

# INFORMATOR

## URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Grudzień 2011 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
➤ Uchwała Sądu Najwyższego w sprawie zastosowania błędnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej .....	2
➤ Podpisanie rozporządzeń w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro oraz kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE .....	3
➤ Nowe progi stosowania dyrektyw 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE.....	4
➤ Uroczystość podpisania Porozumienia dotyczącego przygotowania oraz prowadzenia studiów podyplomowych z zakresu zamówień publicznych w Lublinie .....	5
➤ Planowane zmiany w prawie zamówień publicznych w perspektywie nowego podejścia do zamówień publicznych.....	5
➤ Konferencja „Błędy zamawiających i możliwości przeciwdziałania wykonawców w postępowaniach o zamówienie publiczne a rynek pracy” .....	6
➤ Spotkanie eksperckie dotyczące zielonych zamówień publicznych .....	6
➤ V Konferencja w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych .....	7
➤ Szkolenie "Nowe podejście do zamówień publicznych" w Łodzi .....	7
PRAWO EUROPEJSKIE .....	9
LEGISLACJA .....	9
NOWE ORZECZNICTWO ETS .....	10
OPINIE PRAWNE.....	12
Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Pzp) .....	12
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH .....	16
Przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP.....	16
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH .....	45
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych .....	45
ANALIZY SYSTEMOWE .....	57
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych.....	57
01.01.2011 – 30.11.2011 .....	57

## AKTUALNOŚCI

### ➤ **Uchwała Sądu Najwyższego w sprawie zastosowania błędnej stawki podatku VAT przy obliczeniu ceny ofertowej**

Sąd Najwyższy, odpowiadając na pytanie prawne, podjął uchwałę (z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11), że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Uzasadniając powyższą uchwałę Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny poprawności przedstawionych przez wykonawców cen w zakresie zastosowania stawki podatku VAT. O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł.

I tak przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż w takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z SIWZ.

W przypadku, gdy zamawiający nie określił w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. W takim przypadku znajduje zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP skutkujący odrzuceniem oferty zawierającej cenę obliczoną z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny).

Uchwała została zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce – Orzecznictwo ws. zamówień publicznych / Sąd Najwyższy:

[http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:470;orzeczenia\\_sadu\\_najwyzszego.html](http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:470;orzeczenia_sadu_najwyzszego.html)

➤ **Podpisanie rozporządzeń w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro oraz kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE**

W dniu 16 grudnia 2011 r. projekty rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów:

1. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych;
2. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej

- zostały podpisane przez Prezesa Rady Ministrów.

Rozporządzenia zostały przekazane do publikacji w Dzienniku Ustaw i wejdą w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.

Zgodnie z ww. rozporządzeniami **kurs złotego w stosunku do euro będzie wynosił 4,0196**, natomiast tzw. **progi unijne** będą równe wyrażonej w złotych równowartości kwoty:

1. dla zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej:
  - a. **130.000 euro - dla dostaw lub usług,**
  - b. **5.000.000 euro - dla robót budowlanych;**
2. dla zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających innych niż wyżej wymienieni, z wyjątkiem zamówień sektorowych:
  - a. **200.000 euro - dla dostaw lub usług,**
  - b. **5.000.000 euro - dla robót budowlanych.**
3. dla zamówień sektorowych:
  - a. **400.000 euro - dla dostaw lub usług,**
  - b. **5.000.000 euro - dla robót budowlanych.**
4. dla konkursów:
  - a. przeprowadzanych przez zamawiających sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej - **130.000 euro**;

- b. przeprowadzanych przez zamawiających innych niż wyżej wymienieni i nieprzeprowadzanych przez zamawiających udzielających zamówień sektorowych - **200.000 euro**;
- c. przeprowadzanych przez zamawiających udzielających zamówień sektorowych - **400.000 euro**.

Teksty ww. rozporządzeń:

[Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych.](#)

[Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.](#)

### ➤ **Nowe progi stosowania dyrektyw 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE**

W dniu 2 grudnia 2011 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane **rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień.**

Rozporządzenie wprowadza nowe wartości kwot progowych przewidzianych w ww. dyrektywach dot. zamówień publicznych.

Rozporządzenie **wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2012 roku** i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

[Tekst rozporządzenia 1251/2011](#)

Jednocześnie, uprzejmie informujemy, że Komisja opublikowała również **komunikat (2011/C 353/01) określający równowartość progów ujętych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.**

[Tekst komunikatu 2011/C 353/01](#)

➤ **Uroczystość podpisania Porozumienia dotyczącego przygotowania oraz prowadzenia studiów podyplomowych z zakresu zamówień publicznych w Lublinie**

W dniu 19 grudnia 2011 r. w Lublinie odbyła się uroczystość podpisania Porozumienia dotyczącego przygotowania oraz prowadzenia studiów podyplomowych z zakresu zamówień publicznych pomiędzy Panem Jackiem Sadowym Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych a Panem prof. dr hab. Andrzejem Dąbrowskim Rektorem Uniwersytetu Marii Curie – Skłodowskiej w Lublinie.

➤ **Planowane zmiany w prawie zamówień publicznych w perspektywie nowego podejścia do zamówień publicznych**

W dniu **7 grudnia 2011 r.** odbyło się organizowane przez Urząd Zamówień Publicznych szkolenie „**Planowane zmiany w Prawie zamówień publicznych w perspektywie Nowego podejścia do zamówień publicznych**”. Uczestniczyło w nim około 120 osób – przedstawiciele administracji centralnej oraz samorządowej.

Spotkanie otworzył Prezes Urzędu, Pan Jacek Sadowy. W wystąpieniu wskazał zalety oraz zagadnienia problemowe związane z systemem zamówień publicznych. Odniósł się do głównych kierunków rozwoju prawa zamówień publicznych wskazując na potrzebę dalszego wzmocnienia otwartości postępowań, konkurencji, efektywności udzielanych zamówień oraz transparentności. Zwrócił uwagę na obszary proponowanych zmian przewidziane w założeniach zmian przepisów ustawy przyjętych w dniu 28 czerwca br. Przez Radę Ministrów. Podkreślił kwestie dotyczące implementacji Dyrektywy Obronnej, definicji roboty budowlanej i obiektu budowlanego oraz wykazu robót budowlanych, dialogu technicznego, wykluczenia wykonawców powiązanych (zależność i dominacja), a także zasad udzielania zamówień podprogowych dla zamówień sektorowych. Wskazał na konieczność dotychczasowych rozwiązań po blisko dwuletnim okresie stabilności Pzp. oraz zwrócił uwagę na konieczność informatyzacji procesu udzielania zamówień publicznych.

Wystąpienie Prezesa UZP zakończyła dyskusja.

Tematykę założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych przyjętych przez Radę Ministrów omówiła również Pani Tatiana Tymosiewicz pracownik Wydziału Legislacji Departamentu Prawnego UZP. Skoncentrowała się na zagadnieniach odnoszących się do zmian wynikających z implementacji Dyrektywy Obronnej oraz szczegółowo przedstawiła regulacje dotyczące dialogu technicznego.

Prezentację poświęconą nowemu podejściu do zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem rozwiązań ustawowych przyjaznych dla sektora małych i średnich przedsiębiorstw przedstawił Pan Adam Daramola przedstawiciel Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków UE.

Szkolenie zakończyła dynamiczna dyskusja uwzględniająca zagadnienia wcześniej omówionej tematyki.

➤ **Konferencja „Błędy zamawiających i możliwości przeciwdziałania wykonawców w postępowaniach o zamówienie publiczne a rynek pracy”**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych Pan Jacek Sadowy w dniu 5 grudnia 2011 r. uczestniczył w konferencji na temat zamówień publicznych z cyklu "Dialog Społeczny" pt.: "Błędy zamawiających i możliwości przeciwdziałania wykonawców w postępowaniach o zamówienie publiczne – a rynek pracy" zorganizowanej przez Związek Pracodawców Business Centre Club.

W czasie wystąpienia Prezes wskazał pozytywne zmiany jakie udało się osiągnąć w systemie zamówień publicznych, ale również poruszył problemy, które nadal pozostały do rozwiązania. Przedstawił również plany dotyczące rozwoju w systemie zamówień publicznych, m.in. poprzez elektroniczną procedurę oraz wzmocnienie roli UZP w systemie kontroli wydatkowania środków unijnych.

W konferencji uczestniczyła także Pani Kinga Reinholz naczelnik z Departamentu Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków UE Publicznych, która omówiła wyniki kontroli przeprowadzonych przez Urząd.

➤ **Spotkanie eksperckie dotyczące zielonych zamówień publicznych**

Komisja Europejska (Dyrekcja Generalna ds. Środowiska) przy wsparciu organizacyjnym Urzędu Zamówień Publicznych zorganizowała w dniu 1 grudnia br. spotkanie eksperckie dot. zielonych zamówień publicznych (*Advisory Group on Green Public Procurement*).

W trakcie spotkania zaprezentowane zostały wstępne wyniki analizy zazielenienia zamówień publicznych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, za które odpowiedzialne jest Centrum Studiów Europejskich (*CEPS*) we współpracy z Kolegium Europejskim w Brugii. Oficjalne wyniki badania przekazane zostaną do publicznej wiadomości na początku przyszłego roku.

Przedstawiciele Komisji Europejskiej nakreślili również harmonogram działań zaplanowanych na 2012 r. związanych z rewizją kryteriów środowiskowych oraz wypracowaniem wspólnych kryteriów dla nowych grup produktów. Przedstawiciel UZP zaprezentował uczestnikom spotkania dokumenty planistyczne i działania podejmowane przez Urząd zmierzające do popularyzacji uwzględniania kwestii środowiskowych i społecznych w zamówieniach publicznych. Wśród uczestników spotkania został rozdystrybuowany kwestionariusz dotyczący krajowych planów działań i dalszego rozwoju polityki GPP. Uzyskanie na jego podstawie informacje posłużą usystematyzowaniu wiedzy w zakresie GPP z poszczególnych krajów UE oraz stanowiąc będą punkt odniesienia przy formułowaniu unijnych założeń strategicznych w zakresie zazielenienia zamówień publicznych na przyszłe lata.

Wybrane materiały zaprezentowane podczas spotkania eksperckiego są dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup>.

### ➤ **V Konferencja w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych**

W dniu 2 grudnia br. w Warszawie, odbyła się **V Konferencja na temat zrównoważonych zamówień publicznych** zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych.

Wydarzenie to zorganizowano w ramach polskiej Prezydencji w Radzie Unii Europejskiej. Popularyzacja aspektów środowiskowych i społecznych w zamówieniach publicznych wynika z realizacji opracowanego przez UZP Krajowego Planu Działań w zakresie Zrównoważonych Zamówień Publicznych na lata 2010-2012, przyjętego przez Radę Ministrów 14 czerwca 2010 r.

Głównym celem tegorocznej konferencji była prezentacja unijnej polityki w zakresie zielonych i społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych, praktyki wybranych krajów europejskich w kształtowaniu narodowych strategii w tym zakresie, jak również praktycznych przykładów zielonych i społecznych zamówień publicznych w Polsce.

W konferencji udział wzięło ok. 120 uczestników polskich i zagranicznych, w tym przedstawiciele Komisji Europejskiej.

Program oraz zdjęcia z Konferencji są dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych<sup>2</sup>.

### ➤ **Szkolenie "Nowe podejście do zamówień publicznych" w Łodzi**

W dniach **29-30 listopada 2011 r. w Łodzi** odbyło się szkolenie dla zamawiających zorganizowane w ramach projektu "**Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo**" realizowanego w partnerstwie Urzędu Zamówień Publicznych i Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”. W szkoleniu uczestniczyło 25 osób reprezentujących administrację samorządową Łodzi i okolic.

Tematem szkolenia było udzielanie zamówień w trybach negocjacyjnych, różnicowanie kryteriów oceny ofert w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych, udział małych i średnich przedsiębiorstw w procedurach przetargowych oraz instrumenty elektroniczne w zamówieniach publicznych.

---

<sup>1</sup> <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1535>

<sup>2</sup> <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1536>

*Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

Zajęcia prowadzili: Edyta Zdunek i Kinga Reinholz z Urzędu Zamówień Publicznych.



## **PRAWO EUROPEJSKIE**

### **LEGISLACJA**

**Nowe rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień.**

Uprzejmie informujemy, że w dniu 2 grudnia 2011 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień.

Rozporządzenie wprowadza nowe **wartości kwot progowych przewidzianych w ww. dyrektywach dot. zamówień publicznych.**

Rozporządzenie wchodzi w życie **z dniem 1 stycznia 2012 roku.**

**Nowy komunikat (2011/C 353/01) określający równowartość progów ujętych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.**

Jednocześnie, uprzejmie informujemy, że Komisja opublikowała również komunikat (2011/C 353/01) określający równowartość progów ujętych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Zgodnie z komunikatem, równowartość progów określonych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE oraz 2009/81/WE w przeliczeniu na PLN jest następująca:

-	<b>80 000 EUR</b>	-	321 568 PLN
-	<b>130 000 EUR</b>	-	522 548 PLN
-	<b>200 000 EUR</b>	-	803 920 PLN
-	<b>400 000 EUR</b>	-	1 607 840 PLN
-	<b>1 000 000 EUR</b>	-	4 019 600 PLN
-	<b>5 000 000 EUR</b>	-	20 098 000 PLN

## **NOWE ORZECZNICTWO ETS**

### **Orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie C-348/10 Norm-A Dekom**

Tematyka: Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 1 ust. 3 lit. b) – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 2d ust. 1 lit. b) – Pojęcie „koncesji na usługi” – Świadczenie autobusowych usług transportu publicznego – Prawo do gospodarczego wykorzystania usług i wypłata usługodawcy rekompensaty za straty – Ryzyko związane z wykorzystaniem ograniczone na podstawie prawa krajowego i umowy – Procedury odwoławcze w dziedzinie udzielenia zamówienia – Bezpośrednie zastosowanie art. 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy 92/13/EWG do umów zawartych przed upływem terminu na transpozycję dyrektywy 2007/66/WE.

W niniejszej sprawie, C-348/10, mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez *Augstākās tiesas Senāts* (Łotwa) postanowieniem z dnia 2 lipca 2010 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 lipca 2010 r., w postępowaniu *Norma-A SIA, Dekom SIA* przeciwko *Latgales plānošanas reģions*, wstępującej w prawa *Ludzas novada dome*, Trybunał (druga izba) po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 lipca 2011 r., **wydał następujący wyrok:**

- 1) Dyrektywa 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 pocztowych powinna być interpretowana w ten sposób, że „**zamówieniem na usługi**” w rozumieniu **art. 1 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie przepisów prawa publicznego i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający.** Do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczonyj transakcji.
- 2) Artykuł 2d ust. 1 lit. b) dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do

stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., **nie ma zastosowania do zamówień publicznych udzielonych przed wygaśnięciem terminu na dokonanie transpozycji dyrektywy 2007/66.**

**Wybrane orzecznictwo ETS odnoszące się do tematyki koncesji:**

- Orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie **C-274/09** (koncesja na świadczenie usług publicznych; odróżnienie ‘zamówienia publicznego na usługi’ od ‘koncesji na usługi’).
- Orzeczenie Trybunału z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych **C-145/08 i C-149/08** (koncesje na usługi; umowa mieszana).
- Orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie **C-91/08** (koncesje na usługi; postępowanie w sprawie przyznania koncesji).
- Orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie **C-206/08 WAZV Gotha** (koncesja na usługi).
- Orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie **C-324/07** (koncesje na świadczenie usług publicznych; koncesja na prowadzenie gminnej sieci telewizji kablowej).

## **OPINIE PRAWNE**

### ***Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Pzp)***

Zgodnie z art. 4 pkt 13 Pzp ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) ustawy tej nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki: zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej; organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji; przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm).

Przepis ten wprowadza na grunt prawa polskiego instytucję zamówienia wewnątrzorganizacyjnego tzw. „zamówienia in-house” znaną prawu wspólnotowemu, dopuszczalną na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - obecnie TSUE.

Zgodnie z poglądem wyrażanym wielokrotnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (por. orzeczenie w sprawie C-107/98 "Teckal") możliwe jest odstępianie od stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w przypadku, gdy wykonawca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, jeżeli spełnione są dwa podstawowe warunki:

1) organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (wydziałami) oraz

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

2) ów odrębny podmiot musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek.

Jak wskazał ETS w wyroku w sprawie C-340/04 *Carbotermo*, "ocena, czy instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, musi być dokonywana z uwzględnieniem całokształtu przepisów prawnych oraz istotnych okoliczności (...). Z analizy sprawy musi wynikać, że spółka, której udzielono zamówienia jest poddana kontroli, która umożliwia instytucji zamawiającej wywieranie wpływu na decyzje podejmowane przez tę spółkę. Musi tu chodzić o możliwość wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na ważne decyzje. (...) Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami."

Jeśli chodzi o drugi z ww. warunków, należy zwrócić uwagę, że w tym samym wyroku Trybunał wskazał, iż warunek wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz kontrolującej jednostki zostaje spełniony w sytuacji, gdy działalność wykonawcy poświęcona jest głównie instytucji zamawiającej, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Warunek ten ma celu zapewnienie, aby procedury zamówień publicznych znajdowały zastosowanie w tych przypadkach, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez instytucję zamawiającą działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. Co do zasady należy zatem uznać, że przesłanka wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej zachodzi wówczas, gdy rozmiar i zakres działalności wykonywanej na rzecz innych podmiotów jest tego rodzaju, że nie stanowi ona konkurencji dla innych przedsiębiorców działających w tym segmencie rynku.

Odnosząc powyższe do relacji pomiędzy organem władzy publicznej a instytucją gospodarki budżetowej należy zwrócić uwagę na kilka zasadniczych cech tej instytucji.

Jako byt prawny instytucja gospodarki budżetowej jest podmiotem niezależnym od organu władzy publicznej, uzyskuje bowiem osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 23 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. Nr 157 poz. 1240 ze zm.). Ponadto, samodzielnie gospodaruje mieniem (art. 28 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Mimo to instytucja gospodarki budżetowej pozostaje jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych (art. 23 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Realizacja zadań publicznych

należy zatem do zakresu działalności podstawowej (a w niektórych wypadkach także – wyłącznej) tej instytucji. Jednocześnie organ administracji będący organem założycielskim instytucji gospodarki budżetowej wyposażony jest w kompetencje pozwalające na uznanie, że sprawuje on nad instytucją kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Organ założycielski nadaje instytucji statut, w którym określa m.in. przedmiot działalności podstawowej oraz ewentualnie zasady prowadzenia działalności innej niż podstawowa, a także źródła uzyskiwania przychodów (art. 26 ustawy o finansach publicznych). Organ założycielski powołuje i odwołuje dyrektora instytucji (art. 27 ust. 1 ustawy o finansach publicznych). Ponadto organ założycielski sprawuje istotne funkcje nadzorcze w zakresie gospodarki finansowej instytucji, w tym m. in. wyraża zgodę na dokonywanie zmiany przychodów i kosztów w planie finansowym w trakcie roku budżetowego, na zaciągnięcie zobowiązania przekraczającego 30% rocznych przychodów, ustala zasady zbywania (najmu, dzierżawy, użyczenia) aktywów instytucji (art. 24 ust. 5 i art. 28 ust. 3 i 4 ustawy o finansach publicznych).

Określone powyżej główne zasady funkcjonowania instytucji gospodarki budżetowej wskazują, że stosunki prawne nawiązywane pomiędzy organem założycielskim a instytucją polegające na udzielaniu instytucji przez ten organ zamówień, o których mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, mogą być kwalifikowane jako zamówienia in-house, a zatem nie podlegające przepisom o zamówieniach publicznych, o ile spełnione zostaną łącznie warunki w tym przepisie wskazane.

W przypadku instytucji gospodarki budżetowej, jako odrębnego podmiotu prawa posiadającego osobowość prawną (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych), relacje warunkujące możliwość dokonywania zamówień typu in-house wiążą ją wyłącznie z organem założycielskim. W odniesieniu do innego podmiotu nie można bowiem wykazać m. in. spełnienia warunku sprawowania przez ten podmiot kontroli na instytucją gospodarki budżetowej. W szczególności relacja taka nie zachodzi pomiędzy instytucją gospodarki budżetowej a inną jednostką organizacyjną podległą organowi założycielskiemu tej instytucji.

Na tym tle pojawiła się kwestia odnośnie możliwości zlecenia zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez ministerstwo powołane do obsługi ministra będącego organem założycielskim tej instytucji. Należy w tym miejscu wskazać, iż w świetle obowiązujących regulacji prawnych ministerstwo nie jest organem administracji rządowej lecz stanowi państwową jednostkę budżetową w myśl art. 9 pkt 3 *ustawy z dnia 17 września 2000 r. o finansach publicznych* (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.). Jednak biorąc pod uwagę, że ministerstwo stanowi aparat wykonawczy ministra i działalność ministerstwa ogranicza się

*Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

jedynie do stworzenia ministrowi niezbędnych warunków do należytego wykonywania obowiązków, zasadne jest rozciągnięcie stosowania dyspozycji normy z art. 4 pkt 13 Pzp również na ministerstwo, które obsługuje organ założycielski instytucji gospodarki budżetowej w zakresie realizacji zadań ministra.

## **KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### ***Przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP***

Zgodnie z zasadą udzielania zamówień określoną w art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Podmiot udzielający zamówienia powinien stosować przede wszystkim te tryby. Jednocześnie, stosownie do treści art. 10 ust. 2 ustawy, zamawiający może udzielić zamówienia w innym trybie, m.in. w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jednakże w przypadkach określonych w ustawie.

Tryb ten wraz z innymi trybami, w jakich zamawiający może udzielić zamówienia publicznego, został uregulowany w Dziale II Rozdziale III ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.).

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb niekonkurencyjny, pomijający obowiązek publikacji ogłoszenia, które umożliwiłoby wszystkim zainteresowanym wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Przesłanki pozwalające na zastosowanie tego trybu zostały zawarte w zamkniętym katalogu wskazanym w art. 62 ust. 1 ustawy oraz odpowiednio w art. 134 ust. 5 ustawy w przypadku zamówień sektorowych.

Należy zwrócić również uwagę na uprawnienie Zamawiającego do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia również poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi w art. 62 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy, dodanym *ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*<sup>3</sup> możliwość zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia powstaje w przypadku udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym - w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających

---

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778



## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Na potrzeby niniejszego artykułu wystarczającym jest zasygnalizowanie powyższego problemu. Szersze omówienie ww. tematyki zostało zaprezentowane w Informatorze UZP nr 10/2011, dostępnym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych reguluje zatem w art. 10 ust. 1, w przypadku zamówień „klasycznych”, zasadę prymatu określonych (konkurencyjnych) trybów udzielania zamówień publicznych. Jako najpełniej realizujące podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych zostały w art. 10 ustawy wskazane tryby w postaci przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Przetarg nieograniczony i ograniczony są zatem trybami podstawowymi, których zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego nie jest uzależnione od spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek.

W związku z powyższym, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia przesłanek, które uprawniają do stosowania trybów innych niż podstawowe.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc także trybu negocjacji bez ogłoszenia, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły, a każdy podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.<sup>4</sup>

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiających, do których należy ostateczna decyzja odnosząca się do wyboru trybu zamówienia i którzy ponoszą ich negatywne skutki w przypadku nieodpowiedniego uzasadnienia wyboru jednego z trybów niekonkurencyjnych, w dniu 18 listopada 2010 r. Komitet Stały Rady Ministrów przyjął *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m. in. w trybie negocjacji bez ogłoszenia*.

Wytyczne, o których mowa powyżej, dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych <http://www.uzp.gov.pl>.

---

<sup>4</sup> Orzeczenie ETS z 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1987 r., str. 01039); Orzeczenie ETS z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii* (Zbiory orzecznictwa TE 1994 r., str. I-01569); Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 13 (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949) oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 58 (Zbiory orzecznictwa TE 2003 r., str. I-03609); wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. Akt III RN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

Powyższe wytyczne stanowią uaktualnienie wytycznych przygotowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w roku 2006 i przyjętych przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 17 listopada 2006 r. W związku ze zmianą przepisów ustawy PZP w zakresie przesłanek zastosowania trybów niekonkurencyjnych oraz z uwagi na znaczny upływ czasu wymagały one uaktualnienia i uzupełnienia o nowe orzecznictwo. Niniejsze wytyczne, inaczej niż poprzednie, odnoszą się również do zamówień na usługi niepriorytetowe oraz nie tylko do zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 61 ustawy). Zaproszenie przez Zamawiającego jedynie wybranych przez siebie wykonawców determinuje ograniczającą konkurencję charakter tego trybu w związku z brakiem ustawowego obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu umożliwiającemu szerszemu kręgowi wykonawców uzyskanie informacji o zamówieniu i ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeśli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty, lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
- 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

- 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

W przypadku zamówień sektorowych, w związku z rozszerzeniem katalogu trybów podstawowych o tryb negocjacji z ogłoszeniem, Zamawiający zgodnie z art. 134 ust. 5 ustawy może udzielić zamówienia sektorowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli:

- zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1;
- w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem<sup>5</sup> nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Uzasadnione w tym miejscu jest dokładne odniesienie się do każdej z przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 ustawy:

### **Ad 1)**

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe w przypadku zaistnienia łącznie następujących okoliczności:

- a) prowadzono uprzednio postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego,
- b) w postępowaniu tym nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia,
- c) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Należy więc podkreślić, że jeśli choć jeden z ww. warunków nie zostanie spełniony, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia nie jest możliwe. Zatem skorzystanie

---

<sup>5</sup> Należy zwrócić uwagę na fakt, iż w przypadku zamówień sektorowych, o których mowa w Dziale III, Rozdziale 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) następuje rozszerzenie katalogu trybów podstawowych o negocjacje z ogłoszeniem (art. 134 ust. 1 ustawy), które w odróżnieniu od zamówień „klasycznych” mogą być stosowane w odniesieniu do zamówień sektorowych bez konieczności realizacji przesłanek zawartych w art. 55 ustawy.

z zastosowania negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp będzie możliwe, jeśli zostaną spełnione łącznie trzy ww. przesłanki.

Przesłanka wynikająca z ppkt a) i b) jest oczywista i nie rodzi większych problemów interpretacyjnych – należy ją traktować ściśle i literalnie. Niezbędne jest zatem, aby pierwsze postępowanie było prowadzone w trybie podstawowym – przetargu nieograniczonego lub ograniczonego (odpowiednio w przypadku zamówień sektorowych, zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy, również w trybie negocjacji z ogłoszeniem).

Dodatkowym warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z pierwszym jest brak w pierwszym postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub odrzucenie wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Odrzucenie ofert z jakichkolwiek innych powodów nie będzie skutkowało możliwością skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia.<sup>6</sup>

Tryb negocjacji bez ogłoszenia nie będzie miał zatem zastosowania, gdy na przykład wszystkie oferty zostaną odrzucone, jednak z innych powodów niż niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia lub jeśli wszystkie oferty zostaną odrzucone, ale choćby jedna z nich zostanie odrzucona z innego powodu niż niezgodność treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Przesłanka do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie będzie miała również miejsca, gdy w przetargu ograniczonym wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski, zostaną wykluczeni.

Z praktyki kontrolnej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż najczęściej wątpliwości interpretacyjnych sprawia Zamawiającym ostatnia z przesłanek, które muszą zostać kumulatywnie spełnione do zastosowania dyspozycji art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Niedopuszczalność istotnej zmiany warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia w stosunku do postępowania uprzednio przeprowadzonego w jednym z trybów podstawowych oznacza m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na charakter zamówienia. Niedopuszczalna jest także zmiana warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, terminu realizacji zamówienia, istotnych zapisów w umowie. Uznać, więc należy, iż niedopuszczalna jest każda zmiana, która mogłaby mieć

---

<sup>6</sup> Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę., s. 15. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

wpływ na krąg podmiotów zainteresowanych realizacją zamówienia i tym samym wpływ na wynik prowadzonego w sprawie postępowania. Zatem zamawiający z pewnością nie może zmienić wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia (jego parametrów technicznych, technologii wykonania, jakości wykonanych robót itp.), a także w szczególności warunków udziału w postępowaniu.

**Ad 2)**

Zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno stanowić, zgodnie z niniejszą przesłanką, nagrodę w uprzednio przeprowadzonym konkursie. W konsekwencji, zamówienie powinno zostać udzielone jednemu z co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych, którzy zostali zaproszeni do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie C-340/02 (Orzeczenie ETS z dnia 14 października 2004 r. Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej, pkt 41 - Zbiory Orzecznictwa TE 2004 r., str. I – 09845) powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem. W niniejszym orzeczeniu Trybunał wskazał, że (...) *klauzula znajdująca się w pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30 listopada 1996 r. przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek powierzenia drugiego etapu zwycięzcy konkursu dotyczącego pierwszego etapu. W konsekwencji nie można twierdzić, że zamówienie w ramach drugiego etapu powinno być udzielone zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu. Zamówienie nie powinno być zatem udzielane z powołaniem się na wspomnianą przesłankę, jeżeli jest udzielane na realizację czynności dodatkowych, nie wchodzących w zakres pojęcia konkurs. Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 pkt 11 lit. e) dyrektywy 2004/18/WE konkursy oznaczają te procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez sąd konkursowy, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród.*<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę.*, s. 16. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

**Ad 3)**

Za okoliczność, w której istnieje przesłanka do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na mocy art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy uważa się sytuację, w której przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, ale nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju. Należy więc zwrócić szczególną uwagę, iż zastosowanie tej przesłanki możliwe jest jedynie w przypadku zamówień publicznych na dostawę.

Ustawodawca w pierwszym rzędzie kładzie nacisk na niezarobkowy charakter zamówienia. Istotne jest tutaj bowiem, aby cel badawczy, doświadczalny lub rozwojowy był celem wyłącznym. Proces zamówienia ma służyć danemu zamawiającemu jako źródło, z którego pozyska on przedmioty niezbędne w realizacji jego przedmiotu działalności. Zamawiający nie może tym samym wykorzystywać zamówienia dla nabycia przedmiotów, które będzie wykorzystywał w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Za taką działalność, zgodnie z art. 2 ustawy z dn. 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807), uważana będzie zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Takie samo ograniczenie będzie miało miejsce, gdy zamówienie publiczne będzie miało służyć pokryciu poniesionych kosztów badań lub rozwoju.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnych pojęć działalności badawczej, doświadczalnej i rozwojowej, dlatego dla ustalenia zakresu znaczeniowego zasadnym jest odwołanie się do innych przepisów polskiego porządku prawnego.

Definicję legalną badań naukowych zawiera ustawa z dn. 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 615), która w art. 2 pkt 3 określa badania naukowe jako badania podstawowe - oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie, oraz jako badania stosowane - obejmujące prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce, jak również badania przemysłowe - badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują

tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych.

Z kolei art. 2 pkt 6 niniejszej ustawy definiuje działalność badawczo-rozwojową, jako działalność twórczą obejmującą badania naukowe lub prace rozwojowe, podejmowaną w sposób systematyczny w celu zwiększenia zasobów wiedzy oraz wykorzystania zasobów wiedzy do tworzenia nowych zastosowań.

Natomiast działalność doświadczalną można utożsamiać z działalnością innowacyjną. Rozumie się przez nią działalność polegającą na opracowaniu nowej technologii i uruchomieniu na jej podstawie wytwarzania nowych lub znacząco ulepszonych towarów, procesów lub usług (art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy z dn. 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. Nr 116, poz. 730).

W zakres niniejszej przesłanki nie będzie wchodził np. zakup sprzętu służącego do badań, gdyż pomimo jego przeznaczenia (przeznaczony do przeprowadzania badań i doświadczeń) wytworzony został w celu komercyjnym. Zgodnie z art. 31 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE prowadzone prace nie mogą obejmować produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju. Jako przykład takich zamówień można wskazać zakupy prototypów.<sup>8</sup>

#### **Ad 4)**

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może dokonać zakupu określonych dostaw, usług oraz robót budowlanych w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
- nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

---

<sup>8</sup> *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę.*, s. 17. Dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów. Urząd Zamówień Publicznych 2010.

Na gruncie orzecznictwa ETS (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) podkreśla się, iż udzielenie zamówienie z uwagi na pilną potrzebę zależy od trzech kumulatywnie spełnionych przesłanek:

- wystąpienie nieprzewidywalnego zdarzenia o charakterze wyjątkowo pilnym,
- niedającego się pogodzić z terminami wymaganymi w ramach innych procedur,
- istnienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy tym zdarzeniem, a bardzo pilną potrzebą.

Przesłanka z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności.

Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Ponadto, powołując się na ww. przesłankę w odniesieniu do pilności udzielenia zamówienia, należy mieć na uwadze zasadę proporcjonalności tzn. powinno się go udzielić tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję, a zatem udzielenie zamówienia w tym trybie co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.

Dodatkowo należy podnieść, iż możliwość udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia musi wynikać również z okoliczności, w których zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, iż powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale pomimo tego, iż zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia ocenia się nie jako



## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

nieograniczoną pewnością jego niewystąpienia, lecz jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne jest zatem wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność pilnego wykonania zamówienia.

Ostatnią z przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, jest obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. Należy jednocześnie zauważyć, iż zarówno tryb przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przewidują możliwość skrócenia postępowania (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 oraz art. 56 ust. 2 ustawy) z uwagi na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stosuje się zatem w przypadku, gdy zamawiający ma wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie procedury przyspieszonej (por. wyrok ETS z dnia 18 marca 1992 C 24/91 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii).

Wymóg kumulatywnego spełnienia przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, warunkujący zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia zgodnie z prawem, potwierdziła w jednym ze swoich orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza<sup>9</sup>, stwierdzając, iż: *„Zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (...) 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tak więc dla spełnienia tej przesłanki konieczne jest kumulatywne zaistnienie następujących okoliczności: pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego, nie można było przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem”*.

---

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO/88/11).

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

W dalszej części orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowała się do spełnienia przez Zamawiającego każdej z przesłanek wynikających z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy, stwierdzając, co następuje:

*„Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. „Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska” (G. Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 362). Skoro więc, jak wykazał Zamawiający, zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości działań w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego, brak ich zapewnienia faktycznie spowodowałby zaistnienie nie tylko, że nieprzewidywalnych, ale i negatywnych dla tego właśnie interesu okoliczności. (...)*

*Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. (...)*

*Dla zaistnienia kolejnej okoliczności, tj. tego, iż przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego koniecznym jest ustalenie czy przyczyna tej pilnej potrzeby nie powstała z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Ta zależność od Zamawiającego powinna mieć charakter zobiektywizowany. Natomiast bez znaczenia jest kwestia jego (Zamawiającego) zawinienia. Powstanie okoliczności zależnych od Zamawiającego winno bowiem nastąpić mimo, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością (...)*

*Nie można bowiem zgodzić się z tym, że istniała obiektywna niemożność zachowania terminów, gdyż dla przetargu ograniczonego oraz dla negocjacji z ogłoszeniem ustawa przewiduje, w przypadkach pilnej potrzeby udzielenia zamówienia – a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym istotnie zachodziła - na ustalenie znacznie krótszych terminów*

## Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011

*niż w normalnej procedurze (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 i art. 56 ust. 2 ustawy Pzp). (...) Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp przy stosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem musi bowiem być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Oznacza to, iż Zamawiający ma mniej czasu na udzielnie zamówienia niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, ani też negocjacji z ogłoszeniem. (...)*

*Reasumując stwierdzić należy, iż zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający przewidział zawarcie umowy na okres aż 24 miesiące, powodując tym samym, iż ten niekonkurencyjny tryb (tryb negocjacji bez ogłoszenia) miał stanowić podstawę zawarcia umowy „tymczasowej” o tak długim okresie obowiązywania. Natomiast taka umowa, zawarta w wyniku niekonkurencyjnego trybu, powinna być umową zawartą jedynie na okres wystarczający na przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie konkurencyjnym. Skoro więc nie zachodzą wszystkie z enumeratywnie wymienionych przesłanek przeprowadzenia postępowania o zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia należało nakazać unieważnienie czynności podjętych w niniejszym postępowaniu.”*

**W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia:**

### **Przykład 1 (KN/4/08):**

Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie na wykonawstwo inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dla projektu pn.: „X” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku kontroli wynika, iż w niniejszym postępowaniu na wykonawstwo inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj”

dla projektu pn.: „X” nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe stwierdzenie jest następstwem tego, iż w toku postępowania kontrolnego stwierdzono, iż w niniejszym postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do warunków określonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Jak wynika z załączonych do zaproszeń do negocjacji dokumentów, w porównaniu z pierwotnym postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, znacznie uległy zmianie warunki udziału w postępowaniu.

W przetargu ograniczonym, jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający żądał od wykonawcy spełnienia m. in. następujących warunków:

- a) osiągnięcia w ostatnich 3-ach latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, średniorocznego przychodu ze sprzedaży minimum 40.000.000,00 PLN,
- b) posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 5.000.000,00 PLN,
- c) posiadania przez cały okres wykonywania umowy objętej przedmiotem zamówienia, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej kontraktowej na kwotę w wysokości minimum 22.360.252,72 PLN,
- d) dysponowania kluczowymi ekspertami:
  - Przedstawiciel Wykonawcy - niniejsza osoba miała posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych - 10 lat, w tym pełnienie funkcji kierownika dla kontraktu polegającego min. na modernizacji lub adaptacji obiektu zabytkowego,
  - Kierownik budowy (3 osoby) - niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych – 10 lat, w tym pełnienie funkcji kierownika dla kontraktu polegającego min. na modernizacji lub adaptacji obiektu zabytkowego,
  - Kierownik robót instalacyjno-sanitarnych (2 osoby) - niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych - 5 lat i pełnienie funkcji kierownika robót instalacyjno - sanitarnych - 2 lata, uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń lub równoważne im ważne uprawnienia wydane według wcześniejszych przepisów,

- Kierownik robót elektrycznych (2 osoby) - niniejsze osoby miały posiadać następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych - 5 lat i pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych - 2 lata, uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych lub równoważne bez ograniczeń,

- Członkowie Zespołu Projektowego: architekt (1 osoba), konstruktor (1 osoba), projektant robót elektrycznych (1 osoba), projektant robót instalacyjno-sanitarnych (1 osoba) - niniejsze osoby winny posiadać uprawnienia budowlane do projektowania w zakresie swojej specjalności oraz co najmniej 2 lata doświadczenia zawodowego w projektowaniu w zakresie swojej specjalności.

e) posiadania przeciętnej liczby zatrudnionych co najmniej 50 osób oraz liczebność personelu kierowniczego co najmniej 10 osób w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie,

f) wykonania co najmniej 1 kontraktu o wartości co najmniej 7.000.000,00 PLN brutto, obejmujący roboty budowlane dotyczące modernizacji, adaptacji lub wybudowania obiektów np. typu teatr, filharmonia, sala koncertowa, kino, oraz podobnych rodzajem i wartością do robót budowlanych przewidywanych w niniejszym zamówieniu.

Tak więc, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający: obniżył wielkość średniorocznego przychodu ze sprzedaży z 40.000.000 PLN do 15.000.000 PLN, obniżył minimalną wielkość posiadanych środków z 5.000.000 PLN do 1.000.000 PLN, całkowicie zrezygnował z żądania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, obniżył konieczne doświadczenie dla kluczowych ekspertów tj. dla przedstawiciela wykonawcy i kierownika budowy z 10 lat do 3 lat, dla pozostałych kierowników robót z 5 lat do 3 lat z jednoczesnym zaniechaniem żądania 2 – letniego doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w danych specjalnościach, obniżył konieczność legitymowania się 50 – osobowym personelem i 10 – osobowym kierownictwem, odpowiednio do 30 osób i 5 osób, a także obniżył wartość wcześniej zakończonego kontraktu potwierdzającego zdobyte doświadczenie z 7.000.000 PLN do 4.000.000 PLN i zrezygnował z katalogu obiektów, na których kontrakt mógł być realizowany. Dodatkowo, w trakcie negocjacji zamawiającego z wykonawcą, zmianie w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych

warunków zamówienia dla przetargu ograniczonego uległo także: wadium (w przetargu ograniczonym zamawiający żądał wadium w wysokości 300.000 PLN, natomiast na etapie składania ofert w negocjacjach bez ogłoszenia – zamawiający zażądał wadium w kwocie 150.000 PLN) oraz termin realizacji inwestycji (z dnia 15.05.2008 r. na dzień 30.05.2008 r.).

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania oraz nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

### **Przykład 2 (KN/18/08):**

Zamawiający przeprowadził niniejsze postępowanie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M. w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kontrola następcza przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Z analizy dokumentów i wyjaśnień zgromadzonych w toku kontroli wynika, iż w niniejszym postępowaniu na „*zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M.*” nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w artykule 62 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe stwierdzenie jest następstwem tego, iż w toku postępowania kontrolnego stwierdzono, iż w niniejszym postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do warunków określonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Jak wynika z załączonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia koncepcji funkcjonalnych dla ostatniego etapu realizacji budowy szpitala w M., w porównaniu z pierwotnym postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, istotnej zmianie uległy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji.

W punkcie IV. „Opis rozwiązania nowego planu sytuacyjnego” Koncepcji funkcjonalnej przedmiotowego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia zawarto następujący zapis „Główną zmianą istniejącego układu budynków będzie wyburzenie 2 budynków w stanie surowym – nr 2 i 4. W miejscu budynku nr 2 proponuje się dobudowę

2- kondygnacyjnego budynku /oznaczonego literą N/, przyległego do budynku E, mieszczącego oddziały psychiatryczne. Teren po budynku nr 4 proponuje się przeznaczyć na teren rekreacyjny dla oddziałów psychiatrycznych”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w pierwotnym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w powyższym punkcie zapisano „Nie przewiduje się nowych budynków /za wyjątkiem łączników L4 i Ł5/, a jedynie modernizację istniejących tak, więc nie ulega zmianie układ sieci zewnętrznych zarówno istniejących, jak i projektowanych (...)”.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wszczęcia postępowania oraz nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

(...)

Wobec powyższego stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy, gdyż zamiast jednego z podstawowych trybów ustawowych zastosował tryb niekonkurencyjny (negocjacje bez ogłoszenia) bez spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy uprawniających do jego zastosowania.

### **Przykład 3 (KN/3/07):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę Drogowego Przejścia Granicznego w T.” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Kontrola uprzednia przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne.

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynika także, iż w przedmiotowej sprawie występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Jako okoliczności, które wpłynęły na opóźnienie realizacji projektu, zamawiający podaje m.in.: konieczność zmiany karty projektu, uzgodnienia ze Strażą Graniczną i Izbą Celną, uzyskanie stosownych pozwoleń na budowę oraz opóźnienie w realizacji pierwszego etapu realizacji projektu. Zatwierdzenie zmiany karty projektu przez odpowiedni organ, dokonanie uzgodnień z instytucjami użytkującymi przejście graniczne oraz uzyskanie pozwolenia na budowę jest znaną, powszechną i obowiązkową procedurą. Wiadomo też, iż uzyskanie koniecznych akceptacji i decyzji wymaga czasu. Także opóźnienia w udzieleniu oraz wykonaniu zamówienia nie są niczym wyjątkowym. Również fakt, że umowa z wykonawcą mającym realizować przedmiotowe zamówienie musi być zawarta do końca roku 2006, był zamawiającemu znany wiele miesięcy przed upływem tego terminu.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć.

Ponadto należy podkreślić, iż to sam zamawiający ustalił sposób realizacji projektu decydując się na podział zadania na etapy oraz występując o kolejne zmiany karty projektu.

Zamawiający nie może powoływać się na stworzone plany oraz przyznane środki finansowe w celu uniknięcia stosowania przepisów ustaw (w tym ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz zobowiązań, które Rzeczpospolita Polska podjęła w umowach międzynarodowych (m.in. do stosowania zasad udzielania zamówień publicznych zgodnie z wymaganiami dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi). Poza tym w systemie finansów publicznych nie ma obowiązku wydatkowania środków, nie może być zatem mowy o konieczności wydatkowania środków w danym roku budżetowym czy w innym terminie, a tym samym o pilnej potrzebie udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.



**Przykład 4 (KN/8/07):**

Zamawiający przeprowadzając powyższe postępowanie przetargowe w uzasadnieniu dla wyboru trybu wskazał, iż na wyposażeniu Oddziałów Prewencji Policji znajdowały się kaski ochronne starego typu, nie spełniające swoich funkcji przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa. Zachodziła więc pilna potrzeba ich wycofania i wprowadzenia do użytku nowych o parametrach aktualnie wymaganych. Komenda X podjęła więc działania mające na celu pozyskanie środków finansowych na realizację powyższych potrzeb. W związku z zawartym porozumieniem z dnia 01.09.2006r. i uzyskaniem środków finansowych na wskazany cel, przy konieczności ich wydatkowania zgodnie z przeznaczeniem do dnia 16.12.2006r., nie można było zachować terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego, czy negocjacji z ogłoszeniem. Mając na uwadze konieczność wywiązania się zamawiającego z zobowiązań wynikających z zawartego porozumienia oraz fakt, że postępowanie nr 4955/06/173/Z o udzielenie zamówienia publicznego na zakup kasków ochronnych zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć.

(...)

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający zdawał sobie sprawę z konieczności dokonania zakupu kasków ochronnych dla policjantów oraz miał świadomość dokonania tej czynności co najmniej od dnia 01.09.2006 r. z chwilą pozyskania odpowiednich środków finansowych. W związku z powyższym, przesłanka mówiąca o zaistnieniu okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć nie znajduje zastosowania. Zamawiający nie tylko mógł obiektywnie przewidzieć, ale wprost przewidział potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Za nieprzewidywalne nie mogą również zostać uznane sytuacje, w których zamawiający nie uzyska lub przeciwnie - uzyska odpowiednie pozwolenia, koncesje, czy zatwierdzenia projektów. Innymi słowy wszelkie wewnętrzne uregulowania czy też działania lub zaniechania organów administracji państwowej nie mogą stanowić uzasadnienia dla

zastosowania przesłanki mówiącej o okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający nie udowodnił również, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

(...)

Należy podkreślić, że wskazywana przez zamawiającego konieczność wykorzystania środków finansowych w odpowiednim terminie, nie stanowi o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia. W systemie finansów publicznych nie ma bowiem obowiązku wydatkowania środków. Nie może być zatem mowy o zaistnieniu takiej sytuacji, jakoby konieczność wydatkowania środków w danym roku budżetowym stanowiła przesłankę do pilnej potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że w przypadku groźby wygaśnięcia środków zamawiający jest świadomy, na jakich warunkach środki te są dostępne. W związku z tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

Jednocześnie zasadną pozostaje teza o możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego, zamiast zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Z chwilą zawarcia stosownego porozumienia w sprawie przekazania środków finansowych z przeznaczeniem na zakup kasków ochronnych, zamawiający mógł podjąć niezbędne działania dla przyspieszenia postępowania. Zgodnie z brzmieniem art. 47 ustawy w odpowiedzi na publiczne zaproszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Ustawodawca określił minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do postępowania tj. 15 dni od dnia ogłoszenia. Jednocześnie w przedmiotowej sprawie zastosowanie znalazłby art. 52 ustawy, gdzie ustawodawca wskazał minimalny termin składania ofert na 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert w przypadku, gdy przedmiotem postępowania były dostawy i usługi. Tym samym zamawiający mógł we wrześniu 2006r. wszcząć postępowanie w trybie przetargu ograniczonego.

Stosując powyższy tryb po podpisaniu stosownego porozumienia, zamawiający umożliwiłby udział w postępowaniu większej liczbie wykonawców, co mogłoby wpłynąć na brak konieczności unieważniania pierwszego z dwóch postępowań, przeprowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W takiej zaś sytuacji zamawiający nie byłby zmuszony wszczynać w październiku 2006r. postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Reasumując, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia we wskazanym trybie.

**Przykład 5 (KN/54/07):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatów do znieczuleń, prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów ustawy. Kontrola następcza przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy.

(...)

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Natomiast możliwości korzystania przez uczestników postępowania ze środków ochrony prawnej, a w ich następstwie fakt unieważnienia przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na dostawę aparatów do znieczuleń nie stanowi wyjątkowej, obiektywnie niemożliwej do przewidzenia przez zamawiającego sytuacji.

Stwierdzić należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (w omawianym przypadku na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - tj. ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego) jest jedną z dopuszczalnych przez ustawę form zakończenia postępowania, a zatem prowadząc postępowanie zamawiający zawsze powinien brać pod uwagę możliwość takiego zakończenia postępowania. W związku z tym, obowiązkiem zamawiającego jest w odpowiednim czasie wszcząć procedurę, tak aby w przypadku jej unieważnienia dysponować czasem, aby powtórnie przeprowadzić postępowanie.

Zamawiający nie udowodnił również, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Pilność udzielenia zamówienia musi być bowiem konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby

nie podjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielone jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Ponadto wystąpienie negatywnych konsekwencji musi być nie tylko możliwe, ale też bardzo prawdopodobne.

Należy podkreślić, że wskazywana przez zamawiającego konieczność wykorzystania środków finansowych w terminie do 15.12.2006 r., wynikającym z umowy o dotację, nie stanowi o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia. W systemie finansów publicznych nie ma bowiem obowiązku wydatkowania środków. Nie może być zatem mowy o zaistnieniu takiej sytuacji, jakoby konieczność wydatkowania środków w danym roku budżetowym stanowiła przesłankę do pilnej potrzeby udzielenia przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że w przypadku groźby wygaśnięcia (utruty) środków przeznaczonych na określone zadanie zamawiający jest świadomy, na jakich warunkach środki te są dostępne. W związku z tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

Ponadto trzeba podkreślić, iż w niniejszym stanie faktycznym nie występuje przesłanka zaistnienia okoliczności powodujących pilność udzielenia zamówienia - nie wynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

W toku czynności kontrolnych nie stwierdzono, aby zamawiający udowodnił, że unieważnienie przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na dostawę aparatów do znieczuleń nastąpiło, mimo że zamawiający przygotował i prowadził postępowanie z należytą starannością.

Z treści wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20.11.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2791/06) wynika, że postępowanie zostało unieważnione, gdyż „*Zamawiający poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób niezgodny z ustawą naruszył przepisy art. 29, art. 38 ust. 4 ustawy*”.

Powyższe świadczy o tym, że zamawiający nie dochował należytej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu niniejszego postępowania. Oznacza to, że swym działaniem zamawiający przyczynił się do unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a zatem opóźnienie w udzieleniu zamówienia i skrócony okres czasu, jaki pozostał do upływu terminu wskazanego w umowie o dotację, były konsekwencją działań zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uprawniającego do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

**Przykład 6 (KN/118/08):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług deratyzacji, dezynsekcji w obiektach znajdujących się w kompleksach wojskowych będących w zarządzie G. i administrowanych przez WAK-i, polegające na ochronie obiektów przed szkodnikami wg systemu HACCP i zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Kontrola doraźna przedmiotowego postępowania wykazała, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą łącznie przesłanki określone w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(...)

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się przykładowo: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania nie wynika także, iż w przedmiotowej sprawie występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Jako okoliczności, które wpłynęły na wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający podaje m.in.: okoliczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie przez okres 4 lat usług deratyzacji i dezynsekcji oraz wpływające do zamawiającego monity Wojskowych Administracji Koszar o pilne przeprowadzenie zabiegów dezynsekcji i deratyzacji w związku z pojawieniem się gniazd szerszeni, os, mrówek i innych szkodników.

Należy wskazać, iż zamawiający wszczął 9 listopada 2007 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ww. przedmiocie zamówienia. Postępowanie powyższe zostało unieważnione dnia 3 czerwca 2008 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Unieważnienie postępowania spowodowane było

niemożliwością zawarcia ważnej umowy po upływie terminu związania ofertą. Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na 60 dni od upływu terminu składania i otwarcia ofert. Termin składania i otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 20 grudnia 2007 r., w związku z czym termin związania ofertą upłynął w dniu 17 lutego 2008 r. Należy wskazać, iż do upływu terminu związania ofertą nie wpłynął żaden protest, zamawiający nie wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą, ani też nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazane wyżej okoliczności zobowiązywały więc do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 94 ust. 1 i 1a obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże zamawiający pomimo upływu terminu związania ofertą dalej prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, na którą to czynność wpłynęły protesty, dokonał rozstrzygnięć protestów, dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie unieważnił postępowanie z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Unieważnienie nastąpiło w dniu 3 czerwca 2008 r., tj. ok. 3,5 miesiąca po upływie terminu związania ofertą.

Z uwagi na powyższe, zamawiający wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania umowy usług deratyzacji i dezynsekcji. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dz. U. UE z dnia 8.08.2008 r. nr 2008/S 153-206668. W tym czasie podległe pod G. Wojskowe Administracje Koszar monitowały o pilne przeprowadzenie zabiegów dezynsekcji i deratyzacji w związku z pojawieniem się gniazd szerszeni, os, mrówek i innych szkodników. W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie przez okres 3 miesięcy usług dezynsekcji i deratyzacji w kompleksach wojskowych będących w zarządzie G.

Kontrolerzy X. zobowiązali zamawiającego do skierowania zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych do rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W zawiadomieniu zamawiający wyjaśnia, iż zastosowanie przez niego przesłanki wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy było dopuszczone przepisami ustawy. W ocenie zamawiającego błędne było łączenie dwóch stanów faktycznych. Pierwszy stan faktyczny dotyczył samej procedury prawa zamówień publicznych, która spowodowała, że zamawiający ze względu na treść obowiązujących przepisów prawa zobligowany był do unieważnienia pierwszego postępowania. Drugi stan faktyczny to kwestia zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy.

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

W opinii zamawiającego zaistnienie przesłanek do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie wyniknęło bezpośrednio z faktu unieważnienia pierwszego postępowania, było ono jedynie pośrednio konsekwencją decyzji zamawiającego. Według zamawiającego zastosowanie bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa i unieważnienie postępowania nie jest okolicznością leżącą po stronie zamawiającego, którą mógł i powinien przewidywać. Zamawiający wyjaśnił, iż pilność udzielenia zamówienia wyniknęła z charakteru zamawianej usługi, polegającego na pewnej nieprzewidywalnej konieczności jej realizacji w konkretnym czasie i miejscu, a jednocześnie jej niezbędności z uwagi na zdrowie ludzi w sytuacji pojawienia się gryzoni i owadów w obiektach zamawiającego. Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego okoliczności powyższe nie leżały po stronie zamawiającego i zamawiający nie mógł tych okoliczności przewidzieć.

Analiza powyższego stanu faktycznego oraz wyjaśnień zamawiającego prowadzi do wniosku, iż zamawiający winien był unieważnić postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego po upływie terminu związania ofertą, tj. po dniu 17 lutego 2008 r. Prowadzenie postępowania przez kolejne 3,5 miesiąca nie było niczym uzasadnione, a co istotne doprowadziło do jego unieważnienia dopiero w dniu 3 czerwca 2008 r. z powodu upływu terminu związania ofertą w zupełnym oderwaniu od tego terminu. Unieważniając postępowanie w terminie, w którym wystąpiła okoliczność upływu terminu związania ofertą, zamawiający mógłby uniknąć monitów ze strony podległych mu jednostek, wskazujących na pilność przeprowadzenia usługi dezynsekcji i dezynfekcji, bowiem czas ten przeznaczylby na przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć a w szczególności nie można uznać, iż wynikają one z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe rozważania, uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie.

**Przykład 7 (KN/165/09):**

W toku kontroli stwierdzono, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roboty remontowe w budynku technologicznym Stacji Uzdatniania Wody Zakładu Wodociągów i Kanalizacji” w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało przez zamawiającego wszczęte z naruszeniem przepisów tej ustawy. Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zachodzą łącznie przesłanki określone w ww. przepisie ustawy.

Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie zostało wszczęte w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem.

Z protokołu postępowania wynika, iż pismem z dnia 20.10.2008 r. Zakład Wodociągów i Kanalizacji w K. poinformował zamawiającego o uszkodzeniu jednego z filtrów i konieczności ograniczenia dostaw wody dla odbiorców z terenu gminy oraz możliwości kolejnych awarii w krótkim okresie czasowym co doprowadziłoby do całkowitego zatrzymania pracy SUW w Ł. i odcięcia dopływu wody do odbiorców z terenu Gminy. Powyższe spowodowało zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia w celu wyłonienia wykonawcy robót remontowych w budynku technologicznym SUW Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Ł.

Zamawiający wyjaśnił, iż w okresie wcześniejszym nie była planowana realizacja przedmiotowego zamówienia, zaś ewentualne prace modernizacyjne SUW przewidywano w okresie późniejszym po wykonaniu projektu modernizacji Stacji Uzdatniania Wody odpowiadającego normom branżowym. Środki finansowe na realizację zadania zabezpieczone zostały dopiero na pierwszej sesji Rady Miasta po wystąpieniu awarii i podjęciu decyzji o usunięciu awarii wraz z niezbędnym zakresem prac remontowych.

Nadto, zamawiający, odnosząc się do planowanych prac modernizacyjnych Stacji Uzdatniania Wody w okresie późniejszym po wykonaniu projektu modernizacji odpowiadającego normom branżowym, wskazał, iż prace modernizacyjne nie były ujęte



## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

w obowiązującym do 2010 r. Wieloletnim Planie Inwestycyjnym Miasta i Gminy K. Ewentualne rozpoczęcie prac możliwe było do zaplanowania na 2011 r. Ze względu jednak na ograniczone środki finansowe Miasta i Gminy K. uzależnione byłoby to od możliwości zabezpieczenia środków, zarówno własnych, jak i z ewentualnych programów pomocowych. Zamawiający wskazał, iż szczegółowy zakres planowanych prac modernizacyjnych planowanych po roku 2010 powinien zostać określony przez projekt modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., który będzie opracowany przed wykonaniem inwestycji. Zamawiający przedstawił również zestawienie robót, które rozpatrywano do wykonania na podstawie opracowania koncepcyjnego „Projekt budowlany modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania” zrealizowanego w 2002 r. oraz wizji lokalnych budynku Stacji Uzdatniania Wody. W ww. zakresie prace zostały podzielone na roboty ogólnobudowlane budynku Stacji Uzdatniania Wody oraz roboty remontowe ciągów technologicznych, wśród których znalazły się m.in. następujące prace: montaż zbiorników filtracyjnych DN 1400, szt. 2 z niezbędną armaturą, montaż zbiorników filtracyjnych DN 1600, szt. 4 z niezbędną armaturą, wymiana złożeń filtracyjnych, wykonanie rurociągów technologicznych wody surowej i uzdatnionej oraz montaż chloratora. Wszystkie ww. prace były przedmiotem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Z protokołu z negocjacji przeprowadzonych w dniu 13.11.2008 r. wynika, iż „roboty budowlane w budynku Stacji Uzdatniania Wody przeprowadzi Zakład Wodociągów i Kanalizacji w K.”.

W wyjaśnieniach odnosząc się do pytania czy planowana wcześniej inwestycja miała szerszy, węższy czy też taki sam zakres jak modernizacja dokonana w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamawiający wyjaśnił, iż w zamówieniu uwzględniono tylko niezbędny sprzęt i armaturę gwarantującą przeprowadzenie remontu z należyтым skutkiem zapewniającym normatywne parametry wody uzdatnionej oraz zagwarantowanie zgodności z obowiązującymi standardami.

Ponadto, zamawiający przyznał, iż posiada opracowanie pod nazwą „Projekt Budowlany Modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania” opracowany w 2002 r. W tym zakresie wyjaśnił, że zostało ono przygotowane w celu określenia koncepcji rozwiązań technologicznych w Stacji Uzdatniania Wody w Ł. oraz dla oszacowania kosztów przeprowadzenia inwestycji. Charakter koncepcyjny powyższego projektu ma potwierdzać w szczególności brak koniecznych uzgodnień branżowych, w tym ze strony Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, rzeczoznawcy z zakresu

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

bezpieczeństwa i higieny pracy, rzeczoznawcy z zakresu wymagań higienicznych i zdrowotnych. W związku z tym, iż powyżej wspomniane opracowanie nie posiada uzgodnienia w zakresie uzyskania wymaganego przez Prawo budowlane pozwolenia na budowę, nie mogło stanowić podstawy do wykonania prac budowlanych modernizacyjnych. Miasto i Gmina K. potwierdziła także, iż w sierpniu 2008 r. wystąpiła do wykonawców robót instalacyjnych z prośbą o wycenę ewentualnych prac przy modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., lecz miało to na celu wyłącznie oszacowanie aktualnych i przewidywanych kosztów przeprowadzenia prac instalacyjnych, a w konsekwencji oszacowania szans na umieszczenie inwestycji w Wieloletnim Planie Inwestycyjnym Miasta i Gminy K. po roku 2010, a w następnych latach jej zrealizowanie. Podjęte rozmowy z przedstawicielami firm przekazujących wyceny prac miały doprowadzić do doprecyzowania i przedstawienia alternatywnych rozwiązań technologicznych w Stacji Uzdatniania Wody. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego zapytania dotyczące przedmiotowych robót były wystosowane przez zamawiającego drogą ustną. Zamawiający wraz z ww. pismem przesłał kopie ofert przygotowanych w związku z ustnym wystąpieniem z sierpnia 2008 r. Oferty zostały przygotowane przez 3 podmioty: W. (oferta z dnia 08.08.2008 r. opiewająca na kwotę 450 000 zł), P. (oferta z dnia 21.08.2008 r. opiewająca na kwotę 420 000 zł) oraz F. (oferta z dnia 25.08.2008 r. opiewająca na kwotę 438 000 zł). Wszystkie oferty złożone przez powyższych wykonawców przewidywały wykonanie m.in. montażu 6 szt. filtrów i wymianę rurociągów.

Zamawiający wyjaśnił dlaczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia zdecydowano się wymienić aż 6 zbiorników filtracyjnych, skoro z pisma Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w K. z dnia 20.10.2008 r. wynika, iż uszkodzeniu uległ tylko jeden filtr, wskazując w tym zakresie, iż po przeprowadzeniu komisyjnej wizji lokalnej i dokładnych oględzin stanu technicznego zamontowanych filtrów, rurociągów oraz pozostałego osprzętu zamontowanego na terenie Stacji Uzdatniania Wody w Ł. stwierdzono faktyczne poważne uszkodzenie jednego z filtrów oraz liczne wycieki z pozostałych skorodowanych zbiorników filtracyjnych, duże przerdzewienie konstrukcji zbiorników, rurociągów wody surowej oraz wody uzdatnionej. Także stan techniczny chloratora odbiegał od jakichkolwiek norm, a częste awarie wymuszały ręczne dawkowanie chloru, co mogło stwarzać zagrożenie dla zdrowia obsługujących Stację Uzdatniania Wody. Przystarzała rozdzielnia energetyczna zamontowana w latach osiemdziesiątych stanowiła również powód częstego przerywania pracy Stacji

Uzdatniania Wody. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, iż wszystkie trzy części pracującej Stacji Uzdatniania Wody, tj. „*filtry, chlorator i dostarczany prąd stanowią technologiczną całość, która nie może funkcjonować osobno*”.

Przepis wskazany przez Zamawiającego jako podstawa wszczęcia trybu jest przeznaczony głównie dla umożliwienia wykonania zamówień, które są wynikiem nagłych i nieprzewidywalnych zdarzeń i których skutki należy natychmiast usunąć ze względu na zagrożenia, jakie ze sobą niosą, zwłaszcza zjawisk losowych i niezależnych od zamawiającego (katastrofy naturalne, katastrofy budowlane). Chęci, a nawet konieczności przeprowadzenia robót remontowych w budynku technologicznym Stacji Uzdatniania Wody w Ł., niewątpliwie nie można do tego typu zdarzeń zaliczyć.

Z pisma spółki P. z dnia 18.12.2008 r., jak również z wyjaśnień zamawiającego udzielonych w toku kontroli doraźnej, o których mowa powyżej, zwłaszcza w zakresie posiadania przez zamawiającego opracowania pod nazwą „Projekt Budowlany Modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł. – Technologia Uzdatniania” z 2002 r., oraz z faktu wystąpienia przez zamawiającego w sierpniu 2008 r. do wykonawców robót instalacyjnych z prośbą o wycenę ewentualnych prac przy modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Ł., wynika, iż zamawiający co najmniej od 2002 roku zdawał sobie sprawę ze złego stanu technicznego urządzeń w Stacji Uzdatniania Wody w Ł., co więcej zamawiający przewidział konieczność wykonania prac remontowych. W świetle tych faktów, przesłanka mówiąca o zaistnieniu okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć nie znajduje zastosowania. Zamawiający nie tylko mógł obiektywnie przewidzieć, ale wprost przewidział potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Należy wyraźnie stwierdzić, iż zamawiający posiadał wiedzę o konieczności wykonania przedmiotowego zamówienia oraz dysponował odpowiednim czasem niezbędnym do przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zamawiający, chcąc prawidłowo realizować wyznaczone zadania, powinien stosunkowo wcześniej podjąć odpowiednie kroki, przygotowując postępowanie w jednym z konkurencyjnych trybów i udzielić przedmiotowego zamówienia wybranemu w takim trybie wykonawcy.

Pilność udzielenia zamówienia musi być bowiem konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby nie podjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

ogłoszenia powinno być udzielone jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.

Nie ulega wątpliwości fakt, iż awaria była spowodowana złym stanem technicznym, o którym zamawiający wiedział. Tym samym jej wystąpienie nie było okolicznością nie dającą się przewidzieć. O powyższym świadczy w szczególności fakt, iż zamówienie nie ograniczyło się do usunięcia awarii, lecz jego przedmiotem było przeprowadzenie kompleksowego remontu Stacji Uzdatniania Wody w Ł. planowanego od wielu lat.

Dlatego powyższych faktów nie można uznać za okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć, a w szczególności nie można uznać, iż wynikają one z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego.

Tym samym zamawiający nie udowodnił, że wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, która jest konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się obiektywnie przewidzieć.

Reasumując powyższe uznać należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w tym trybie. Wobec powyższego stwierdzić należy, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem ustawy, gdyż zamiast jednego z podstawowych trybów ustawowych zastosował tryb niekonkurencyjny (negocjacje bez ogłoszenia) bez spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy uprawniających do jego zastosowania.

## **ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych**

**Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2345/11** dotyczący wyjaśniania treści oferty.

Art. 192 ust. 7 Pzp nakazując Izbie rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu ma zapobiegać rozszerzaniu zakresu rozpoznania odwołania na etapie rozprawy. Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał kwestionowaną czynność zamawiającego wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz powołał dla uzasadnienia swoich twierdzeń postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść poz. 106 kosztorysu ofertowego. Izba pominęła zatem argumentację odwołującego powoływaną na rozprawie a zmierzającą do wywiedzenia, że cena całości oferty, jak i cena tej części kosztorysu ofertowego (nie zaś pozycji 106), została obliczona w sposób gwarantujący należyte wykonanie umowy. Izba uznała, że argumentacja ta oraz wskazywane w jej ramach wartości części kosztorysów innych wykonawców referują się do przepisów ustawy związanych z obliczeniem ceny oferty oraz prawidłowości dokonanej kalkulacji całkowitej ceny oferty – czynności zamawiającego opisanych w art. 90 Pzp. Tymczasem zgodnie z granicami zakreślonymi w odwołaniu, istotę sporu stanowi dopuszczalność wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie szczegółowej kalkulacji ceny poz. 106 kosztorysu ofertowego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z treści wezwania zamawiającego nie wynika w żaden sposób, iż zamawiający poddał w wątpliwość cenę oferty odwołującego. Art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Trafnie zauważył przystępujący SKANSKA, że przywołany przepis nie zawiera żadnych dodatkowych wymagań, nie statuuje przesłanek warunkujących jego zastosowanie. Wskazać przy tym należy, że art. 87 ust. 1 Pzp - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie dotyczy jedynie badania zgodności oferowanego

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

świadczenia z treścią specyfikacji i to rozumianego wyłącznie w aspekcie przedmiotowego zakresu oferty. Przeciwnie, zamawiający mając na względzie dobro prowadzonego postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny, a jednocześnie dającej podstawę do należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego – w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości wobec treści oferty jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień. Pojęcie „treści oferty” nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy. Orzecznictwo wypracowało jednak jednolity pogląd, że należy pod nim rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. W okolicznościach sporu wątpliwości zamawiającego były uzasadnione. Już u przeciętnej osoby posiadającej choćby elementarne rozeznanie co do kosztów prac budowlanych relacja rozmiaru czynności opisanej w pozycji 106 kosztorysu - wykonania podbudowy betonowej wraz z pielęgnacją przez posypywanie piaskiem i polewanie wodą, przy grubości warstwy po zagęszczeniu 15 cm – 120 jednostek przy normie - 100m<sup>2</sup> za cenę jednostkową 52,50 zł, czyli w łącznej wartości 6.300 zł musi budzić zdziwienie. Relacja danego elementu świadczenia do dokonanej wyceny stanowi element istotny z punktu jego należytego wykonania i o ile nie uzasadnia wątpliwości co do ceny oferty jako całości może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nadto wątpliwości zamawiającego znajdują uzasadnienie w świetle wysokości cen tej pozycji w kosztorysach innych wykonawców. I tak: w ofercie przystępującego ENERGOPOL wartość tej pozycji kosztorysu wynosi 110 355 zł, w ofercie przystępującego SKANSKA – 563 671,60 zł, w ofercie konsorcjum PBG S.A. w Wysogotowie 545 044zł, natomiast w ofercie Bilfinger Berger Budownictwo S.A. w Warszawie – 831 495 zł. Izba uznała zatem, że zamawiający zasadnie zażądał od odwołującego wyjaśnień treści oferty. Oczywistym uprawnieniem zamawiającego jest uzyskanie wiedzy, czy i dlaczego wykonanie zamówienia w części opisanej w poz. 106 kosztorysu ofertowego jest możliwe. Powoływane przez odwołującego postanowienia pkt 12 specyfikacji, w którym zamawiający wymagał kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną oraz nie wymagał informacji o sposobie skalkulowania cen jednostkowych, może oznaczać tyle tylko, że zamawiający nie może wyciągać dla odwołującego negatywnych skutków, gdy odwołujący nie wskaże stawek i wskaźników wymienionych w pkt 12.2.4 specyfikacji: wielkość kosztów pośrednich, zysku, ewentualnie kosztów zakupu, stawki robocizny, zestawienie materiałów ze stawkami jednostkowymi lub zestawienia sprzętu ze stawkami jednostkowymi. *Nota bene* zamawiający oczekując przedstawienia szczegółowej kalkulacji poz. 106 kosztorysu ofertowego nie odesłał do

żadnego z postanowień specyfikacji, pozostawiając odwołującemu dowolność co do sposobu przedstawienia kalkulacji oraz jej elementów.

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2353/11** dotyczący legitymowana się interesem we wnoszeniu odwołania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołujący, jako podmiot który złożył najkorzystniejszą ofertę (postąpienie w aukcji elektronicznej) i uzyskał zamówienie publiczne w zadaniu nr 2 nie legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania. Zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Treść przepisu uległa zmianie nowelizacją ustawy pzp z dnia 2 grudnia 2009 roku i jest wynikiem implementacji do porządku prawnego dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle powyższej regulacji, legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli wykaże on kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek: 1. posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz 2. poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak określenia, że wykonawca musi wykazać „interes prawny” pozwala uznać, że wystarczające jest wykazanie interesu faktycznego. Istotne jest to, że interes wykonawcy musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia publicznego. W rozpatrywanym stanie faktycznym, odwołujący niewątpliwie uzyskał zamówienie publiczne w zadaniu nr 2, którego dotyczy odwołanie, złożył najkorzystniejsze postąpienie w toku aukcji elektronicznej, przez co utracił interes w dążeniu do uzyskaniu tego zamówienia. Izba wskazuje, że szeroko rozumiany interes, na jaki powołuje się odwołujący, który mimo uzyskania zamówienia, wskazuje naruszenia przepisów ustawy pzp i podnosi, że nie może narazić się na zarzut podpisania nieważnej umowy, nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, uprawniającej do wniesienia odwołania. W koniunkcji z interesem odwołujący winien wykazać również, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy pzp. W zaistniałym stanie faktycznym, odwołujący uzyskał zamówienie publiczne, a zatem nie istnieje również przesłanka ewentualnej utraty zysku czy zaistnienia innej szkody materialnej bądź niematerialnej. Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, jest materialno – prawną przesłanką skuteczności wniesienia odwołania, co oznacza, że w sytuacji jego niewykazania odwołanie polega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji czynnej do jego wniesienia.

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2368/11** dotyczący odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Z ustaleń Izby wynika, że odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu składającą się z 3 stron. Niespornym jest, że odwołujący podpisał jedynie pierwszą stronę oferty, natomiast str. 2 pod nazwą „OFERTA” jak również na str. 3 - FORMULARZ CENOWY nie zostały podpisane przez wykonawcę. Na wstępie wyjaśnić należy, że w treści przywołanych powyżej dokumentów podano m. in. takie elementy jak: cena oraz sposób jej kalkulacji (zawarty w formularzu cenowym). W ich treści znajdują się także zapisy dotyczące zobowiązania w zakresie realizacji zamówienia w terminie wymaganym przez zamawiającego oraz wyrażenia zgody na otrzymanie wynagrodzenia zgodnie z warunkami określonymi w projekcie umowy. Rozstrzygnięcie sporu w przedmiotowej sprawie będzie sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy oferta złożona przez odwołującego w formie opisanej powyżej zgodnie z art. 82 ust. 2 Pzp spełnia wymóg formy pisemnej, biorąc pod uwagę złożenie podpisu przez wykonawcę na str. 1 oferty i jego brak na str. 2 i 3 oferty. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco. (...) W ocenie Izby złożenie przez odwołującego podpisu jedynie na stronie pierwszej oferty, którą należy uznać jedynie za stronę tytułową, na co zresztą wskazał sam odwołujący w treści tego dokumentu, nie może być poczytane za złożenie podpisu na dokumencie obejmującym określoną treść oświadczenia woli na którą powołuje się odwołujący. Z treści niniejszego dokumentu, w szczególności z określenia: „w załączeniu składam ofertę (...) Oferta liczy (łącznie z tytułową) strony, (...) załączniki: nr 1 – oferta; nr 2 – formularz cenowy”, w sposób bezpośredni wynika, że stanowił on jedynie pismo przewodnie do składanej oferty. Zatem podpis złożony przez odwołującego na stronie tytułowej, nie może być zakwalifikowany jako podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli odwołującego. Jak się przyjmuje nie są oświadczeniami woli w



rozumieniu art. 60 K.c. zachowania niesłużące regulowaniu skutków prawnych w zakresie prawa cywilnego, w tym zachowania, których treść co prawda odnosi się do uprawnień i obowiązków cywilnoprawnych, które jednak nie zawierają stanowczej decyzji wywołania skutków prawnych, jak również tzw. wypowiedzi sprawozdawcze (informujące o faktach - zawiadomienia, potwierdzenia, poświadczenia, pokwitowania itp.) (tak też Kodeks cywilny. Komentarz pod red. prof. dr hab. Edward Gniewek, rok wydania: 2010, C.H.Beck, wydanie: 4). Tym bardziej omawiana strona tytułowa nie stanowi oferty. Jak wynika z art. 66 K.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeśli określa istotne postanowienia tej umowy. Tymczasem z treści analizowanego dokumentu nie sposób wywieść, że odwołujący złożył oświadczenie woli zawarcia umowy z zamawiającym w celu realizacji przedmiotu zamówienia na określonych warunkach. W stanie faktycznym sprawy za istotne postanowienia umowy uznać należy co najmniej jej przedmiot oraz wynagrodzenie. Zważywszy powyższe, skoro strona tytułowa nie stanowi oświadczenia woli odwołującego, natomiast pozostałe dokumenty, tj. „OFERTA” (str. 2), jak również FORMULARZ CENOWY (str. 3) nie zostały opatrzone podpisem, który jest niezbędny dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli (oferty) wykonawcy, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 60 Kc nie znalazł potwierdzenia. W tym kontekście Izba stanowisko odwołującego, jakoby jego działanie wskazywało jednoznacznie zamiar złożenie oferty o treści wynikającej z formularza ofertowego oraz formularza cenowego, uznała za chybione. Jak już Izba wskazała, dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu pod dokumentem obejmującym jego treść. Tymczasem na gruncie badanej sprawy dokumenty zawierające istotne postanowienia przyszłej umowy jak jej przedmiot czy wynagrodzenie (formularz ofertowy i formularz cenowy) nie zostały podpisane przez odwołującego.

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2415/11** dotyczący poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów potwierdzających umocowanie osób występujących w imieniu wykonawców.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Konsorcjum z uwagi na okoliczność, iż kopia odpisu z KRS Odwołującego załączona do odwołania została poświadczona za zgodność z oryginałem przez

prokurenta Odwołującego, który, wedle stanowiska Konsorcjum, nie posiada w tym zakresie uprawnień. Doprecyzowano, iż podstawą odrzucenia winien być w tym zakresie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony. Na potwierdzenie swojego stanowiska Konsorcjum przytaczało postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy z dnia 14 grudnia 2009 r. Sygn. akt V Ca 2343/09. Sąd postanowił w nim o odrzuceniu odwołania wniesionego przez prokurenta lidera konsorcjum działającego, zgodnie z treścią odwołania, na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty. Uznał bowiem, iż prokurent spółki będącej pełnomocnikiem innych spółek wchodzących w skład konsorcjum nie jest umocowany do potwierdzania za zgodność dokumentów potwierdzających umocowanie organu osoby prawnej do udzielania pełnomocnictwa (odpisy z KRS lidera i członka konsorcjum zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez prokurenta lidera). Sąd wskazywał, iż z treści art. 109 § 1 K.C. (*błędnie przywołano K.P.C. – dop. autora*) nie można uznać, iż przepis ten upoważnia do uwierzytelniania kserokopii dokumentów. Uwierzytelnianie odpisów dokumentów co do zasady powierzone zostało notariuszom, wykonującym zawód zaufania publicznego. Zgodnie z art. 89 § 1 K.P.C. pełnomocnik jest zobowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Adwokat, radca prawny oraz rzecznik patentowy mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp (*obecnie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp – dop. autora*) do postępowania przed KIO stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzię polubownym, w tym również cytowany odpowiednio art. 89 § 1 K.P.C. Sąd przywoływał uchwałę SN z dnia 29 stycznia 2009 r. III CZP 118/08 dotyczącą pełnomocnictwa dalszego. Ustalenia te doprowadziły go do wniosku, iż nawet adwokat, radca prawny lub rzecznik patentowy (osoby wykonujące zawód zaufania publicznego) będący dalszym pełnomocnikiem nie może uwierzytelnić odpisu pełnomocnictwa podstawowego. Tym bardziej prokurent spółki będącej pełnomocnikiem innych osób prawnych nie może uwierzytelniać dokumentów potwierdzających umocowanie osób występujących w imieniu tych podmiotów. Reasumując, Sąd uznał, iż wnosząc odwołanie pełnomocnik konsorcjum nie wykazał przy pomocy oryginalnych dokumentów lub poświadczonych za zgodność przez uprawnioną osobę, iż może działać w imieniu konsorcjum. W związku z powyższym odwołanie zawierało brak formalny w rozumieniu art. 126 § 3 K.P.C. Izba stwierdziła, iż stan faktyczny i prawny przytoczony w uzasadnieniu powyższego postanowienia nie jest adekwatny do przedmiotowej sprawy. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący występuje samodzielnie, zaś prokurent poświadczył

za zgodność z oryginałem dokumenty rejestrowe podmiotu, co do którego posiada prawo samodzielnej reprezentacji ujawnione w odpisie z KRS (prokura samodzielna). Tym samym wywody odnośnie pełnomocnictwa dalszego, w tym zakresu uprawnień prokurenta spółki będącej pełnomocnikiem innych osób prawnych do uwierzytelniania dokumentów potwierdzających umocowanie osób występujących w imieniu tych podmiotów nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie. Ponadto zmianie uległ również stan prawny. Obecnie obowiązujące przepisy umożliwiają profesjonalnym pełnomocnikom uwierzytelnianie innych dokumentów wykazujących ich umocowanie (zmiana art. 89 § 1 K.P.C.). Profesjonalny pełnomocnik może też poświadczać za zgodność z oryginałem odpisy dokumentów składanych w sprawie, w której jest pełnomocnikiem (art. 129 § 2 K.P.C.). Abstrahując od powyższego, stwierdzić należy, iż istotą sporu jest ocena dopuszczalności wykazania umocowania prokurenta wnoszącego odwołanie do reprezentacji Odwołującego za pomocą odpisu z KRS przedłożonego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta, tj. czy forma taka jest wystarczająca dla uznania, iż wykazał on w należyty sposób prawo do działania w imieniu odwołującego się wykonawcy, czy też przedłożenie odpisu z KRS w takiej formie uzasadnia odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (który nienależycie wykazał umocowanie do reprezentacji Odwołującego). Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy K.P.C. o sądzie polubownym (arbitrażowym), o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Przepis ten poza wąskim zakresem odesłania do przepisów K.P.C. (jedynie o sądzie polubownym) ustanawia jednocześnie prymat regulacji szczególnej zawartej w ustawie Pzp. Powyższe oznacza zatem, iż dla ustalenia konsekwencji określonych czynności w ramach postępowania odwoławczego przede wszystkim należy uprzednio zbadać regulację ustawy Pzp i przepisów do niej wykonawczych. Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) wynika, iż do odwołania dołącza się odpis z KRS, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku prokurenta dokumentem wystarczającym będzie odpis z KRS, gdyż prokura jest w nim ujawniona. Przepis nie wskazuje natomiast na formę, w jakiej powyższe dokumenty mają zostać przedłożone. Takiej regulacji nie zawierają także przepisy ustawy Pzp. Paragraf 9 ww rozporządzenia przewiduje natomiast, iż w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8 (elementy składowe odwołania), bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 (np. odpis z KRS), niezbędne jest wezwanie odwołującego do usunięcia braków

formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Na obowiązek wezwania do usunięcia braków formalnych, które uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu (wskutek niezachowania warunków formalnych) wskazuje także art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż celem ustawodawcy jest umożliwienie wykonawcy sanowania wad formalnych odwołania, które uniemożliwiają nadanie mu prawidłowego biegu i rozpoznanie. W tym samym kontekście należy zatem według Izby oceniać formę przedkładanych dokumentów. Zdaniem Izby skoro przepisy nie ustanawiają w tym zakresie jednoznacznych reguł, w tym nie nakładają jasnego obowiązku przedkładania oryginałów lub uwierzytelnionych notarialnie kopii dokumentów, należy kierować się przede wszystkim celem, dla jakiego określone dokumenty są żądane. Odpis z KRS ma wykazać sposób reprezentacji podmiotu wnoszącego odwołanie. W ocenie Izby przedłożenie odpisu w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta w wystarczająco wiarygodny sposób wykazuje zasady reprezentacji, zwłaszcza, że, jak podnosił zgłaszający przystąpienie, nie kwestionował on uprawnień osoby podpisującej odwołanie do samodzielnego działania w imieniu Odwołującego, lecz podnosił jedynie wadę formalną przedłożonego dokumentu. Zdaniem Izby tak formalistyczne podejście abstrahuje od specyfiki regulacji prawa zamówień publicznych, jak również nie znajduje oparcia w wyraźnych przepisach ustawy Pzp czy rozporządzeń wykonawczych. Należy bowiem wskazać, iż § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) daje możliwość składania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a zamawiający może żądać oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, co wskazuje na pewną odrębność regulacji zamówień publicznych w tym zakresie. Wprawdzie powyższa regulacja nie odnosi się bezpośrednio do postępowania odwoławczego, jednak wskazuje ona na pewien kierunek oceny formy dokumentów przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, zdaniem Izby, przedłożenie odpisu z KRS w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta może być ewentualnie kwalifikowane jako wada formalna nie wstrzymująca jednak możliwości nadania odwołaniu prawidłowego biegu, skoro prawdziwość informacji zawartych w odpisie z KRS nie jest w żaden sposób podważana. Nawet jednak gdyby uznać, iż przedłożenie odpisu z KRS w takiej formie kwalifikować jako brak formalny uzasadniający wezwanie do jego usunięcia,

odrzućcie odwołania byłyby dopuszczalne wówczas, gdy w wyniku wezwania przedstawiono dokument, który nie potwierdza uprawnień do reprezentacji odwołującego. Brak zadośćuczynienia wezwaniu co do formy skutkować mogłoby co najwyżej zwrotem odwołania. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, aby uznać iż zaistniała podstawa odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto także dotychczasowa praktyka KIO wskazuje na ograniczanie formalizmu w tym zakresie, gdy przedkładany dokument nie budzi wątpliwości.

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2427/11** dotyczący przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Skład orzekający Izby podziela prezentowane w dotychczasowym orzecznictwie stanowisko, że podstawą do uznania aukcji elektronicznej za wadliwą jest wyłącznie wyjaśnienie, ustalenie i wykazanie, że wadliwy przebieg aukcji wywołany jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej. Nawet wyłączenie możliwości zaistnienia niektórych przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie jest wystarczające do uznania, że aukcja jest wadliwa. Izba uznawała również, że niewyjaśnienie powodów niemożności składania postąpień przez jednego z wykonawców nie pozwala na uznanie, że w toku prowadzonej aukcji elektronicznej zaistniały określone przyczyny wskazujące na błąd, czy innego rodzaju niepożądane działanie po stronie zamawiającego, albowiem może to oznaczać, że problem dotyczy wykonawcy. Z tego powodu za błędne należy uznać stanowisko zamawiającego przedstawione w trakcie rozprawy, iż sporne i niewyjaśnione kwestie należy rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie. W ten sposób doszło bowiem do naruszenia interesów innych wykonawców uczestniczących w aukcji elektronicznej, którzy mieli prawo oczekiwać, że jej wyniki staną się podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponieważ platforma aukcyjna w dniu 25 października 2011 r. działała, gdyż pozostali wykonawcy byli w stanie dokonać łącznie 32 postąpień, a postąpień nie był w stanie wykonać jeden z wykonawców tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych sp. z o.o. w Warszawie należało ustalić przyczynę tej niemożności. W dalszej kolejności należało wykazać, że przyczyna tej niemożności leżała po stronie samego zamawiającego, przy czym na równi z przyczyną leżącą po stronie zamawiającego należy traktować przyczynę leżącą po stronie operatora platformy aukcyjnej, w sytuacji gdy zamawiający zdecydował się prowadzić aukcję na stronie takiego podmiotu

trzeciego. Natomiast nie mogła prowadzić do uchylenia czynności aukcji elektronicznej niemożność wzięcia udziału w aukcji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak również z przyczyn leżących po stronie podmiotów trzecich, za których działanie lub zaniechanie zamawiający nie odpowiada, np. dostawców usługi połączenia internetowego czy dostawców usługi podpisu elektronicznego dla poszczególnych wykonawców. W ocenie Izby materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwala na stwierdzenie, że przyczyną niemożności złożenia postąpień przez Panią Nikolinę I., działającą w imieniu MPRO sp. z o.o. w Warszawie w dniu 25 października 2011 r. było działanie lub zaniechanie zamawiającego lub operatora platformy aukcyjnej.

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2439/11** dotyczący naruszenia przez zamawiającego dyspozycji wyrażonej w art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy.

Izba stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględnia odwołanie oraz w oparciu o treść art. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba, w ramach kompetencji wynikających z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dokona oceny żądań Odwołującego w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, stosownie do treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje również, iż Odwołujący może na każdym etapie postępowania odwoławczego zmodyfikować swoje żądania. Odwołujący w odwołaniu wniesionym w dniu 14.11.2011 r. wskazał, w zakresie warunku dotyczącym doświadczenia, iż żąda zatem modyfikacji tego warunku w sposób, który będzie odpowiadał intencjom Zamawiającego, zatem wniósł o określenie tego warunku na poziomie 3 dostaw ale o wartości 2 mln każda. Odwołujący w pełni podtrzymał zmianę w zakresie zdolności finansowej oraz warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na poziomie 4 mln złotych. Jeżeli zatem Odwołujący w ramach wniesionych środków ochrony prawnej wniósł o określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na poziomie 3 dostaw o wartości 2 mln złotych każda oraz w zakresie zdolności finansowej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na poziomie 4 mln złotych Izba uznała za stosowne uczynienie zadość powyższym żądaniami. Izba uwzględniając żądania w zakresie wskazanym przez Odwołującego we wniesionych środkach ochrony prawnej miała na uwadze

okoliczność, iż uwzględnienie odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, następuje jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów, które to naruszenia miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Izba w ramach niniejszego środka ochrony prawnej stwierdziła, w odniesieniu do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia przez Odwołującego spełnienia przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, pierwotne i zmodyfikowane zapisy w odniesieniu do warunków udziału uniemożliwiają Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym należy wskazać, iż na etapie środka ochrony prawnej dotyczącego postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć samą możliwość udziału w postępowaniu wynikającą z możliwości spełnienia warunków udziału. Tym samym tylko uczynienie zadość żądaniom Odwołującego, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, umożliwi Odwołującemu udział w postępowaniu i tym samym otrzyma on szansę na uzyskanie zamówienia. W zakresie żądań dotyczących warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, iż biorąc pod uwagę fakt uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 24.10.2011 r. o sygn. akt 2285/11 w całości Zamawiający był na mocy art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp związany tymi żądaniami w całości. Norma prawna wyrażona w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wyżej wskazano wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że opis warunków nie może być bardziej rygorystyczny niż pozwala na to przedmiot zamówienia. Jednakże może być on bardziej liberalny dla wykonawców niż wynika to z opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w tym w szczególności uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2285/11 Izba uwzględniła w całej rozciągłości żądania Odwołującego w tym zakresie. Uwzględniając te żądania Izba wzięła również pod uwagę stanowisko wyrażone przez Odwołującego na rozprawie o sygn. akt KIO 2439/11 oraz w ramach odwołania z dnia 14.11.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2439/11. W tym miejscu, jedynie na marginesie należy wskazać, iż biorąc pod uwagę wartość szacunkową zamówienia oraz zakres przedmiotowy - zarówno pierwotnie określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, jak również określone w ramach modyfikacji postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu nie naruszały dyspozycji normy prawnej wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Należy również wskazać, iż

## *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

żądania Odwołującego odnoszące się do opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie są sprzeczne z prawem i powodują one jedynie zliberalizowanie warunków, które umożliwiają ubieganie się o zamówienie szerszemu kręgowi podmiotów, w tym Odwołującemu. Jednakże dyspozytywna czynność Zamawiającego – jaką był uwzględnienie odwołania z dnia 24.10/2011 r. sygn. akt KIO 2285/11 spowodowała, iż Zamawiający doprowadził do zliberalizowania tych zapisów.

[pełny tekst orzeczenia](#)



## ANALIZY SYSTEMOWE

NR 11/2011

**Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych**  
**01.01.2011 – 30.11.2011**

### I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

#### Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	158 533	19 654	<b>178 187</b>
O udzieleniu zamówienia	157 859	22 231	<b>180 090</b>
O konkursie	122	29	<b>151</b>
O wynikach konkursu	92	56	<b>148</b>
O zmianie ogłoszenia	34 904	10 452*	<b>45 356</b>
O koncesji na usługi / roboty budowlane	17	17	<b>34</b>
O zamiarze zawarcia umowy	7 965	884	<b>8 849</b>
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	461	<b>461</b>
O profilu nabywcy	-	14	<b>14</b>
<b>RAZEM</b>	<b>359 492</b>	<b>53 798</b>	<b>413 290</b>

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

#### Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	30,30%	5,87%
Dostawy	37,27%	52,84%
Usługi	32,43%	41,29%

#### Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,16%	95,79%
Przetarg ograniczony	0,47%	3,17%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011

Negocjacje z ogłoszeniem	0,12%	0,79%
Dialog konkurencyjny	0,04%	0,25%
Licytacja elektroniczna	0,21%	-

**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%	92%	87%	91%
Cena i inne kryteria	5%	8%	13%	9%

**Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie**  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	194	0,12%
Dostawy	134	0,09%
Usługi	292	0,18%
<b>Razem</b>	<b>620</b>	<b>0,39%</b>

**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	75	0,05%
Dostawy	70	0,04%
Usługi	159	0,10%
<b>Razem</b>	<b>304</b>	<b>0,19%</b>

**Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.**

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	1 801	1,14%
Dostawy	1 896	1,19%
Usługi	4 102	2,59%
<b>Razem</b>	<b>7 799</b>	<b>4,92%</b>

**Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty  
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	35 958	22,68%
Dostawy	31 152	19,65%
Usługi	30 755	19,40%
<b>Razem</b>	<b>97 865</b>	<b>61,73%</b>

**Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia**

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	29,36%	5,10%
Dostawy	34,40%	42,07%
Usługi	36,24%	52,83%

**Zamówienia udzielone według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	81,85%	85,09%
Przetarg ograniczony	0,33%	3,54%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,09%	2,79%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,13%	8,45%*
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,13%
Wolna ręka	14,49%	-
Zapytanie o cenę	2,93%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,15%	nie ogłasza się

\* - w tym wolna ręka

**Wartość udzielonych zamówień\***

<b>Wartość zamówień</b>	<b>44,041 mld zł</b>
-------------------------	----------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	66%
Dostawy	18%
Usługi	16%

\* - 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	93%
Dostawy	99%
Usługi	94%
<b>Średnio</b>	<b>96%</b>

**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
rok 2010	171 572	139 970	81,58%
I kw. 2011	35 348	30 210	85,45%
I poł. 2011	79 404	67 563	85,09%
I-III kw. 2011	126 893	104 043	81,99%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	3,87	1,91
Dostawy	2,40	1,50
Usługi	2,69	1,68
<b>Średnio</b>	<b>2,78</b>	<b>1,67</b>

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

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	8%	8%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	5%	6%
lubuskie	2%	2%
łódzkie	5%	5%

*Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

<b>Województwo</b>	<b>Odsetek liczby</b>	<b>Odsetek wartości</b>
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	16%
opolskie	2%	2%
podkarpackie	6%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	10%	10%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	9%
zachodniopomorskie	5%	5%

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

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>
Roboty budowlane	40 dni	38 dni
Dostawy	32 dni	31 dni
Usługi	31 dni	28 dni
<b>Średnio</b>	<b>33 dni</b>	<b>31 dni</b>

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

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>% wartości</b>
Administracja rządowa centralna	4,16%
Administracja rządowa terenowa	2,54%
Administracja samorządowa	53,08%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,60%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,04%
Uczelnie publiczne	4,98%
Podmiot prawa publicznego	0,19%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,14%
Inny	19,27%

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

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>Udział</b>
Administracja rządowa centralna	3,13%
Administracja rządowa terenowa	3,55%
Administracja samorządowa	40,82%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,34%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,23%
Uczelnie publiczne	6,91%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	14,62%
Zamawiający sektorowy	1,28%
Inny	23,13%

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

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>Udział procentowy</b>		
	<b>roboty budowlane</b>	<b>dostawy</b>	<b>usługi</b>
Administracja rządowa centralna	17,22%	27,47%	55,31%
Administracja rządowa terenowa	19,68%	37,00%	43,32%
Administracja samorządowa	40,56%	16,75%	42,69%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	19,52%	43,50%	36,98%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	14,53%	42,82%	42,64%
Uczelnie publiczne	13,77%	57,03%	29,20%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,54%	66,99%	26,47%
Zamawiający sektorowy	6,80%	52,19%	41,01%
Inny	23,16%	39,29%	37,54%

**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	73,48	0,39	0,11	0,20	0,11	21,21	4,16	0,34
Administracja rządowa terenowa	80,95	0,15	0,02	0,15	0,06	12,76	5,25	0,67
Administracja samorządowa	83,28	0,25	0,07	0,12	0,02	13,89	2,18	0,19
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	81,11	0,49	0,14	0,06	0,01	14,21	3,81	0,18
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	67,45	0,72	0,32	0,09	0,00	15,12	16,21	0,09
Uczelnie publiczne	78,63	0,17	0,11	0,10	0,05	16,48	4,43	0,03
Podmiot prawa publicznego	86,95	0,00	0,00	0,37	0,00	8,09	4,41	0,18
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,92	0,28	0,16	0,10	0,00	8,26	1,24	0,03
Inny	77,96	0,55	0,08	0,20	0,06	17,91	3,21	0,04

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	2	1 x dostawy 1 x usługi	12 215 100 EUR
Belgia	8	3 x dostawy 5 x usługi	1 962 565 EUR
Czechy	7	5 x dostawy 2 x usługi	87 273 101 EUR
Dania	3	3 x usługi	268 345 EUR
Estonia	4	4 x dostawy	2 175 895 EUR
Finlandia	1	1 x usługi	4 700 000 EUR
Grecja	1	1 x usługi	43 000 EUR
Litwa	3	1 x usługi 2 x dostawy	6 248 538 EUR
Luksemburg	2	2 x usługi	brak danych
Łotwa	3	3 x dostawy	1 842 359 EUR
Niemcy	5	5 x dostawy	14 820 885 EUR
Serbia	2	1 x usługi 1 x dostawy	1 441 200 EUR
Słowacja	1	1 x usługi	500 000 EUR
Szwecja	1	1 x dostawy	2 000 000 EUR
Turcja	1	1 x usługi	9 115 000 EUR
Węgry	1	1 x dostawy	3 429 590 EUR
Włochy	2	2 x dostawy	10 873 850 EUR
<b>Razem</b>	<b>47</b>	<b>28 x dostawy 19 x usługi</b>	<b>158 909 428 EUR</b>

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



Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]							Razem		
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			17	49 157 216	1	2 414 010	1	200 000	19	51 771 226
Belgia			6	8 173 556	5	12 189 863			11	20 363 419
Białoruś			1	278 300					1	278 300
Bulgaria					1	190 798			1	190 798
Czechy	8	834 283 309	33	959 732 853	6	17 851 607			47	1 811 867 769
Cypr			3	16 324 250					3	16 324 250
Dania			2	3 081 249	2	25 039 017	1	25 000	5	28 145 266
Egipt					1	0			1	0
Finlandia	2	184 825 100	3	4 491 925	1	27 836 167			6	217 153 192
Francja			6	5 396 267	11	19 166 836			17	24 563 103
Grecja			1	946 000	2	518 265			3	1 464 265
Hiszpania	8	1 749 555 948	7	20 092 869	8	18 838 820	2	55 000	25	1 788 542 637
Holandia	2	21 441 000	19	38 498 687	3	119 235 552			24	179 175 239
Irlandia	1	1 339 130			3	25 749 148			4	27 088 278
Izrael					1	725 700			1	725 700
Kanada	1	138 779 931	5	1 897 589					6	140 677 521
Litwa			1	3 206 697	2	797 212			3	4 003 909
Luksemburg					1	46 068 000			1	46 068 000
Malta					1	1 070 500			1	1 070 500
Niemcy	6	101 850 182	98	1 325 564 808	19	1 917 693 469			123	3 345 108 458
Norwegia					2	3 713 979			2	3 713 979
Portugalia	4	914 266 035			1	9 969 739			5	924 235 774
Rosja			1	685 500					1	685 500
Rumunia	1	21 431 260	1	0	1	0			3	21 431 260
Słowacja	1	33 842 170	7	890 808 402	2	1 395 000			10	926 045 572
Szwajcaria			42	66 780 141	3	4 259 484			45	71 039 625
Szwecja			5	6 884 103	1	3 750 000			6	10 634 103
Turcja			3	891 180 837					3	891 180 837
Ukraina			1	0	2	1 779 560			3	1 779 560
USA			10	16 479 735	5	7 902 363			15	24 382 098
Węgry					2	6 500 120	1	25 000	3	6 525 120
Wielka Brytania	1	15 700 000	128	33 365 525	15	32 153 484	1	68 667	145	81 287 676
Włochy			18	27 681 823	5	55 332 876			23	83 014 699
<b>Razem</b>	<b>35</b>	<b>4 017 314 064</b>	<b>418</b>	<b>4 370 708 331</b>	<b>107</b>	<b>2 362 141 569</b>	<b>6</b>	<b>373 667</b>	<b>566</b>	<b>10 750 537 632</b>

\* - 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	216	
Zakończone	216	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	147	68%
Stwierdzono naruszenia	69	32%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
ponowna ocena	14	20%
uchybień formalne	55	80%

### Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	106	
Zakończone	106	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	6	6%
Stwierdzono naruszenia	100	94%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	44	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	18	
Zakończone	36	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	3	8%
Stwierdzono naruszenia	33	92%
w tym:		
uchybień formalne	33	100%
zawiadomienie RDFP	11	33%

### III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

#### Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 555	
Rozpatrzono ogółem	2 570	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	286	11%
Odrzucone	164	6%
Umorzone postępowanie	296	11%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	376	15%
Oddalone	789	31%
Uwzględnione	659	26%

#### Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2011 r.	2010 r.
Roboty budowlane	27%	32%
Dostawy	34%	32%
Usługi	39%	36%

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

Skargi	2011 r.	2010 r.
Liczba wniesionych skarg	138	215
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	8%

Przygotował:  
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

*Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2011*

**Zespół redakcyjny Informatora UZP:**

*Joanna Czarnecka    Anna Łagocka  
Radosław Wojda    Joanna Orzeł  
Urszula Krynicka    Izabela Rzepkowska*

*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](mailto:informator@uzp.gov.pl)**