co wypełnia jego prawo do ustalenia przejrzystych zasad oceny. Należy zauważyć, iż nie wszystkie urządzenia muszą uzyskać punkty w kryterium pozacenowym, co jednak nie zamyka drogi do zaoferowania urządzenia konkurencyjnego (pod względem ceny).”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016 r., sygn. akt KIO – 1016/16 – rażąco niska cena

„Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie znajdowało oparcia w wyjaśnieniach z 3.6.2016 r., jakie wykonawca złożył zamawiającemu. Z żadnego fragmentu wyjaśnień nie wynikało aby koszt świadczeń w zakresie usuwania wad odwołujący rozłożył na wszystkie pozycje tabeli kosztów. Odwołujący nie może zasłaniać się wykorzystaniem – jak się wyraził w trakcie rozprawy - sztucznej konstrukcji ujmowania kosztów. Zamawiający w treści wezwania z 31 maja 2016 r., skierowanego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyraźnie zaznaczył, że oczekuje od wykonawcy przedstawienia szczegółowego obliczenia składowych kosztów oraz ich uzasadnienia, a zatem zaprezentowania kosztów o charakterze realnym. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia składane przez wykonawców w trybie art. 90 ustawy Pzp, mają służyć przekonaniu zamawiającego, że cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną realną. Wykonawca nie może zatem powoływać się na sztuczne konstrukcje, a zwłaszcza na takie, których treść nie jest komunikowana odbiorcy oświadczenia. Jeżeliby nawet założyć, że odwołujący zamierzał zastosować taką sztuczną konstrukcję, to ze względu na jej charakter fakt wykorzystania takiej metody należało zakomunikować odbiorcy oświadczenia. W razie zaniechania takiego obowiązku odwołujący nie mógł oczekiwać, że odbiorca oświadczenia domyśli się, iż wykonawca zastosował – jak sam przyznaje – sztuczną konstrukcję ukazywania kosztów. Faktem natomiast jest to, że to w opisie pozycji 3 tabeli kosztów wykonawca wyraźnie zawarł zapis odnoszący się do „gwarancji” i „serwisu”, zatem – w braku innych wskazówek – zamawiający miał nie tylko prawo ale i obowiązek uznać, że pracochłonność odnośnie tych elementów ujęto właśnie w tej pozycji.

Nie można było się zgodzić z argumentacją odwołującego, jakoby koszty usuwania wad (świadczeń gwarancyjnych) miały być niepoliczalne. W ocenie Izby wysokość tego rodzaju kosztów była możliwa do oszacowania w oparciu choćby o dane historyczne w zakresie liczby zgłoszeń reklamacyjnych. Danymi tymi odwołujący dysponował, gdyż jak wynikało z treści wyjaśnień z 3.6.2016 r. - oprogramowanie oferowane przez niego w znacznej części miało być oparte na gotowych komponentach. Nawet gdyby jednak założyć, że danymi takimi wykonawca nie dysponował, to można było przyjąć koszty usuwania wad jako procent wartości w stosunku do kosztów dostarczenia licencji na oferowane oprogramowanie, na podstawie uproszczonych, szacunkowych danych dotyczących obsługi gwarancyjnej innych aplikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dostrzegł, iż odwołujący nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów dostarczania aktualizacji i upgrade oprogramowania a także kosztów usuwania wad. Treść wyjaśnień, jakie odwołujący złożył zamawiającemu nie świadczyła o tym, aby koszty takie skalkulowano. Zatem zamawiający, kierując się treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, miał obowiązek stwierdzić, iż cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż nie wykazano mu faktu przeciwnego. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r. , sygn. akt: KIO 1229/16 – czyn nieuczciwej konkurencji

„Działanie Przystępującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 5-17 uznk. Jednak działanie takie należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami za poszczególne okresy, będące podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części dotyczącej 24 miesięcy II okresu przenoszone są do innych pozycji wykonywanych w toku realizacji I okresu zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla

Zamawiającego. Choć SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych szczegółowych zapisów, to właśnie tę lukę zdaje się wykorzystał Przystępujący. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla Zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Z dużym prawdopodobieństwem Zamawiający zapłaci za wykonanie prac z II okresu, już w pierwszych 6 miesiącach wykonywania zamówienia. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk. W danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy Przystępującego polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczаныmi okresami wykonywania usługi spowoduje, że cena za część I jest wygórowana, a cena za część II jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającego. Takie zachowanie można uznać za próbę obejścia wprowadzonego do zapisów SIWZ przez Zamawiającego zakazu zaliczkowania. Choć zaliczka, jak słusznie stwierdził Przystępujący, charakteryzuje się otrzymaniem wypłaty przed rozpoczęciem świadczenia, to właśnie w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca otrzymałby część wynagrodzenia za okres II, już w pierwszych miesiącach realizacji świadczenia.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie, należy stwierdzić, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ zasad wynagradzania musiała prowadzić do wniosku, iż nie było dopuszczalne manipulowanie cenami w taki sposób, że część ceny za 24 miesiące została podana w sposób nieuzasadniony na poziomie niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, a część znacząco zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem takiej operacji jest zamierzona optymalizacja, sprowadzająca się do zamysłu otrzymania wyższego wynagrodzenia w pierwszych 6 miesiącach realizacji umowy.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1346/16 – naruszenie art. 92 ust. 1

„Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne wykluczenia z postępowania Odwołującego, wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu z dnia 18 lipca 2016 r. (wraz ze sprostowaniem) Izba stwierdziła, iż Zamawiający żadnych podstaw faktycznych, dokonanej przez siebie czynności, właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie, że wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, prawidłowo nie uzupełnił dokumentów.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał konkretnych powodów wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. nie wskazał, które dokumenty złożone przez Odwołującego są nieprawidłowe lub z jakich powodów informacje w nich podane uznaje za niewystarczające. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pośrednio wadliwość samej czynności ze względu na zaniechanie jej należytego uzasadnienia potwierdzał sam Zamawiający, przekazując Izbie pisemną odpowiedź na odwołanie, gdzie wymieniano szereg konkretnych okoliczności faktycznych, które zdaniem Zamawiającego winny skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania. W świetle powyższego, podanie tego typu informacji od razu, w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, było możliwe i nie nastroczało żadnych trudności.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez brak podania podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania, co spowodowało wadliwość samej czynności wykluczenia z postępowania.

W zakresie naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez brak podania faktycznego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania Izba prezentuje pogląd tożsamy, z tym wyrażonym w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 17 października 2014 r. o sygnaturze akt KIO 2028/14, którego argumentację należy uznać za aktualną również w odniesieniu do rozpoznawanego stanu faktycznego: *„Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp. (...)”*

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1624/16 – informacja o wyniku postępowania

„Nie jest bowiem zadaniem Izby ogólne weryfikowanie zaoficerowanej ceny, z uwzględnieniem wszystkich aspektów i okoliczności (jest to zadanie Zamawiającego), a wyłącznie ustalenie, czy czynność Zamawiającego, w świetle przedstawionego przez niego uzasadnienia, była prawidłowa. W związku z powyższym nie sposób podzielić stanowiska Przystępującego, że nie ma znaczenia, czy wskazywane przez niego okoliczności były ustalone i zakomunikowane wykonawcy przez Zamawiającego. Wskazać przy tym należy na treść art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Nie mogą być więc podstawą rozstrzygnięcia Izby okoliczności, które nie były podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego i nie zostały mu zakomunikowane zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zostały sformułowane dopiero w toku postępowania odwoławczego przez uczestnika tego postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r, sygn. akt: KIO 1040/16 – wadium, błąd literowy w gwarancji ubezpieczeniowej w oznaczeniu zamawiającego

„Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego jest prawidłowa – dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zabezpiecza w pełni interesy Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko, że ze względu na abstrakcyjność stosunku gwarancji, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, iż w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda*, *paremia clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji ubezpieczeniowej

mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia. Określona interpretacja treści gwarancji, np. przyjmowanie pewnego znaczenia wskazanych w niej przesłanek zatrzymania wadium, zakresu zabezpieczenia, a nawet nazw i oznaczeń, która nie odwołuje się do *causae* czynności, ale dotyczy ustalania samej treści gwarancji, nie przekreśla wcale jej abstrakcyjnego charakteru.

Tak też w zastanym przypadku, interpretacja okoliczności jakiego przetargu przedmiotowa gwarancja dotyczy jest samonarzucająca, naturalna, oczywista, intuicyjna i jedyna możliwa. Stanowisko, że rzeczona gwarancja dotyczy jakiegoś dokonywanego przez Gminę K., remontu mostu drogowego na rzece K., w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości (...)..., a tym samym, że na pewno nie dotyczy prowadzonego przez Gminę remontu mostu drogowego na rzece K., w km 0+175 na drodze gminnej nr 600406K w miejscowości (...)... - nie jest warte komentowania.

Również hipostazowanie, że gwarant może odmówić realizacji obowiązków gwarancyjnych pod pretekstem, iż wystawiona przezeń gwarancja dotyczy innego postępowania niż przetarg prowadzony przez Zamawiającego, pozbawione jest podstaw. W ocenie Izby tego typu działanie towarzystwa ubezpieczeniowego nie mieściłoby się w jakichkolwiek standardach i miernikach oceny działalności ubezpieczeniowej, ustalonych zwyczajach kupieckich panujących w tym segmencie rynku, czy zasadach współżycia społecznego. Przyjmowanie takiej możliwości może być sensownie rozpoznawane jedynie na gruncie logiki modalnej i ontologii możliwości, a nie jako możliwość w rozumieniu podmiotowego uprawnienia do określonego działania związanego z istnieniem bądź nieistnieniem danego zobowiązania gwarancyjnego. Jeśli ubezpieczyciel odmówiłby wypłaty sumy gwarantowanej z powodu braku w treści wystawionej przezeń gwarancji dwóch liter w nazwie rzeki, nad którą most jest remontowany, oznaczałoby to, że mógłby odmówić realizacji gwarancji pod jakimkolwiek innym, równie absurdalnym, pretekstem.

Tego typu rozumienie i stosowanie prawa juryści rzymscy określali krótko i celnie: *summum ius, summa iniuria.*”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1259/16 – uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - sprzeciw

„W wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izłą, czyli 20.07.2016 r., nie stawił się Przystępujący. Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izłą - Konsorcjum P., tj. Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o

terminie posiedzenia (co miało miejsce 15.07.2016 r. – dowód w aktach postępowania), należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia Przystępującego po stronie Zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu Przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy Przystępującego po stronie Zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Inaczej mówiąc, Przystępujący po stronie Zamawiającego, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron, Izba nie wzywała oddzielenie Przystępującego po stronie Zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu.

W konsekwencji, w niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący po stronie Zamawiającego (gdyby był obecny) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego po stronie

Zamawiającego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Izba uznaje także, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący po stronie Zamawiającego, rozumie status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i zna wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Zamawiający, nadto oświadczył na posiedzeniu, że przesłał Przystępującemu po jego stronie w dniu 19.07.2012 r. faxem swoją odpowiedź na odwołanie w ramach której uwzględnia odwołanie w całości (dowód na ta okoliczność został przedłożony na posiedzeniu). Izba wskazuje, że nie pozostało to bez wpływu na jej stanowisko. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 marca 2016 r., sygn. akt II Ca 19/16 – opis przedmiotu zamówienia

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 2036/15 – unieważnienie postępowania

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 20/16 – oferta niezgodna z siwz, opis przedmiotu zamówienia

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Gliwicach z dnia 3 czerwca 2016 r., sygn. akt X Ga 40/16/za – interes, termin związania ofertą

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 9/2016

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2016 – 30.09.2016

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	79 502	12 839	92 341
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / na podwykonawstwo	52	82	134
O udzieleniu zamówienia	77 419	13 108	90 527
O konkursie	64	18	82
O wynikach konkursu	48	159	207
O zmianie ogłoszenia	25 259	9 540	34 799
O koncesji na usługi / roboty budowlane	28	10	38
O zamiarze zawarcia umowy	2 523	483	3 006
O zmianie umowy	0	13	0
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	397	397
O profilu nabywcy	-	74	74
RAZEM	184 895	36 723	221 605

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	40,33%	5,24%	35,40%
Dostawy	32,49%	57,56%	36,01%
Usługi	27,18%	37,20%	28,59%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,09%	96,26%	98,69%
Przetarg ograniczony	0,59%	3,22%	0,96%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	0,33%	0,08%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,19%	0,04%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,00%	0,00%
Licytacja elektroniczna	0,26%	-	0,23%

Kryteria oceny ofert – TED
(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	9%	12%	8%	10%
Cena i inne kryteria	91%	88%	92%	90%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	35,16%	4,52%	30,71%
Dostawy	33,66%	52,31%	36,37%
Usługi	31,18%	43,17%	32,92%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	87,91%	86,81%	87,76%
Przetarg ograniczony	0,45%	3,25%	0,85%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,02%	1,06%	0,17%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,05%	8,85%*	1,33%
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,03%	0,01%
Wolna ręka	9,92%	-	8,48%
Zapytanie o cenę	1,43%	-	1,22%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,00%	0,00%
Licytacja elektroniczna	0,21%	-	0,18%

* - w tym wolna ręka

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,43%
Administracja rządowa terenowa	2,48%
Administracja samorządowa	40,84%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	0,07%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,23%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,78%
Uczelnie publiczne	5,95%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	21,50%

Kategorie zamawiających	Udział
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,00%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	1,86%
Inny	23,86%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	21,16%	26,39%	52,46%
Administracja rządowa terenowa	16,50%	39,96%	43,54%
Administracja samorządowa	50,61%	12,30%	37,09%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	46,27%	28,36%	25,37%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	36,97%	28,91%	34,12%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	20,14%	26,38%	53,48%
Uczelnie publiczne	19,35%	56,02%	24,63%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,59%	68,03%	22,37%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,00%	100,00%	0,00%
Zamawiający sektorowy	10,58%	42,36%	47,06%
Inny	22,78%	44,72%	32,50%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	77,66	0,66	0,07	0,15	0,00	18,98	2,26	0,00	0,22
Administracja rządowa terenowa	83,98	0,21	0,00	0,05	0,00	12,63	2,49	0,00	0,64
Administracja samorządowa	88,57	0,29	0,02	0,04	0,01	9,82	0,94	0,00	0,31
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	86,96	0,00	0,00	0,00	0,00	11,59	1,45	0,00	0,00
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	92,89	0,00	0,00	0,00	0,00	5,69	1,42	0,00	0,00
Organ kontroli państwowej lub ochrony	73,05	0,71	0,00	0,99	0,00	11,63	13,62	0,00	0,00

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
prawa, sąd lub trybunał									
Uczelnie publiczne	88,67	0,26	0,00	0,00	0,00	8,30	2,64	0,00	0,13
Podmiot prawa publicznego	87,39	1,05	0,02	0,00	0,00	10,32	0,73	0,00	0,48
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	92,26	0,11	0,01	0,06	0,00	7,15	0,41	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Zamawiający sektorowy	100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Inny	85,57	0,87	0,04	0,07	0,01	11,20	2,20	0,00	0,04

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	3	3 x usługi	2 107 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Czechy	11	6 x dostawy 5 x usługi	8 464 149 EUR
Dania	1	1 x usługi	brak danych
Estonia	3	1 x dostawy 2 x usługi	226 702 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	434 000 EUR
Francja	1	1 x dostawy	1 553 392 EUR
Grecja	2	2 x usługi	348 551 EUR
Holandia	3	3 x dostawy	brak danych
Irlandia	1	1 x usługi	brak danych
Luksemburg	3	3 x usługi	4 972 950 EUR
Litwa	2	1 x roboty budowlane 1 x dostawy	11 738 913 EUR
Łotwa	3	3 x dostawy	9 138 308 EUR
Niemcy	11	4 x roboty budowlane 4 x dostawy 1 x usługi 2 x konkurs	15 623 555 EUR w części ogłoszeń brak danych
Portugalia	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 961 117 EUR
Rumunia	1	1 x usługi	1 470 000 EUR
Węgry	3	2 x dostawy 1 x usługi	69 794 002 EUR w części ogłoszeń brak danych
Wielka Brytania	2	1 x dostawy 1 x usługi	6 383 552 EUR
Włochy	4	4 x dostawy	73 214 000 EUR
Razem	57	5 x roboty budowlane 28 x dostawy 22 x usługi 2 x konkurs	207 430 191 EUR

* - dane na podstawie siedziby wykonawcy wskazanej w treści ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED). Nie podlega badaniu struktura kapitałowa wykonawcy.

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			
Austria			10	17 019 438	3	3 533 050			13	20 552 488
Belgia			29	17 318 350	1	5 842 405			30	23 160 755
Bułgaria			3	1 894 105					3	1 894 105
Chiny	3	264 400 000	3	1 794 962					6	266 194 962
Czarnogóra			1	14 128 600					1	14 128 600
Czechy	2	211 788 099	40	122 653 293	7	14 498 661			49	348 940 053
Cypr			3	13 497 000	3	7 792 800	5	13 403 350	11	34 693 150
Dania			5	17 549 564	3	23 744 513			8	41 294 077
Estonia					1	169 387 695			1	169 387 695
Finlandia	1	38 547 499	4	13 869 640					5	52 417 139
Francja			28	18 895 995	13	58 775 191	1	b.d.	42	77 671 186
Hiszpania	4	496 810 187	2	92 400 168	12	97 041 317	1	8 103	19	686 259 775
Holandia			15	15 206 943	3	259 733 434			18	274 940 377
Irlandia			15 7	17 492 190	2	3 863 539			159	21 355 729
Izrael			2	1 853 656	1	459 239			3	2 312 895
Kanada			2	16 450 000					2	16 450 000
Litwa			2	2 044 947					2	2 044 947
Luksemburg			3	5 921 118					3	5 921 118
Niemcy	1	6 720 000	83	152 350 961	9	131 682 027	1	b.d.	94	290 752 988
Norwegia					1	840 000			1	840 000
Portugalia			2	2 562 971					2	2 562 971
Rumunia			1	4 297 721					1	4 297 721
Słowacja			4	9 242 821	2	1 241 363			6	10 484 184
Szwajcaria			29	15 391 277	1	259 399			30	15 650 676
Szwecja			5	112 239 917					5	112 239 917
Turcja			2	b.d.					2	b.d.
USA			5	172 604 703	8	94 745 804			13	267 350 507
Węgry			1	422 718					1	422 718
Wielka Brytania			11 4	23 335 761	14	35 491 703			128	58 827 464
Włochy	5	1 618 791 011	43	77 171 551	2	5 253 709	1	b.d.	51	1 701 216 271
Zjednoczone Emiraty Arabskie					2	12 988 800			2	12 988 800
Razem	16	2 637 056 796	59 8	959 610 372	88	927 174 648	9	13 411 453	711	4 537 253 270

* - dane na podstawie siedziby wykonawcy wskazanej w treści ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED). Nie podlega badaniu struktura kapitałowa wykonawcy.

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	62	
Zakończone	61	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	39	64%
Stwierdzono naruszenia	22	36%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	7	32%
zalecenie usunięcia naruszeń	15	68%
naruszenia formalne (bez zaleceń)		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	139	
Zakończone	103	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	12	12%
Stwierdzono naruszenia	91	88%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	43	-

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)

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	13	
Zakończone	13	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	2	15%
Stwierdzono naruszenia	11	85%
w tym:		
uchybenia formalne	10	91%
zalecenie unieważnienia	1	9%
zawiadomienie RDFP	5	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	514	
Zakończone	794	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	143	18%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 843	
Rozpatrzono ogółem	1 886	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	158	8%
Odrzucone	63	3%
Umorzone postępowanie	346	18%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	302	16%
Oddalone	612	33%
Uwzględnione	405	22%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2016 r.	2015 r.
Roboty budowlane	23%	18%
Dostawy	31%	36%
Usługi	46%	46%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2016 r.	2015 r.
Liczba wniesionych skarg	89	123
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	6%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Izabela Fundowicz Joanna Orzeł
Wojciech Michalski Renata Dzikowska
Katarzyna Anna Węclawska
Białobrzaska
pod kierunkiem Anity Wichniak-Olczak

KONTAKT:

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