

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wrzesień 2010 r.

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

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

Spis treści

AKTUALNOŚCI.....	2
➤ XX FORUM EKONOMICZNE W KRYNICY ZDRÓJ.....	2
➤ WEJŚCIE W ŻYCIE USTAWY DOTYCZĄCEJ UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ INSTYTUCJOM GOSPODARKI BUDŻETOWEJ.....	3
➤ KONSULTACJE W SPRAWIE INICJATYWY KOMISJI EUROPEJSKIEJ DOTYCZĄCEJ KONCESJI	3
➤ UWZGLĘDNIENIE SKARGI KASACYJNEJ PREZESA UZP OD WYROKU WOJEWÓDZKIEGO SĄDU ADMINISTRACYJNEGO W WARSZAWIE UCHYLAJĄCEGO DECYZJĘ PREZESA UZP O NAŁOŻENIU KARY PIENIĘŻNEJ 4	4
➤ NOWA STRONA INTERNETOWA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	4
PRAWO EUROPEJSKIE	5
NOWE KRYTERIA W ZAKRESIE ZIELONYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	5
ORZECZNICTWO ETS W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	9
OPINIE PRAWNE.....	11
WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW	11
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	15
ZASTOSOWANIE TRYBU ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI NA PODSTAWIE (ART. 67 UST. 1 PKT 1 LIT. B) USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	15
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	34
BIEŻĄCE ORZECZNICTWO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ I SĄDÓW OKRĘGOWYCH	34
ANALIZY SYSTEMOWE	40
BIULETYN INFORMACYJNY URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 01.01.2010 – 31.08.2010.....	40

AKTUALNOŚCI

➤ XX Forum Ekonomiczne w Krynicy Zdrój

W dniach 8-11 września 2010 r. w Krynicy Zdrój odbyło się XX Forum Ekonomiczne poświęcone szansom, jakie niesie dla Europy Traktat Lizboński.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pan Jacek Sadowy, aktywnie uczestniczył w tym ważnym wydarzeniu, jako panelista w dyskusji zatytułowanej „*Środkowoeuropejski Korytarz Transportowy CETC-Route 65. Nowa makroregionalna koncepcja na rzecz zwiększania konkurencyjności i spójności UE*”. Moderatorem panelu był Pan Ryszard Antoni Legutko (Poseł Parlamentu Europejskiego), w skład którego obok Prezesa UZP weszli paneliści: Pan Mike Danson (Profesor Uniwersytetu West of Scotland z Wielkiej Brytanii), Pan Marek Gróbarczyk (Poseł Parlamentu Europejskiego), Pan Michael Gschnitzer (Dyrektor Sprzedaży Międzynarodowej Kapsch TrafficCom z Austrii), Pan Thomas Lantz (Wiceprzewodniczący Parlamentu, Region Skane ze Szwecji). Celem panelu było zaprezentowanie inicjatywy CETC-Route65 jako przykładu europejskiej współpracy regionalnej na wielu poziomach – od samorządów, poprzez biznes, aż po zaangażowanie UE. W trakcie dyskusji wskazano na korzyści płynące z realizacji makroregionalnej osi transportowej dla rozwoju gospodarczego oraz zwiększenia konkurencyjności regionów i spójności Unii Europejskiej.

Forum Ekonomiczne w Krynicy poprzedziło w dniach 7-8 września Forum Innowacji w Rzeszowie, w którym Prezes Urzędu wziął również udział. Jeden z paneli Forum Innowacji poświęcony był w całości zamówieniom publicznym. Panelowi zatytułowanemu „*Na ile zamówienia publiczne kreują rozwój innowacyjności?*” przewodniczył Pan Zbigniew Rynasiewicz (Poseł na Sejm RP, Szef Komisji Infrastruktury), a udział w nim oprócz Prezesa Urzędu wzięli także: Pani Bożena Lubińska – Kasprzak (Prezes PARP), Pan dr Henryk Nowicki (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Pan Krzysztof Witoń (Pełnomocnik Zarządu ds. Rozwoju Sieci Szerokopasmowej, Telekomunikacja Polska S.A.).

W trakcie dyskusji Prezes Urzędu wskazał na zasadnicze znaczenie zamówień publicznych dla podnoszenia innowacyjności produktów oraz wzrostu konkurencyjności przedsiębiorstw na rynku europejskim. Ponad 120-miliardowa wartość polskiego rynku zamówień

publicznych może o wiele efektywniej wpływać na rozwój innowacyjności niż inne sposoby jej wspierania. Prezes Urzędu zwrócił uwagę na to, iż ustawa zawiera szereg instrumentów mogących wpływać na innowacyjność zamówienia takich jak możliwości wyboru oferty również w oparciu o inne niż cenowe kryteria jak np. jakość, możliwości korzystania z trybu dialogu konkurencyjnego, konkursu oraz możliwości dopuszczania składania ofert wariantowych. Zaznaczona została również rola innowacyjnego sposobu wyboru wykonawcy poprzez zastosowanie aukcji lub licytacji elektronicznej. Prezes Urzędu zapowiedział również inicjatywę wdrożenia do polskiego porządku krajowego tzw. dialogu technicznego.

Forum Innowacji było podsumowaniem dotychczasowych działań służących zarządzaniu procesem innowacji w wymiarze globalnym oraz pokazywało szanse rozwoju i aktywności poszczególnych regionów, firm i jednostek organizacyjnych w zakresie wdrażania innowacji i budowania wzrostu gospodarczego.

➤ **Wejście w życie ustawy dotyczącej udzielania zamówień instytucjom gospodarki budżetowej**

Z dniem 16 września 2010 r. wchodzi w życie [ustawa z dnia 6 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych \(Dz. U. Nr 161, poz. 1078\)](#), która nowelizuje przepis art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).

➤ **Konsultacje w sprawie inicjatywy Komisji Europejskiej dotyczącej koncesji**

Komisja Europejska zamieściła na swej stronie internetowej **kwestionariusz**, który ma posłużyć do przeprowadzenia konsultacji w sprawie ewentualnej inicjatywy w zakresie koncesji.

Celem konsultacji jest zebranie spostrzeżeń i doświadczeń dotyczących koncesji w celu oceny funkcjonowania i ewentualnego usprawnienia obowiązujących regulacji.

Konsultacje, które potrwać **od dnia 5 sierpnia 2010 roku do 30 września 2010 roku**, są skierowane do instytucji zamawiających, partnerów społecznych oraz przedsiębiorców.

Aby wziąć udział w konsultacjach należy wejść na stronę Komisji, pobrać odpowiedni kwestionariusz i po wypełnieniu (*najlepiej w języku angielskim, francuskim lub niemieckim; akceptowane będą również odpowiedzi w pozostałych oficjalnych językach UE*) odesłać na adres e-mail podany na stronie.

[Pozostałe informacje oraz kwestionariusze](#) do wypełnienia na stronie internetowej Komisji Europejskiej.

➤ **Uwzględnienie skargi kasacyjnej Prezesa UZP od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie uchylającego decyzję Prezesa UZP o nałożeniu kary pieniężnej**

Naczelny Sąd Administracyjny [wyrokiem z dnia 11 czerwca 2010 r.](#) (sygn. akt II GSK 635/09) na skutek skargi kasacyjnej Prezesa UZP uchylił wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2009 r. (sygn. akt V SA/Wa 2809/08), na mocy którego uchylona została decyzja Prezesa UZP z dnia 19 sierpnia 2008 r. w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej na Katowicki Holding Węglowy S.A. z tytułu udzielenia zamówienia publicznego na dostawę obudów ścianowych w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

➤ **Nowa strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych**

W dniu 6 sierpnia 2010 r. ruszyła nowa strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl. Zapraszamy do zapoznania się z zamieszczonymi na niej informacjami.

PRAWO EUROPEJSKIE

NOWE KRYTERIA W ZAKRESIE ZIELONYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE uwzględnianie **kryteriów środowiskowych** w procedurach przetargowych ma na celu przyczynianie się do ochrony środowiska oraz promowania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania przez instytucje zamawiające zamówień o najkorzystniejszej relacji jakości do ceny.

Dyrektywa ta przewiduje możliwość uwzględniania kwestii środowiskowych w kolejnych fazach procedury udzielania zamówień publicznych:

- a) Opis przedmiotu zamówienia
- b) Kwalifikacja wykonawców
- c) Kryteria udzielenia zamówienia
- d) Warunki realizacji zamówienia.

Ad a) OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Artykuł 23 dyrektywy 2004/18/WE - Specyfikacje techniczne

Specyfikacje techniczne mogą być określane m.in. w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko. Parametry takie muszą być jednak dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia.

W przypadku gdy instytucje zamawiające określają sposób oddziaływania na środowisko w kategoriach charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności, mogą one wykorzystać szczegółowe specyfikacje lub, jeżeli jest to konieczne, ich części, określone w ekoetykietach europejskich lub (wielo-) narodowych albo w jakichkolwiek innych ekoetykietach, pod warunkiem że:

- specyfikacje te umożliwiają odpowiednie zdefiniowanie dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia,
- wymagania dotyczące etykiet określa się na podstawie informacji naukowych,
- ekoetykiety przyjmowane są zgodnie z procedurą, w której mogą brać udział wszystkie zainteresowane strony, takie jak instytucje rządowe, konsumenci, producenci dystrybutorzy oraz organizacje związane z ochroną środowiska, oraz
- są one dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron.

Instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, że produkty i usługi opatrzone ekoetykietami uznaje się za zgodne ze specyfikacjami technicznymi określonymi w dokumentach zamówienia; muszą one przyjąć wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję.

Ad b) KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW

Artykuł 48 dyrektywy 2004/18/WE - Środki zarządzania środowiskiem

Kwalifikacje techniczne, zawodowe wykonawców

Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane i na usługi oraz wyłącznie w stosownych przypadkach, poprzez wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia.

Artykuł 50 dyrektywy 2004/18/WE - Normy zarządzania środowiskiem, EMAS

W przypadku gdy instytucje zamawiające (w sytuacjach stosowania środków zarządzania środowiskiem) wymagają przedstawienia zaświadczeń sporządzonych przez niezależne instytucje zajmujące się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z niektórymi wspólnotowymi normami zarządzania środowiskiem, odwołują się one do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez organy działające zgodnie z prawem wspólnotowym lub europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Ad c) KRYTERIA UDZIELENIA ZAMÓWIENIA

Artykuł 53 dyrektywy 2004/18/WE - Kryteriami udzielenia zamówienia są:

- w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji;
lub

- wyłącznie najniższa cena

Kryteria takie są stosowane pod warunkiem, że:

- dotyczą przedmiotu zamówienia,
- nie mogą przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru,
- są wyraźnie określone,
- wskazane w ogłoszeniu i dokumentacji przetargowej,
- zgodne z prawem UE / podstawowymi zasadami traktatowymi.

Ad d) WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA

Artykuł 26 dyrektywy 2004/18/WE - Warunki realizacji zamówienia

Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych.

Komisja Europejska (DG Środowisko) zakończyła proces opracowywania kryteriów w ramach zielonych zamówień publicznych dla **8 nowych grup produktów obejmujących:**

- (1) Telefony komórkowe;
- (2) Kogeneracja;
- (3) Izolacja termiczna;

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 9/2010

- (4) Panele ścienne;
- (5) Twarde pokrycia podłogowe;
- (6) Okna;
- (7) Oświetlenie drogowe i sygnalizacja świetlna;
- (8) Materiały do nawierzchni drogowych oraz znaki drogowe.

Nowe wspólne kryteria, wraz z raportami wprowadzającymi są dostępne w wersji angielskiej na stronie KE pod linkiem:

http://ec.europa.eu/environment/gpp/second_set_en.htm

Sektory, dla których **wcześniej opracowano wspólne kryteria to:**

- (1) Budownictwo;
- (2) Żywność;
- (3) Transport i usługi transportowe;
- (4) Energia;
- (5) Urządzenia biurowe i komputery;
- (6) Odzież, uniformy i inne wyroby włókiennicze;
- (7) Papier i usługi drukarskie;
- (8) Meble;
- (9) Środki czyszczące i usługi w zakresie sprzątnia;
- (10) Ogrodnictwo oraz usługi w tym zakresie.

ORZECZNICTWO ETS W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Orzeczenie z dnia 3 czerwca 2010 roku w sprawie C-203/08

Artykuł 49 WE – Ograniczenie swobodnego świadczenia usług – Gry losowe – Organizowanie gier losowych przez Internet – Regulacja zastrzegająca zezwolenie dla jednego podmiotu – Przedłużenie zezwolenia bez zastosowania zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych – Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości – Zastosowanie w dziedzinie gier losowych.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy interpretacji art. 49 WE. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Sporting Exchange Ltd, działającą pod nazwą „Betfair”, z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie, a Minister van Justitie (Ministrem Sprawiedliwości) w przedmiocie oddalenia przez tego ostatniego, po pierwsze, wniosków tej spółki o zezwolenie na organizowanie gier losowych w Niderlandach, a po drugie, odwołania, jakie wniosła ona od decyzji o udzieleniu zezwoleń dwóm innym podmiotom.

W wyroku Trybunał wskazał m. in.:

(39) **Według obecnego stanu prawa Unii umowy koncesyjne na usługi nie podlegają żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca Unii uregulował materię zamówień publicznych.** Niemniej jednak organy administracji publicznej zawierające takie umowy **zobowiązane są do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE, zwłaszcza postanowień art. 49 WE, a w szczególności wynikających z niego zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązku przejrzystości** (zob. podobnie wyroki: z dnia: 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. s. I-10745, pkt 60–62; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Eurawasser*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 44; a także z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 33).

(40) Wskazany obowiązek przejrzystości ma zastosowanie, w sytuacji gdy dana koncesja na usługi może być przedmiotem zainteresowania przedsiębiorcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim niż państwo, w którym koncesja ma zostać udzielona (zob. podobnie wyrok z dnia 21 czerwca 2005 r. w sprawie *Coname*, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17 oraz ww. wyrok w sprawie *Wall*, pkt 34).

(41) Nie oznaczając konieczności przygotowania zaproszenia do składania ofert, ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na instytucji udzielającej koncesji, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (*zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25; ww. wyrok w sprawie Wall, pkt 36*).

(47) Jak to bowiem podniósł rzecznik generalny w pkt 154 i 155 swej opinii, obowiązek przejrzystości jawi się jako wstępny i bezwzględny warunek prawa państwa członkowskiego do udzielenia jednemu lub kilku prywatnym podmiotom gospodarczym wyłącznego prawa do wykonywania działalności gospodarczej, niezależnie od trybu wyboru tych podmiotów. Powinien on mieć zastosowanie również w ramach reżimu zezwolenia na rzecz jednego podmiotu, przyznawanego przez władze państwa członkowskiego w wykonaniu uprawnień z zakresu utrzymywania porządku publicznego, bowiem skutki takiego zezwolenia względem przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich, które byłyby potencjalnie zainteresowane wykonywaniem tej działalności, są takie same jak skutki umowy koncesyjnej.

OPINIE PRAWNE

Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Od warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Warunki udziału w postępowaniu określone zostały przez ustawodawcę w sposób ogólny, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych. Tymczasem każde postępowanie o zamówienie publiczne różni się od siebie choćby pod względem przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd. W postępowaniu o zamówienie publiczne konieczna jest zatem konkretyzacja przez zamawiającego warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Konkretyzacja ta dokonuje się poprzez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków stanowi kryteria oceny, jakimi zamawiający będzie się kierował przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przeciwieństwie do warunków udziału, ich opis określony jest przez zamawiającego. Należy przytoczyć wyrok SO w Poznaniu z dnia 31 marca 2006 r., sygn. akt II Ca 168/06, w którym stwierdzono, iż „Słusznie zauważa pełnomocnik zamawiającego w odpowiedzi na skargę, iż z treści przepisu art. 22 ust.

1 Pzp można wyinterpretować normę prawną, której uszczegółowienie jest możliwe dopiero w zestawieniu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli bowiem ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tym podmiotom, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji tego przepisu jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwi prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście zatem jest, iż sposób oceny oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia, co z kolei wyklucza możliwość stosowania automatycznie tych samych kryteriów w toku każdego postępowania.” W kolejnym wyroku z dnia 5 października 2005 r. sygn. akt V Ca 1021/05 Sąd Okręgowy stwierdził, iż: „co do wymagań odnośnie potencjału technicznego wykonawcy w zakresie sprzętu i liczby pracowników o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Miały one na celu zagwarantowanie terminowości i jakości prac. Nie istnieje nadto przepis zakazujący zawierania takich warunków w siwz. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi jedynie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wprowadza więc zakazu określenia przez zamawiającego w siwz minimum wymaganego potencjału technicznego i ludzkiego. (...) W ocenie Sądu Okręgowego żądanie zamawiającego sprowadza się do przedstawienia wyżej wymienionej informacji, a sprecyzowanie liczby i rodzaju urządzeń oraz liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia nie jest sprzeczne z powoływanym wyżej przepisem.

Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków z jednej strony pomaga zamawiającemu w wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. Opis oceny spełniania warunków służy jednak również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunków. Opis oceny spełniania warunków stanowi bowiem dla zamawiającego wiążące przesłanki jakimi jest obowiązany kierować się przy dokonywaniu takiej oceny. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (pomijając już to, iż stanowiłoby to naruszenie ustawy) prowadziłby do dowolności w ocenie spełniania warunków przez wykonawców, a zarazem stwarzałby możliwość podejmowania decyzji arbitralnych, naruszających interes

poszczególnych wykonawców. Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednakże nie każde ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, będzie stanowiło naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy. Bowiem, ograniczenie to musi być uzasadnione w sposób obiektywny, wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego mających swoje źródło w zakresie przedmiotowym zamówienia, jego trudności i przyjętych w przepisach prawa lub ustalonych zwyczajach wymaganiach dla podmiotów wykonujących tego rodzaju czynności lub prowadzących tego rodzaju działalność. Brak sformułowania w postępowaniu przez zamawiającego jakiegokolwiek warunku w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej i ekonomiczno – finansowej prowadzi w konsekwencji do konieczności udzielenia zamówienia każdemu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, ma prawo do występowania w obrocie prawnym i posiada przewidziane w ustawach szczególnych uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Jakkolwiek zamawiający nie ma obowiązku mnożenia zbędnych, mogących utrudniać sprawne przeprowadzenie postępowania warunków udziału, to jednak powinien wziąć pod uwagę okoliczność, iż w przypadku gdy z uprawnienia sformułowania i doprecyzowania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 nie skorzysta, nie będzie miał żadnych możliwości weryfikacji i zakwestionowania dopuszczenia do wykonywania zamówienia wykonawcy, który spełnianie warunków udziału w postępowaniu zadeklaruje, tj. złoży stosowne oświadczenie wymagane przepisami ustawy”.

Co więcej, opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien

być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

Ponadto, opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków z dnia 26 lutego 2003 r., Sygn. akt: V Ca 221/03; Sąd Okręgowy stwierdził, iż „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich niespełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.” Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Warunki określone w art. 24 ust. 1 są na tyle jednoznaczne, iż nie wymagają one dalszego opisu przez zamawiającego. Stąd też, w stosunku do tych warunków, zamawiający poprzestaje jedynie na ewentualnym żądaniu stosownego oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Powyższe potwierdza art. 26 ust. 2a ustawy, który wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z kolei w myśl rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału.

A zatem mając na uwadze powyższe rozważania, należy uznać, iż zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, ale jedynie tych, które uważa za niezbędne dla zagwarantowania rzetelnego wykonania zamówienia.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy – Prawo zamówień publicznych

Przystępując do omawiania przesłanki umożliwiającej udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie zamówienia wolnej ręki, warto jest rozważania rozpocząć od szerszego spojrzenia na regulacje prawne odnoszące się do sfery zamówień publicznych, gdyż osnowa ta powinna mieć istotne znaczenie przy interpretacji poszczególnych norm, wchodzących w skład regulacji prawnych związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na cele, które przyświecały ustawodawcy przy pracach nad obowiązującym obecnie podstawowym aktem prawnym w zakresie zamówień publicznych, którym jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ (zwana dalej „Pzp”).

Zgodnie z uzasadnieniem do rządowego projektu ustawy² celami jej uchwalenia było:

- zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych uwzględniającej zróżnicowanie mechanizmów udzielania zamówień zależnie od ich wartości,
- pełne dostosowanie polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej,
- rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne,
- likwidacja zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień.

Z uwagi na fakt, iż z momentem akcesji do Unii Europejskiej, Polska stała się członkiem rynku wspólnotowego, konieczne jest uwzględnienie celów prawodawstwa unijnego mającego zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności

¹ T. j. – Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759

² Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 2218, s. 1 (<http://orka.sejm.gov.pl>)

dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych³ (dalej „dyrektywa sektorowa”) oraz dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁴ (dalej „dyrektywa klasyczna”). Akapit 2 dyrektywy klasycznej wskazuje, iż *udzielanie zamówień, na które w Państwach Członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.*

Przywołane powyżej cele oraz zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w przepisach Pzp, zarówno bezpośrednio w rozdziale 2 „Zasady udzielania zamówień”, jak również w poszczególnych przepisach ustawy regulujących procedurę udzielania zamówienia publicznego. Jednym z fundamentalnych przepisów, mających znaczenie dla realizacji tych zasad jest art. 10 Pzp ustanawiający zasadę prymatu procedur otwartych. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zaś ust. 2 stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Należy przy tym podkreślić, że pozostałe przywołane powyżej zasady i cele powinny być uwzględniane przy ocenie zasadności wyboru trybu innego niż przetarg nieograniczony lub ograniczony.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jako tryb niekonkurencyjny stanowi odstępstwo od zasad obowiązujących w sferze zamówień publicznych i przesłanki jego stosowania, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zarówno sądów krajowych jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „ETS”), powinny być interpretowane ściśle, zaś ciężar udowodnienia, iż zachodzą okoliczności uzasadniające skorzystanie z wyjątku spoczywa na

³ Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. s. 1

⁴ Dz. U. L 134 z 30 kwietnia 2004 r. s. 114

podmiocie, który chce z niego skorzystać⁵. Ze skorzystaniem z trybu zamówienia z wolnej ręki łączy się, poza wyjątkami określonymi w Pzp, obowiązek zawiadomienia o tym fakcie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) na podstawie art. 67 ust. 2 Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu, w którym nie dopełniono tego obowiązku stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych w świetle art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.⁶ Jeżeli na podstawie informacji zawartych w zawiadomieniu Prezes UZP uzna, iż istnieje uzasadnione podejrzenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik może, na podstawie art. 165 ust. 1 Pzp, wszcząć kontrolę doraźną takiego postępowania. Jeżeli w wyniku kontroli stwierdzone zostanie, że udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło z naruszeniem przepisów dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (naruszenie określone w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych), Prezes UZP kieruje zawiadomienie do właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych, jak również może zastosować środki przysługujące mu z mocy ustawy (powództwo o stwierdzenie nieważności umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp lub nałożyć karę pieniężną na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp).

Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazane zostały w art. 67 ust. 1 Pzp. Jedną nich jest podstawa wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b). Przepis ten mówi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Z treści przepisu wynika zatem, iż zastosowanie na jego podstawie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

1. przedmiot zamówienia może być zrealizowany jedynie przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz
2. ochrona praw wyłącznych musi wynikać z przepisów ustawowych.

⁵ Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01; wyrok ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 oraz wyrok ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58

⁶ Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.

Pierwsza ze wskazanych wyżej przesłanek, zgodnie z przyjętymi przez Komitet Europejski Rady Ministrów na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2006 r., a opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych (UZP) w oparciu o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i sądów polskich *Wytycznymi dotyczącymi interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki*, przesłanka wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b), oznacza, iż zamawiający powinien wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw, świadczenia usług lub wykonania robót budowlanych, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny, a także obiektywny. Nie bierze się pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania, jakim się ona cieszy u zamawiającego. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Stanowisko takie zajął NSA w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. II GSK/7/06) Należy podkreślić, iż dokonując tej oceny, należy uwzględnić nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej.

Druga z przytoczonych przesłanek mówi, iż ochrona praw wyłącznych musi wynikać z odrębnych przepisów. Należy przyjąć, że zakresem tego przepisu będą objęte wyłącznie sytuacje, w których ochrona taka wynika z przepisów ustawowych. W szczególności zaś ochrona taka nie może wynikać ze stosunku zobowiązaniowego⁷. Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza zatem stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w każdej sytuacji, gdy przedmiot zamówienia objęty jest ochroną praw wyłącznych, lecz jedynie w sytuacjach, gdy obowiązek ochrony tych praw wynika z przepisów innych ustaw⁸.

⁷ M. Winiarz „Prawo zamówień publicznych – Orzecznictwo zakresie dyscypliny finansów publicznych”; Warszawa 2009, s. 47

⁸ Ibidem

Lista aktów prawnych, które zawierają przepisy przewidujące ochronę określonych praw, nie ma charakteru zamkniętego. Wśród najczęściej przywoływanych w tym kontekście ustaw należy wskazać: ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁹, ustawę z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej¹⁰, ustawę z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe¹¹ czy ustawę z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹² czy ustawę z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin¹³. Nie wyklucza to, iż ochronę praw wyłącznych można wywodzić z zapisów innych obowiązujących aktów prawnych.

Badając okoliczność występowania ochrony praw wyłącznych, należy uwzględniać również postanowienia porozumień międzynarodowych, z zakresu których stroną jest Rzeczpospolita Polska (np. Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej¹⁴ czy Konwencja o udzielaniu patentów europejskich¹⁵).

Z uwagi na fakt, iż najczęstszym przypadkiem, przywoływanym przez zamawiających w przekazywanych do Prezesa UZP zawiadomieniach o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) jest ochrona praw wynikająca z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej „PrAut”), w dalszej części niniejszego opracowania uwaga zostanie skupiona na tej regulacji, na przykładzie zamówień, których przedmiotem są systemy informatyczne oraz prace architektoniczne.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 PrAut, przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Zgodnie z art. 2 pkt 6

⁹ T. j. – Dz. U. 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

¹⁰ T. j. – Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

¹¹ T. j. – Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.

¹² T. j. – Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

¹³ Dz. U. Nr 137 poz. 1300 z późn. zm.

¹⁴ Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej z dnia 20 marca 1883 r. zmieniona w Brukseli dnia 14 grudnia 1900 r., w Waszyngtonie dnia 2 czerwca 1911 r., w Hadze dnia 6 listopada 1925 r., w Londynie dnia 2 czerwca 1934 r., w Lizbonie dnia 31 października 1958 r. i w Sztokholmie dnia 14 lipca 1967 r. - Akt sztokholmski z dnia 14 lipca 1967 r. (Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 51)

¹⁵ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim), sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., zmieniona aktem zmieniającym artykuł 63 Konwencji z dnia 17 grudnia 1991 r. oraz decyzjami Rady Administracyjnej Europejskiej Organizacji Patentowej z dnia 21 grudnia 1978 r., 13 grudnia 1994 r., 20 października 1995 r., 5 grudnia 1996 r. oraz 10 grudnia 1998 r., wraz z Protokołami stanowiącymi jej integralną częścią (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737), Akt z dnia 29 listopada 2000 r. rewidujący Konwencję o udzielaniu patentów europejskich, sporządzoną w Monachium dnia 5 października 1973 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 236, poz. 1736)

PrAut przedmiotem prawa autorskiego są utwory architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne oraz urbanistyczne. Prawa autorskie do utworu przysługują jego twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej (art. 8 ust. 1 PrAut). Prawa autorskie zostały rozdzielone na autorskie prawa osobiste oraz autorskie prawa majątkowe. Autorskie prawa osobiste, zgodnie z art. 16 PrAut, chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do:

- 1) autorstwa utworu;
- 2) oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo;
- 3) nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania;
- 4) decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności;
- 5) nadzoru nad sposobem korzystania z utworu.

W odróżnieniu od praw osobistych, prawa autorskie majątkowe (wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu – art. 17 PrAut) mogą zostać przeniesione na inne osoby zarówno poprzez czynności *inter vivos* (np. umowa licencyjna), jak i *mortis causa* (dziedziczenie). Dla celów niniejszego opracowania istotne znaczenie będzie miała kwestia przeniesienia praw autorskich w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 PrAut umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione. Jest to przepis o tyle istotny, iż w przypadku niewłaściwego skonstruowania zapisów umowy, może on powodować szereg komplikacji w późniejszym etapie korzystania z przedmiotu zamówienia. Na zamawiającym na etapie przygotowania postępowania spoczywa zatem obowiązek takiego skonstruowania projektu umowy, który będzie uwzględniał nie tylko jego bieżące potrzeby, które mają być zaspokojone poprzez realizację zamówienia, lecz również dalszą eksploatację oraz rozwój obiektu, który powstanie w wyniku zamówienia (np. budynku bądź systemu informatycznego). Jest to zadanie trudne i wymagające, jednak staranność przy jego wykonaniu umożliwi uniknięcie narażenia się na roszczenia ze strony twórcy przy pracach związanych z utworem w toku jego rozwoju lub modyfikacji, w miarę pojawiania się kolejnych potrzeb nieprzewidzianych w momencie

realizacji pierwotnego przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony wyeliminuje to ryzyko naruszenia zasad oraz przepisów, obowiązujących w sferze zamówień publicznych.

Sposoby korzystania z utworu określono w art. 49 oraz 50 PrAut. Art. 49 ust 1 przewiduje, iż jeżeli w umowie nie określono sposobu korzystania z utworu, powinien on być zgodny z charakterem i przeznaczeniem utworu oraz przyjętymi zwyczajami, natomiast ust 2 stanowi, iż następca prawny, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy, czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić. Dotyczy to odpowiednio utworów, których czas ochrony autorskich praw majątkowych upłynął. Przepis art. 49 ust. 1 PrAut spełnia rolę generalnej klauzuli interpretacyjnej, pozwalającej "dookreślić" treść praw i obowiązków stron umowy. Znajduje on zastosowanie przy wszystkich rodzajach umów autorskich, tj. zarówno przy umowach przenoszących autorskie prawa majątkowe, jak i przy umowach licencyjnych. Dotyczy też takich umów, które nie są przez strony określane jako umowy mające za przedmiot prawa autorskie (np. umów o udzielenie zamówienia publicznego), lecz które wywołują skutki w sferze prawa autorskiego. Z kolei art. 49 ust. 2 PrAut ułatwiać ma rozstrzygnięcie kolizji między interesami nabywcy autorskich praw majątkowych a wykonywaniem przez twórcę prawa do integralności utworu¹⁶. Chodzi tu w szczególności o prawo twórcy do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania, wskazane w art. 16 pkt 3. Przepisy te mogą okazać się niezwykle pomocne szczególnie w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego, w których nie zostały wystarczająco precyzyjnie określone pola eksploatacji utworu powstałego w ich wyniku. Termin "oczywista konieczność" ma charakter zobiektywizowany (co podkreśla przymiotnik "oczywista"), co nie przeczy jednak temu, że należy zawsze kryterium to rozpatrywać w świetle okoliczności konkretnego przypadku. Trzeba przy tym brać pod uwagę m. in.:

- a) rodzaj utworu;
- b) to, czy zamierzona umową eksploatacja utworu jest możliwa bez wprowadzania zmian;
- c) to, czy w chwili zawierania umowy strony miały świadomość konieczności wprowadzenia zmian;

¹⁶ J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, 2001, wyd. II.

- d) jakie byłyby konsekwencje niewprowadzania zmian z punktu widzenia realizacji autorskich uprawnień majątkowych przez następcę prawnego.

Dla legalności wprowadzania zmian nie wystarcza sama "oczywista konieczność"; muszą to być nadto zmiany tego rodzaju, którym twórca nie miałby słusznej podstawy się sprzeciwić. "Słuszna podstawa" do sprzeciwu twórcy jest kryterium zobiektywizowanym, a więc oderwanym np. od szczególnej drażliwości twórcy. Za słuszną podstawą sprzeciwu przemawiać może charakter dokonanych zmian, nawet niezbędnych dla eksploatacji utworu czy to ze względów technicznych, czy ze względu na odbiorcę, ale które istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Twórca może słusznie sprzeciwiać się także tym koniecznym zmianom w utworze, gdy następca prawny w chwili zawierania umowy wiedział, iż niezbędne będzie ich wprowadzenie, lecz twórcy o tym nie uprzedził. Nie stanowi natomiast naruszenia prawa do integralności wprowadzenie do utworu przez następcę prawnego twórcy takich zmian koniecznych (nieuniknionych), np. z punktu widzenia technicznego, którym twórca nie miałby słusznej podstawy się sprzeciwić (co do których brak jego zgody należałoby kwalifikować jako nadużycie prawa)¹⁷.

Kwestii granic dozwolonych zmian dotyczył szereg orzeczeń polskich sądów. W orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 1997 r. (ACr 23/97, nie publ.), uznano, iż „wymiana elewacji podyktowana była oczywistym złym stanem technicznym dotychczasowej elewacji. Strona pozwana nie wykazała, że z punktu widzenia technicznego konieczna była tak daleko idąca zmiana, polegająca na usunięciu poziomych fragmentów muru, które nadawały elewacji charakterystyczną i przemyślaną formę. Tylko wówczas strona pozwana mogłaby się od odpowiedzialności uwolnić, gdyby udowodniła, że właśnie taka zmiana była konieczna i nie można było jej w procesie modernizacji elewacji uniknąć”.

W orzecznictwie polskim uznano, iż nie doszło do naruszenia autorskich dóbr osobistych:

- projektanta jachtu, ze względu na dokonanie zmian technologicznych projektu, utrzymujących jednak kształt kadłuba jachtu i wygląd innych elementów zewnętrznych (nie publ. wyrok SN z dnia 20 czerwca 1988 r., II CR 178/88);

¹⁷ Ibidem

- twórcy projektu wnętrza, ze względu na dokonanie zmian w urządzeniu mieszkania przez użytkownika (nie publ. wyrok SN z 27 czerwca 1988 r., I CR 159/88).

Błędne jest zatem przyjmowanie założenia, iż twórca projektu architektonicznego jest jedynym uprawnionym do dokonywania jakichkolwiek prac związanych z tym projektem. Oczywiście każdy przypadek powinien być badany indywidualnie, zarówno ze względu na charakter utworu oraz specyfikę prac z nim związanych, jednak przyjmowanie, iż w każdej sytuacji prace takie jako jedyny uprawniony może wykonać twórca utworu pierwotnego, należy uznać za nieprawidłowe. Założenie takie pojawia się w toku działalności kontrolnej Prezesa UZP, czego przykładem niech będzie kontrola, co do której opinię wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) w uchwale dnia 7 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 23/10).

Przedmiotowa kontrola dotyczyła legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, dla postępowania którego przedmiotem było wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie jest częścią kompleksowej realizacji zadania inwestycyjnego: „Modernizacja Stadionu Miejskiego”. Zamawiający wskazał, iż w związku z tą inwestycją zaproszony do negocjacji wykonawca realizował uprzednio zamówienia, których przedmiotem było:

- 1) zaprojektowanie I trybuny Stadionu Miejskiego wraz z zapleczem handlowo-usługowym i socjalno-użytkowym oraz zadaszeniem;
- 2) zaprojektowanie dalszego etapu modernizacji Stadionu Miejskiego – opracowanie koncepcji rozbudowy całego stadionu, zaprojektowanie III trybuny, trzeciego poziomu widowni nad II trybuną wraz z wszystkimi łącznikami i zadaszeniem całego stadionu zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym i wymaganiami UEFA
- 3) dodatkowe prace projektowe dotyczące rozbudowy Stadionu Miejskiego.

Zamawiający zaznaczył, że umowy zawarte w ramach wskazanych wyżej zamówień nie obejmowały swoim zakresem wykonania aranżacji wnętrz trybun.

Wskazując art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp jako podstawę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, zamawiający podniósł, iż wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wymagało ingerencji w istniejącą dokumentację projektową,

której w ocenie Zamawiającego przysługuje ochrona prawnoautorska na podstawie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt.1 lit.b) uzasadniono również kwestią odpowiedzialności wykonawcy za kompleksowo wykonany projekt.

W opinii Prezesa UZP w sprawie, będącej przedmiotem kontroli, zamawiający nie wykazał, że zachodzą przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, wynikające z odrębnych przepisów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b Pzp. Prezes UZP wyraził opinię, że do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o tą przesłankę konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony praw wyłącznych uregulowanych w odrębnych przepisach, a także że nie wystarczy by przedmiot zamówienia był objęty ochroną prawa wyłącznego, lecz istotne jest również wykazanie, że istnienie praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia właśnie temu podmiotowi. W ocenie Prezesa UZP konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek – istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy.

Zdaniem Prezesa UZP nie można było uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, jeśli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu, tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa, miały swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Prawidłowa interpretacja powołanej przesłanki udzielenia zamówienia wymaga, aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi od czynności prawnych i innych działań zamawiającego. Działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes UZP wskazał także, iż w świetle postanowień umów z chwilą odbioru dokumentacji projektowej na zamawiającego przeszły prawa autorskie w zakresie zastosowania go do budowy Stadionu Miejskiego. Ponadto Prezes UZP wskazał, że nawet w sytuacji, gdyby wykonawca zastrzegł prawa do realizowania utworów bez przeniesienia autorskich praw majątkowych to i tak nie mogło to stanowić przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, bowiem konieczność powierzenia realizacji zamówienia polegającego na sporządzeniu dodatkowej dokumentacji projektowej nie może wynikać z

zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów, w szczególności w zakresie przejścia autorskich praw majątkowych na zamawiającego. W ocenie Prezesa UZP skoro przedmiotowe zamówienie dotyczyło projektów wnętrz (co potwierdził zamawiający w wyjaśnieniach) tj. rzuty, lokalizacje elementów, projekty podłóg i posadzek – detale, rzuty sufitów podwieszanych – zestawienia i detale, przekroje ogólne i szczegółowe, rozwinięcia instalacji wewnętrznych, kolorystykę ścian i elementów, oznakowania i oznaczenia ewakuacyjne, detale ścian, zestawienia urządzeń, zestawienia wyposażenia, zestawienia urządzeń sanitarnych i armatury, zestawienia źródeł światła, zestawienia akcesoriów elektrycznych, zestawienia wyposażenia, zestawienia i detale urządzeń, aranżacja wnętrz, to w takim stanie faktycznym nie można mówić o ścisłym powiązaniu przedmiotowego zamówienia z uprzednio realizowanymi przez zaproszonego wykonawcę projektami w zakresie wykraczającym poza niezbędne kwestie techniczne. Ponadto, jak podał Prezes UZP, nawet zakładając istnienie takiego powiązania, niedopuszczalne byłoby udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przywoływany przepis ze względu na zakres odpowiedzialności, jaki ciąży na wykonawcy. Zakres ten jest bowiem ustalany przez strony przy zawieraniu umowy cywilnoprawnej i może on być, z zastrzeżeniami przewidzianymi przepisami prawa, określony swobodnie. Działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z Pzp, a ich sankcjonowanie prowadzić mogłoby do patologii systemu zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego jest dziełem zależnym poprzednich projektów. Prezes UZP nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, iż wykonanie projektów architektury wnętrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego zgodnie z postanowieniami zawartych umów naruszałoby prawo integralności utworu twórcy. W ocenie Prezesa UZP, nawet traktowanie przedmiotowego zamówienia jako zmiany utworu nie uzasadniałoby konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki. Na gruncie art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim zakaz dokonywania zmian w utworze nie ma bowiem charakteru bezwzględnie. Możliwość taka istnieje w sytuacji, gdy zmiana utworu spowodowana jest oczywistą koniecznością, a twórca w okolicznościach danej sprawy nie ma słusznej podstawy im się sprzeciwić. Należy podkreślić, iż „słuszna podstawa” do sprzeciwu twórcy powinna mieć charakter zobiektywizowany i może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy dokonane zmiany istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Tym samym, nie było przeszkód

do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od takiego wyniku kontroli, wskazując, że dokonana przez Prezesa UZP ocena stanu faktycznego stwierdzająca niewystąpienie przesłanek niezbędnych do zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp była wadliwa. Zamawiający podał, iż Prezes UZP dokonał nieprawidłowego ustalenia, iż prawa wyłączne wynikają ze zdarzeń, za jakie odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. z zawartych uprzednio umów z wykonawcą i że z uwagi na istnienie tych zobowiązań zamówienie w trybie z wolnej ręki jest niedopuszczalne. Zamawiający wskazał, iż każda zmiana utworu narusza autorskie prawa osobiste i prawo autora do integralności utworu, a tym samym narusza więź twórcy z autorem i może prowadzić do zniekształcenia zamysłu twórczego, tym samym projekt architektury wnętrza stanowi ingerencję w pierwotny projekt architektoniczny.

Odnosząc się do informacji o wyniku kontroli przekazanej, zamawiający ponadto podniósł, iż organ nieprawidłowo dokonał rozróżnienia autorskich praw majątkowych i osobistych, a wskazanie art. 49 ust. 2 zd.1 ustawy o prawie autorskim zostało dokonane w sposób wybiórczy i w oderwaniu od przesłanek dopuszczalności jego zastosowania. Zamawiający podniósł, że organ poza odwołaniem się do brzmienia ww. przepisu nie dokonał rozważań o charakterze faktycznym na gruncie konkretnego stanu faktycznego i pozostających z nim rozważań prawnych. Zamawiający podniósł fakt, że projekt architektury wnętrza stanowi ingerencję w pierwotny projekt architektoniczny i z uwagi na ochronę praw autorskich do utworu koniecznym było udzielenie zamówienia autorowi utworu pierwotnego.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej i przekazał je do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej, która po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w niniejszej sprawie wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

KIO wskazała, że podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są tryby konkurencyjne, a przesłanki zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki należy traktować, jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły. Wielokrotnie Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r. Sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok z dnia 1 października 2001, Sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001,

Syg. akt III RN 16/01) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01 lub wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Przesłanka, na jaką powoływał się zamawiający, upoważnia do udzielania zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Przy czym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b Pzp może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności, tj. usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) Pzp nie wystarczy wykazać, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) Pzp jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. W rozpatrywanym przypadku oczywistym jest istnienie konkurencji na rynku usług projektowych, a zatem istnieje potencjalna możliwość realizacji tego zamówienia przez inny niż wskazany przez zamawiającego podmiot. Izba stoi na stanowisku, że kontraktowa ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 b) Pzp i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym wcześniej zawarto tę umowę.

Analizując przytoczone postanowienia zawartych dotychczas umów przez Zamawiającego z zaproszonym wykonawcą, Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że zgodnie z chwilą odbioru dokumentacji projektowej na zamawiającego przechodzą prawa autorskie majątkowe w zakresie zastosowania go do budowy Stadionu Miejskiego. Ponadto Izba stwierdziła, że nawet gdyby hipotetycznie nie doszło do faktycznego przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego, to okoliczność ta nie mogłaby stanowić także przesłanki do skutecznego powołania się na dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) Pzp. Autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być bowiem przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegecje umów zawartych z autorem.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że przyjęcie iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę z uwagi na ochronę praw autorskich jest podmiot, który wykonał poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna. Podobne stanowisko wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 roku (sygn. akt II GSK 7/06), gdzie wskazano *„praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej reki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawa zamówień publicznych przez jednostki tego sektora, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”*.

Przedmiot zamówienia obejmował, jak słusznie zauważył Prezes UZP, stworzenie nowego utworu, nowych projektów architektonicznych dotyczących wnętrza stadionu, a nie modyfikację projektów już istniejących. Tym samym Izba nie podzieliła zarzutu zamawiającego naruszenia autorskich praw osobistych w rezultacie konieczności wprowadzenia zmian w dotychczasowych projektach.

Izba podzieliła także stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że nawet gdyby traktować, choć jest to co najmniej wątpliwe, przedmiotowe zamówienie jako zmianę utworu, to nie uzasadnia to również konieczności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z przepisami Pzp. W oparciu o art. 49 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, istnieje bowiem możliwość dokonywania zmian w utworze, jeżeli spowodowane są oczywistą koniecznością i twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) Pzp, zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki i nie istnieją żadne przeszkody faktyczne i prawne, aby wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego nastąpiło zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W podobnym tonie KIO wyraziła się również w uchwale z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 9/09).

Oddzielną część rozważań należy poświęcić prawom autorskim związanym z programami komputerowymi, gdyż tym zagadnieniom poświęcone są szczególne uregulowania, zamieszczone w rozdziale 7 PrAut. Przede wszystkim art. 77 wyłącza wobec programów komputerowych stosowanie zarówno art. 16 pkt 3, jak i art. 49 ust. 2 PrAut. Należy podkreślić, że przepisy tego rozdziału stanowią transpozycję Dyrektywy Rady EWG 91/250/EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych¹⁸.

Zgodnie z art. 74 ust. 4 Pr Aut, autorskie prawa majątkowe do programu komputerowego, z zastrzeżeniem przepisów art. 75 ust. 2 i 3, obejmują prawo do:

- 1) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie; w zakresie, w którym dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie, czynności te wymagają zgody uprawnionego;
- 2) tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała;
- 3) rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii.

Z kolei art. 75 PrAut przewiduje w ust. 1, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, czynności wymienione w art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2 nie wymagają zgody uprawnionego, jeżeli są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym do poprawiania błędów przez osobę, która legalnie weszła w jego posiadanie. W doktrynie ¹⁹ przyjmuje się, iż legalny dysponent programu (chodzi tu przede wszystkim o nabywcę kopii programu i licencjobiorcę) może bez zgody podmiotu prawa autorskiego zwielokrotnić program w całości lub części, a także tłumaczyć, przystosowywać i zmieniać go w tym

¹⁸ Dz. U. L 122 z 17.5.1991, str. 42

¹⁹ J. Barta [...] Ustawa o prawie autorskim

zakresie, w jakim jest to niezbędne do korzystania z programu zgodnie z jego przeznaczeniem. Wśród działań tego rodzaju należy uwzględnić w szczególności:

- a) "zwykle" stosowanie programu w komputerze,
- b) poprawianie błędów,
- c) testowanie programu pod kątem widzenia kwestii "zakażenia wirusami" i usuwanie tych wirusów,
- d) zmienianie parametrów programu wywołane zmianą standardów lub wymogów,
- e) dostosowanie programu do wymogów nowych wersji sprzętu komputerowego,
- f) integrowanie programu z innymi stosowanymi programami.

Powyższe wyliczenie nie stanowi katalogu "czynności [...] niezbędnych do korzystania z programu" w rozumieniu art. 75 ust. 1, lecz jedynie jest wykazem zachowań, które trzeba brać pod uwagę, stosując ten przepis. W praktyce o zakresie dozwolonego eksploataowania programu w ramach art. 75 ust. 1 należy orzekać odrębnie na gruncie każdego konkretnego przypadku. Określenie "przeznaczenie programu" (w rozumieniu art. 75 ust. 1) powinno być interpretowane nie tylko na podstawie badania samego programu, lecz także przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności i celu umowy, na podstawie której dany program został udostępniony.

Uprawnienia legalnego dysponenta programu określone powyżej mogą być wyłączone w całości lub w części umową. Najczęściej chodzi tu o umowę (licencyjną lub sprzedaży egzemplarza programu), na podstawie której dysponent uzyskał prawo korzystania z programu. Restrykcje umowne w tym zakresie powinny być jednak rozpatrywane w świetle przepisów ustawy z 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (Dz. U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403).

W niezwykle istotnym art. 75 ust. 2 PrAut wskazane zostały czynności, których można dokonać niezależnie od postanowień umowy bez zezwolenia uprawnionego. Czynnościami takimi są :

- 1) sporządzenie kopii zapasowej, jeżeli jest to niezbędne do korzystania z programu komputerowego. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, kopia ta nie może być używana równocześnie z programem komputerowym;

- 2) obserwowanie, badanie i testowanie funkcjonowania programu komputerowego w celu poznania jego idei i zasad przez osobę posiadającą prawo korzystania z egzemplarza programu komputerowego, jeżeli, będąc do tych czynności upoważniona, dokonuje ona tego w trakcie wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania programu komputerowego;
- 3) zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki:
 - a) czynności te dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz,
 - b) informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa pod lit. a,
 - c) czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania.

Zabezpieczeniem dla twórcy programu przed bezprawnym użyciem informacji o programie, uzyskanych w toku czynności wskazanych powyżej jest art. 75 ust. 3 PrAut, który zabrania:

- 1) wykorzystania ich do innych celów niż osiągnięcie współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;
- 2) przekazania ich innym osobom, chyba że jest to niezbędne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego;
- 3) wykorzystania ich do rozwijania, wytwarzania lub wprowadzania do obrotu programu komputerowego o istotnie podobnej formie wyrażenia lub do innych czynności naruszających prawa autorskie.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 76 PrAut postanowienia umów sprzeczne z art. 75 ust. 2 i 3 PrAut są nieważne.

Spośród wskazanych powyżej czynności najważniejsze znaczenie dla sfery zamówień publicznych w zakresie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp ma czynność opisana w art. 75 ust. 2 pkt 3 PrAut. W nauce używa się

dla niej określenia dekompilacja programu (*ang. reverse engineering*). Czynność ta pozwala bowiem, przy spełnieniu przesłanek ustawowych, na ingerencję w kod oprogramowania, która to ingerencja nie powoduje naruszenia praw autorskich jego twórcy. Zgodnie z preambułą do dyrektywy 91/250/EWG „należy wnioskować, że w tych ograniczonych przypadkach wykonywanie powielania i translacji przez lub w imieniu osoby uprawnionej do używania kopii programu, jest prawnie dozwolone i zgodne z uczciwymi praktykami i nie uważa się za wymagające zgody uprawnionego, zaś celem tego wyjątku jest umożliwienie połączenia różnych części składowych systemu komputerowego, włącznie z pochodzącymi od różnych producentów tak, aby mogły wspólnie funkcjonować”.

Przepisy powyższe dają tym samym możliwość udzielania zamówień na usługi lub dostawy związane z systemami informatycznymi w trybach konkurencyjnych i zapobiega powstawaniu zjawiska „uzależnienia” zamawiającego od pierwotnego wykonawcy systemu lub producenta sprzętu lub oprogramowania. Często są bowiem przypadki, w których konieczność przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp uzasadniane są koniecznością udzielenia ochrony prawom autorskim twórcy oprogramowania bądź systemu pierwotnego. Należy podkreślić, że uzależnienie to w wielu wypadkach jest konsekwencją niewłaściwego przygotowania postępowania i udzielenia zamówienia publicznego. Z tej przyczyny Prezes UZP, przygotował *Rekomendacje dotyczące udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne*²⁰. W rekomendacji R.7.3 czytamy, iż zaleca się aby SIWZ i umowa z wykonawcą określały obowiązek:

- przeniesienia w całości autorskich praw majątkowych do zakupywanego systemu, łącznie z prawem na udzielania zezwoleń na wykonywanie zależnego prawa autorskiego. Zamawiający w zależności od swoich potrzeb powinien szczegółowo i jednoznacznie określić pola eksploatacji obejmujące autorskie prawa majątkowe (np. uprawniające zamawiającego do modyfikacji systemu, jego kodów źródłowych itp.);
- przeniesienie praw powinno dotyczyć również kodów źródłowych w stosunku do nowoutworzonego systemu, jego swobodnej modyfikacji. Jednocześnie, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę w umowie do wydania kodów źródłowych oraz

²⁰ http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;420;wytyczne_dot._udzielania_zamowien_publicznych.html

pełnej dokumentacji technicznej systemu, najlepiej z chwilą odbioru przez zamawiającego systemu;

- warunki gwarancji jakości powinny być tak zapisywane, by nie ograniczyć lub wyłączyć uprawnień zamawiającego z posiadania autorskich praw majątkowych, tj. modyfikacja systemu, jego kodów źródłowych nie powinna mieć wpływu na uprawnienia zamawiającego wynikłe z gwarancji udzielonej przez wykonawcę;
- w zawieranej umowie powinna być jednocześnie uregulowana kwestia ewentualnego przeniesienia na zamawiającego praw do licencji lub sublicencji programów komputerowych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania zamawianego systemu. Postanowienia przyszłej umowy powinny zawierać takie zapisy, aby warunki udzielanych przez wykonawcę licencji nie stanowiły bariery do dokonania modyfikacji lub rozbudowy oprogramowania.”

Analiza zawiadomień przekazywanych Prezesowi UZP wskazuje w wielu przypadkach na wadliwe przywoływanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp jako podstawy do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Jednakże rosnąca świadomość zamawiających, a także działalność informacyjna oraz kontrolna, prowadzona przez Prezesa UZP, powinny stopniowo prowadzić do wyeliminowania tego negatywnego zjawiska. Nie bez wpływu na zastosowanie powyższej przesłanki pozostanie również fakt, iż zgodnie z podstawowymi zasadami traktatowymi, następować będzie stopniowe otwarcie na swobodną konkurencję kolejnych gałęzi rynku, dotychczas poddanych działalności regulacyjnej (np. liberalizacja rynku usług pocztowych, rynku przewozów kolejowych czy rynku energii). Wszystkie te przyczyny powinny, zgodnie z przywołanymi na wstępie zasadami obowiązującymi w sferze zamówień publicznych, doprowadzić do ograniczenia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych

Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1553/10 dotyczący m.in. potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

„(...) Izba uznała, że przedłożone opinie bankowe łącznie potwierdzają zdolność kredytową konsorcjanta na minimalnym wymaganym poziomie 15 000 000 zł, a tym samym potwierdzają też zdolność kredytową wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w formie Konsorcjum EKOBEL, zgodnie z określonym przez Zamawiającego opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy ustawy Pzp dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jeśli więc wykonawcą ubiegającym się o zamówienie publiczne jest łącznie kilka podmiotów, każdy z nich może wykazywać się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, w tym także w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. W analizowanym przypadku jeden z konsorcjantów wykazał się spełnieniem warunku dotyczącego zgodności kredytowej, co potwierdza też spełnianie warunku przez całe konsorcjum ubiegające się o zamówienie.

W ocenie Izby zasadne było również zsumowanie dwóch wartości zdolności kredytowej dla tego konsorcjanta wykazywanej w dwóch odrębnych opiniach bankowych wydanych dla tej firmy. Warunkiem udziału w postępowaniu jest bowiem – stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy. Zdolność ekonomiczna i finansowa zatem stanowi tego typu warunek udziału w postępowaniu, który ma charakter wymierny i matematycznie przeliczalny. Są to określone dobra i wartości przeliczane na zasoby pieniężne wykonawcy bądź to w formie gotówkowej zgromadzonej na określonym rachunku bankowym, bądź to jako potencjalna możliwość pozyskania określonych środków pieniężnych w drodze kredytu bankowego. W tym przypadku przepisy ustawy Pzp, jak i

przywoływanego powyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie wyróżniają odrębnego sposobu oceny - w ramach spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej lub ekonomicznej wykonawcy - posiadanych faktycznie na rachunku bankowym przez wykonawcę środków finansowych od oceny zdolności kredytowej wykonawcy określonej przez bank w oparciu o różne metody jej wyceny. Brak takiego rozróżnienia oceny spełniania wskazanego warunku udziału w tym zakresie nie pozwala na odmiennie traktowanie oceny zdolności kredytowej wykonawcy od oceny posiadanych na rachunku bankowym środków finansowych przez tego wykonawcę. Jeśli więc wykonawca posiada odrębnie zgromadzone środki finansowe na dwóch odrębnych rachunkach bankowych lub posiada odrębnie wycenioną zdolność kredytową na tych odrębnych rachunkach bankowych, tak środki finansowe, jak i zdolność kredytowa podlegają zsumowaniu. Podstawą przyjęcia odmiennego twierdzenia w tym zakresie byłoby jedynie stwierdzenie, że faktycznie dokument opinii bankowych o posiadanych środkach finansowych dotyczył de facto tych samych środków pieniężnych, czy też jeśli chodzi o zdolność kredytową wykonawcy gdyby została wyceniona w obydwu przypadkach w oparciu o te same środki finansowe. W przedmiotowej sprawie Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał jakoby taka sytuacja miała miejsce. Jednocześnie też Izba zwraca uwagę na okoliczność, iż z treści przedłożonych przez Konsorcjum EKOBEL opinii bankowych wprost wynika, że wycena zdolności kredytowej została dokonana przez obydwie banki w oparciu o prowadzone odrębnie w tych bankach rachunki bankowe firmy (...) Sp. z o.o. W oparciu o taką sytuację finansową tej firmy dwa odrębne banki na kwoty, co do których ustalono zdolność kredytową tej firmy, udzieliły tej firmie kredytów na wskazana kwoty. Powyższa sytuacja faktyczna pozwala na zsumowanie wartości zdolności kredytowych z tych dwóch opinii bankowych dla celów oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1604/10 dotyczący unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa podstawa unieważnienia postępowania wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp występuje jedynie w sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obiektywnie niemożliwe. W badanym postępowaniu sytuacja taka nie ma miejsca ponieważ zamawiający może zawrzeć umowę z

odwołującym się. Nie istnieje podstawa do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy zamawiający wykluczył wykonawcę, którego oferta jedynie hipotetycznie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Nie można przyjąć, że w takiej sytuacji zaistniało naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania. Ewentualne błędne decyzje zamawiającego dotyczące innego wykonawcy, których wzruszenie nie jest już możliwe, nie mają żadnego wpływu na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji zamawiający winien zawrzeć umowę z wykonawcą, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.”

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1624/10, KIO 1625/10 dotyczący unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (ust. 4). Ponadto, jak wynika z art. 34 ust. 3 pkt. 2b tej ustawy, jeżeli zamówienia udziela się na czas dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalana z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. Podstawę ustalenia wartości zamówienia (a zarazem szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy) stanowił zatem w niniejszym wypadku, przewidywany okres realizacji usług utrzymania porządku w obiektach zamawiającego w okresie 36 miesięcy. Kwota jaką zamawiający zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podaje do wiadomości wykonawców przed otwarciem ofert - jaką zamierza wydatkować na realizację zamówienia może się opierać na wyliczonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Nie jest to jednak warunek konieczny. Zamawiający jest uprawniony aby podać np. kwotę niższą od wartości szacunkowej, jeżeli uważa, iż sytuacja konkurencyjna na rynku stwarza możliwość, iż zostanie złożona oferta odpowiadająca tej kwocie. Tak samo nie należy utożsamiać kwoty jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której wspomina art. 86

ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że oferowana przez odwołującego cena za część pierwszą zamówienia, mimo że była najniższa, przenosi kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zadania o około 110 000,00 zł. Nie oznacza to jednak, iż wyłącznie z tej przyczyny zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania w części pierwszej zamówienia.

W ocenie Izby, zamawiający byłby uprawniony aby zastosować przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i unieważnić postępowanie, ale jedynie wówczas, gdyby zachodziły łącznie wszystkie przesłanki wskazane w tej normie, tj. oferta z najniższą ceną przewyższałaby kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie mógłby zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepis ten stwarza zamawiającemu możliwość bieżącego reagowania, nawet po otwarciu ofert, na zachodzące zmiany w sytuacji finansowej jednostki przeprowadzającej postępowanie o udzielenie zamówienia. Jeżeli kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, okaże się wyższa niż kwota, którą pierwotnie na otwarciu ofert podał i jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wówczas nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż zamawiający dysponuje wystarczającymi środkami na udzielenie zamówienia i zapłatę należności w kwocie zaciągniętego zobowiązania. Kwota podana zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp nie jest wiążąca dla zamawiającego, nawet gdy cena najkorzystniejszej oferty ją przekracza w sytuacji gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1679/10 dotyczący składania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

„Art. 87 ust. 1 zd. 1 pzp ustanawia uprawnienie zamawiającego żądania od wykonawców w toku badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się powszechnie, że przepis ten ma na celu uzyskanie interpretacji treści oferty, sui generis wykładni jej treści, wyjaśnienia pewnych elementów oferowanego świadczenia.

Podkreślić jednak należy, że czynność wyjaśniania treści oferty winna odbywać się w ściśle określonych granicach - ma dotyczyć wyłącznie świadczenia opisanego w ofercie. Stanowi o tym kolejne zdanie powołanego art. 87 ust. 1 pzp. W ramach udzielonych wyjaśnień wykonawca nie może negocjować treści złożonej oferty, ani, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 pzp, zmieniać jej treści.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1655/10 dotyczący skuteczności wniesienia wadium.

„Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby stwierdzić należy, że dla skuteczności wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenia żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielnie gwarancji), a w przypadku gwarancji dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego Zamawiającemu. Zachowanie tych wymagań gwarantuje zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Izba wskazuje, iż należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Podkreślić należy, że Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało prawidłowo wniesione w chwili przedłużenia terminu związania ofertą. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez Zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w formach niepieniężnych fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby przemawia to za tym, że kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1668/10 dotyczący przedłożenia zaświadczenia o niekaralności.

„Nie sposób także uznać, że racjonalny ustawodawca, przewidując w przepisach rozporządzenia w pierwszej kolejności obowiązek wykazywania warunku w zakresie

niekaralności, poprzez zaświadczenie właściwego organu, a dopiero w drugiej kolejności, poprzez dokument zawierający oświadczenie osoby, pominął oczywisty brak tożsamości porządków prawnych różnych państw.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, iż odwołujący się obowiązany był złożyć dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem bądź innym uprawnionym organem. Oświadczenie takie składa się bowiem dopiero w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania członka zarządu nie wydaje się zaświadczeń potwierdzających niekaralność.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Katowicach z 21 czerwca 2010 r. XIX Ga 175/10 dotyczący m.in. rażąco niskiej ceny.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Gliwicach z 25 czerwca 2010 r. sygn. akt: X Ga 104/10/za dotyczący warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek z art. 138a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Postanowienie SO w Koszalinie z 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt: VII Cz 536/10 dotyczące skargi na zwrot odwołania postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

[pełny tekst postanowienia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych
01.01.2010 – 31.08.2010

I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	110 443	11 675	122 118
O udzieleniu zamówienia	116 342	11 772	128 114
O konkursie	104	27	131
O wynikach konkursu	70	42	112
O zmianie ogłoszenia	22 588	6 166*	28 754
O koncesji na usługi / roboty budowlane	4	36	40
O zamiarze zawarcia umowy	4 990	305	5 295
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	420	420
O profilu nabywcy	-	10	10
RAZEM	254 541	30 453	284 994

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	38,84%	7,62%
Dostawy	31,84%	55,31%
Usługi	29,32%	37,07%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,93%	95,17%
Przetarg ograniczony	0,61%	3,76%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,13%	0,80%
Dialog konkurencyjny	0,04%	0,27%
Licytacja elektroniczna	0,29%	-

Kryteria oceny ofert

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	95%	91%	84%	90%
Cena i inne kryteria	5%	9%	16%	10%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	197	0,19%
Dostawy	94	0,09%
Usługi	204	0,20%
Razem	495	0,48%

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	150	0,15%
Dostawy	72	0,07%
Usługi	145	0,14%
Razem	367	0,36%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	30,41%	5,78%
Dostawy	31,16%	48,24%
Usługi	38,43%	45,98%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	75,03%	81,01%
Przetarg ograniczony	0,44%	3,64%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,12%	1,40%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,22%	13,80%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,15%

Wolna ręka	20,24%	-
Zapytanie o cenę	3,72%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,21%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	38,705 mld zł
-------------------------	----------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	71%
Dostawy	14%
Usługi	15%

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

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

Rodzaj zamówienia	Odsetek
Roboty budowlane	86%
Dostawy	95%
Usługi	89%
Średnio	91%

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia (zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
I kw. 2010	32 887	27 596	83,91%
II kw. 2010	44 524	35 291	79,26%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	4,34	2,26
Dostawy	2,52	1,53
Usługi	2,73	1,73
Średnio	2,96	1,83

Zamówienia udzielone według województw
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	8%	8%
kujawsko-pomorskie	4%	5%
lubelskie	6%	6%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	5%	5%
małopolskie	10%	8%
mazowieckie	17%	15%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	6%	7%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	7%	6%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	4%
warmińsko-mazurskie	4%	5%
wielkopolskie	8%	8%
zachodniopomorskie	5%	5%

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

Rodzaj zamówienia	2009	2010
Roboty budowlane	47 dni	43 dni
Dostawy	34 dni	33 dni
Usługi	34 dni	32 dni
Średnio	37 dni	35 dni

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

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,69%
Administracja rządowa terenowa	1,62%
Administracja samorządowa	61,10%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	6,09%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,64%
Uczelnie publiczne	3,94%
Podmiot prawa publicznego	0,14%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	7,91%
Inny	14,86%

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,68%
Administracja rządowa terenowa	2,94%
Administracja samorządowa	45,92%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,93%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,93%
Uczelnie publiczne	7,61%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	14,04%
Zamawiający sektorowy	1,06%
Inny	19,89%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	19,13%	23,26%	57,62%
Administracja rządowa terenowa	14,95%	40,11%	44,95%
Administracja samorządowa	43,35%	13,75%	42,90%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	20,40%	42,66%	36,94%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	10,04%	41,69%	48,27%
Uczelnie publiczne	11,33%	46,08%	42,59%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	7,01%	73,00%	19,99%
Zamawiający sektorowy	4,81%	51,56%	43,63%
Inny	21,15%	39,44%	39,41%

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	63,98	0,33	0,12	0,24	0,04	30,28	4,51	0,49
Administracja rządowa terenowa	71,34	0,56	0,12	0,34	0,12	19,06	7,82	0,62
Administracja samorządowa	77,43	0,42	0,15	0,22	0,02	18,64	2,84	0,29
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	73,32	0,51	0,22	0,14	0,02	21,10	4,56	0,13
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	56,79	0,42	0,17	0,17	0,08	19,32	22,87	0,17
Uczelnie publiczne	58,31	0,23	0,04	0,18	0,04	36,04	5,08	0,08
Podmiot prawa publicznego	77,99	0,00	0,00	0,00	0,00	16,03	5,26	0,72
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	86,81	0,30	0,04	0,15	0,00	11,27	1,42	0,01
Inny	71,68	0,65	0,12	0,29	0,01	22,25	4,88	0,13

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	9	9 x usługi	7 867 500 EUR
Finlandia	3	3 x usługi	3 000 000 EUR
Irlandia	1	1 x usługi	41 990 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	7 290 EUR
Niemcy	1	1 x dostawy	brak danych
Rumunia	4	3 x dostawy 1 x usługi	4 881 444 EUR
Szwecja	1	1 x usługi	brak danych
Wlk. Brytania	1	1 x usługi	brak danych
Włochy	1	1 x dostawy	22 884 531 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	1 707 533 EUR
Razem	23	5 x dostawy 18 x usługi	40 390 288 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Australia			1	3 999 263					1	3 999 263
Austria	1	948 232 276	13	31 686 105	2	20 057 000	1	b.d.	17	999 975 381
Belgia			5	55 261 816	2	9 022 970	1	80 000	8	64 364 786
Chiny					1	2 750 000			1	2 750 000
Czechy	4	596 557 627	9	19 952 294	9	11 965 426			22	628 475 347
Cypr			3	11 615 700					3	11 615 700
Dania			1	52 900					1	52 900
Finlandia			3	227 511 844					3	227 511 844
Francja	2	188 426 596	4	16 981 704	4	3 869 178			10	209 277 478
Grecja			1	204 093					1	204 093
Hiszpania	8	1 062 733 074			3	5 723 179			11	1 068 456 253
Holandia	1	2 861 388	17	63 366 980	7	228 577 953			25	294 806 321
Irlandia	3	3 484 817 479	1	1 650 000	2	931 419			6	3 487 398 898
Izrael					1	998 971			1	998 971
Japonia	1	139 500 000					1	38 390	2	139 538 390
Kanada			4	2 111 324	1	b.d.			5	2 111 324
Litwa			2	2 282 099	4	4 217 073			6	6 499 172
Luksemburg					1	11 517 000	1	268 730	2	11 785 730
Macedonia	1	622 518 403							1	622 518 403
Niemcy	5	1 020 151 084	46	264 814 408	15	138 267 388	3	16 000	69	1 423 248 880
Norwegia					1	b.d.			1	b.d.
Portugalia	2	548 424 666			2	10 036 418			4	558 461 084
Rumunia			1	67 410					1	67 410
Słowacja	1	551 257 366	4	22 684 810					5	573 942 176
Szwajcaria			29	32 128 237	1	23 129 400			30	55 257 637
Szwecja			2	2 337 495	3	1 351 635			5	3 689 130
Ukraina			1	2 990 000	1	5 288 700			2	8 278 700
USA			8	17 296 530	8	23 216 130			16	40 512 660
Węgry					2	4 800 000			2	4 800 000
Wielka Brytania			74	14 891 944	11	96 579 761	1	0	86	111 471 704
Włochy			16	7 984 230	3	7 888 021			19	15 872 251
Razem	29	9 165 479 959	245	801 871 185	84	610 187 621	8	403 120	366	10 577 941 886

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

II. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	166	
Zakończone	152	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	87	57%
Stwierdzono naruszenia	65	43%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	13	20%
ponowna ocena	52	80%
uchybenia formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	68	
Zakończone	75	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	4	5%
Stwierdzono naruszenia	71	95%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	31	44%

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	10	
Zakończone	12	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	1	10%
Stwierdzono naruszenia	11	90%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	0	0%
uchybień formalne	0	0%
Zawiadomienie RDFP	4	44%

III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 880	
Brak wpisu	93	
Braki formalne	115	
Rozpatrzono ogółem	1 867	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Odrzucone	230	12%
Umorzone postępowanie	240	13%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	171	9%
Oddalone	699	38%
Uwzględnione	527	28%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2010 r.	2009 r.
Roboty budowlane	35%	35%
Dostawy	29%	28%
Usługi	36%	37%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2010 r.	2009 r.
Liczba wniesionych skarg	177	229
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	10%	19%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka Anna Łagocka

Urszula Krynicka Joanna Orzeł

Izabela Rzepkowska Piotr Zabadeusz

Krzysztof Sroczyński

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