

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Listopad 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
➤ Oddalenie apelacji od wyroku stwierdzającego nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych	2
➤ Kwestionariusz dla Zamawiających na temat praktyk stosowanych w postępowaniach przetargowych na dostawy i usługi w dziedzinie technologii informacyjno-komunikacyjnych	2
➤ Druga edycja podręcznika „Ekologiczne zakupy!”	3
➤ Polska wersja językowa kryteriów ekologicznych zamówień publicznych.....	4
PRAWO EUROPEJSKIE	5
Udział podmiotów trzecich w procedurze udzielania zamówień publicznych	5
OPINIE PRAWNE.....	10
Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich	10
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	20
Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP	20
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	45
Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych dotyczące powoływania się na zasoby podmiotów trzecich	45
ANALIZY SYSTEMOWE	55
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2011 – 31.10.2011.....	55

AKTUALNOŚCI

➤ ***Oddalenie apelacji od wyroku stwierdzającego nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych***

Sąd Apelacyjny w Szczecinie wyrokiem z dnia 17 listopada 2011 r. (sygn. akt I ACa 588/11) oddalił apelacje obydwu pozwanych od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 30 maja 2011 r. (sygn. akt I C 317/09) stwierdzającego nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w dniu 23 czerwca 2008 r. przez Województwo Zachodniopomorskie na zakup 2 samochodów osobowych klasy wyższej marki FORD model Mondeo dla potrzeb Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego.

Z powództwem o stwierdzenie nieważności ww. umowy wystąpił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r.).

Zarzut nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r.) dotyczył dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez określenie cech technicznych zamawianego pojazdu w taki sposób, że wskazywały na wybór konkretnego pojazdu. Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 30 maja 2011 r. uwzględnił powództwo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i stwierdził nieważność umowy.

➤ ***Kwestionariusz dla Zamawiających na temat praktyk stosowanych w postępowaniach przetargowych na dostawy i usługi w dziedzinie technologii informacyjno-komunikacyjnych***

Na zlecenie Komisji Europejskiej (Dyrekcja Generalna ds. Społeczeństwa Informacyjnego) firma konsultingowa European Economics przeprowadza badanie dotyczące udzielania zamówień na dostawy i usługi w dziedzinie technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT – Information and Communications Technology). Badanie to skierowane jest do wszystkich zamawiających oraz obejmuje postępowania,

w których przedmiotem są wszystkie produkty i usługi z dziedziny ICT (sprzęt komputerowy, oprogramowanie, systemy sieci itp.). Wynikiem badania będzie opracowanie przez KE poradnika zawierającego praktyczne wskazówki dla zamawiających dokonujących zakupów produktów i usług z dziedziny ICT w celu osiągnięcia przez nich najlepszych rezultatów.

Jednym z etapów badania jest analiza obecnie stosowanych przez zamawiających praktyk przy udzielaniu zamówień publicznych na produkty i usługi z dziedziny ICT. W tym celu opracowany został kwestionariusz skierowany do jednostek zamawiających, przede wszystkim do osób, które w jednostkach tych odpowiedzialne są za przygotowanie – w ramach procedur przetargowych - specyfikacji technicznych.

Kwestionariusz dostępny jest na stronie KE. Pytania sformułowano w języku angielskim, jednak udzielenie odpowiedzi możliwe jest w każdym z oficjalnych języków UE.

<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=ictprocp>

➤ ***Druka edycja podręcznika „Ekologiczne zakupy!”***

Komisja Europejska opublikowała drugie wydanie podręcznika „Ekologiczne zakupy! – Podręcznik na temat ekologicznych zamówień publicznych”.

Celem publikacji jest pomoc instytucjom publicznym w zakupie dóbr i usług o mniej szkodliwym oddziaływaniu na środowisko.

W podręczniku m.in.:

- wskazówki na temat uwzględniania aspektów środowiskowych na poszczególnych etapach procedury przetargowej;
- przykłady zielonych zamówień publicznych realizowanych przez instytucje zamawiające w państwach członkowskich UE;
- podejście GPP w odniesieniu do kluczowych sektorów obejmujących budownictwo, usługi gastronomiczne i cateringowe, energię elektryczną oraz drewno.

Dodatkowo została opracowana skrócona wersja podręcznika, która stanowi podsumowanie tematyki zielonych zamówień publicznych.

Dokumenty, dostępne obecnie jedynie w angielskiej wersji językowej, dostępna na stronie internetowej Komisji Europejskiej: http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm oraz na stronie internetowej Urzędu w zakładce „Zielone zamówienia publiczne”.

➤ ***Polska wersja językowa kryteriów ekologicznych zamówień publicznych***

Na stronie internetowej Dyrekcji Generalnej Środowisko, została udostępniona polska wersja językowa kryteriów ekologicznych zamówień publicznych.

Kryteria zostały opracowane dla następujących grup produktów:

- kogeneracja (skojarzona gospodarka energetyczna);
- izolacja cieplna;
- okna (w tym drzwi przeszklone i świetliki);
- płyty ścienne.

Dokumenty dostępne są na stronie:

http://ec.europa.eu/environment/gpp/second_set_en.htm oraz na stronie internetowej

Urzędu w zakładce „Zielone zamówienia publiczne”.

PRAWO EUROPEJSKIE

Udział podmiotów trzecich w procedurze udzielania zamówień publicznych

Zgodnie z art. 44 dyrektywy 2004/18/WE¹ (dalej: dyrektywa klasyczna) zamówień udziela się po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców (którzy nie zostali wykluczeni) na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych (o których mowa w art. 47 – 52 dyrektywy) oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w art. 44 ust. 3 dyrektywy.

Dowodem spełniania przez wykonawcę wymogów odnośnie sytuacji finansowej i ekonomicznej, zgodnie z dyrektywą (art. 47 ust. 1), może być jeden lub kilka spośród następujących dokumentów:

- odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;
- bilans lub wyciągi z bilansów w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

Środki mogące stanowić dowód możliwości technicznych wykonawcy zależą od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem danego zamówienia publicznego i zostały wymienione w art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Dz. U. L 134 z 30.04.2004 r. z późn. zm., str. 114.

Dyrektywa 2004/17/WE² (dalej dyrektywa sektorowa) przewiduje większą elastyczność odnośnie kryteriów kwalifikacji podmiotowej aniżeli dyrektywa klasyczna, chociaż powołuje się na kryteria wymienione w dyrektywie klasycznej (art. 54 dyrektywy sektorowej). Ponadto, w art. 53 ust. 1, dyrektywa sektorowa przewiduje możliwość utworzenia systemu kwalifikowania wykonawców, który powinien działać w oparciu o obiektywne kryteria i zasady, i który może obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy klasycznej.

Dokumenty służące potwierdzeniu sytuacji finansowej, ekonomicznej, jak również sposoby oceny i badania kwalifikacji technicznych i / lub zawodowych wykonawców zostały wskazane w ww. artykułach dyrektywy klasycznej.

Zarówno dyrektywa klasyczna, jak i sektorowa dopuszczają możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, w celu udowodnienia spełnienia warunków, a tym samym wykazania niezbędnej do udziału w postępowaniu:

- sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz
- kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych.

Oznacza to, że wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, **może wziąć w nim udział, o ile wykaże, że w trakcie realizacji zamówienia będzie posługiwał się potencjałem osób trzecich, które warunki takie spełniają.**

Zgodnie z art. 47 ust. 2 dyrektywy klasycznej, odnoszącym się do **sytuacji ekonomicznej i finansowej**, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Analogicznie, art. 53 ust. 4 dyrektywy sektorowej wskazuje, że jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji obejmują wymagania dotyczące możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach wykonawca taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. Również w tej sytuacji, wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres

² Dyrektywa 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. Dz. U. L 134 z 30.04.2004 r. z późn. zm., str. 1.

ważności systemu kwalifikowania przedstawiając np. odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

W zakresie **kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych** wykonawcy, zgodnie z regulacją zawartą w art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Podobnie przedmiotową kwestię reguluje dyrektywa sektorowa, która w art. 53 ust. 5 wskazuje, że jeżeli kryteria kwalifikacji obejmują wymagania odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju istniejących pomiędzy nimi powiązań prawnych. Analogicznie, jak w przypadku polegania na możliwościach gospodarczych i finansowych podmiotów trzecich, również i w tym przypadku wykonawca musi udowodnić, że będzie dysponował wspomnianymi zasobami przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając w tym celu np. zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia wspomnianych zasobów.

A zatem, należy podkreślić, że zarówno w sytuacji gdy wykonawca zamierza posłużyć się potencjałem osób trzecich w celu wykazania posiadania wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i w przypadku kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych, spoczywa na nim obowiązek **udowodnienia instytucji zamawiającej** dysponowania deklarowanym potencjałem podmiotów trzecich. Dyrektywa, jako przykład takiego dowodu wskazuje na możliwość przedstawienia stosownych zobowiązań podmiotów trzecich.

Możliwość skorzystania z potencjału osób trzecich została ponadto potwierdzona w orzecznictwie³ Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS).

W orzeczeniu C-176/98, ETS wskazał, że (...)przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, **pod**

³ Orzeczenie C-176/98 z dnia 2 grudnia 1999 roku - <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;944>.

warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego.

Tak samo w orzeczeniu C-389/92⁴ - *Komisja słusznie zwraca uwagę na fakt, iż z tych wszystkich przepisów wynika wyraźnie, że nie tylko osoba fizyczna lub prawna, która sama wykonuje roboty, lecz także osoba, która będzie realizować zamówienie za pośrednictwem agencji lub oddziałów, i która zwróci się do techników bądź organizacji technicznych spoza jej własnych struktur, lub nawet grupa przedsiębiorstw, może ubiegać się o zamówienie publiczne.*

A zatem, nie ma możliwości wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego strony, która nie dysponując własnymi zasobami powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków wymaganych do realizacji danego zamówienia, na co uwagę zwrócił również ETS, wskazując w orzeczeniu C-389/92, że (...) *przedsiębiorstwo holdingowe, które samo nie wykonuje robót nie może zostać wykluczone z procedur ubiegania się o zamówienie publiczne, tylko dlatego, iż przedsiębiorstwa zależne wykonujące roboty są oddzielnymi osobami prawnymi.*

Dyrektywy dopuszczając możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich przez wykonawcę, który sam nie dysponuje niezbędnym, minimalnym potencjałem wymagany do jego realizacji **nie wskazują szczegółowych zasad dotyczących korzystania z możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich.** Regulacje zawarte w dyrektywach wskazują na pewną możliwość, jaka została przyznana wykonawcy, nie wprowadzają jednak żadnych szczegółowych regulacji w tej kwestii. Pewne ogólne zasady w tym zakresie zostały natomiast sformułowane w orzecznictwie ETS.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że obowiązek udowodnienia faktycznego dysponowania deklarowanym potencjałem spoczywa na wykonawcy, na co zwrócił uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu C-126/03⁵, w którym stwierdził, że (...) *prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność*

⁴ Orzeczenie C-389/92 z dnia 14 kwietnia 1994 roku - <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:944>.

⁵ Orzeczenie C-126/03 z dnia 18 listopada 2004 r. - <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:944>.

techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia⁶.

Zadaniem zamawiającego jest natomiast sprawdzenie czy wykonawcy spełniają odpowiednie kryteria sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych. ETS w swym, przywołanym wcześniej orzeczeniu C- 389/02, wskazał że *Dyrektywę 71/304 dotyczącą zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywę 71/305 dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane należy interpretować, jako zezwalające, przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca, podczas rozpatrywania podania o rejestrację, złożonego przez główną osobę prawną grupy, na uwzględnianie firm należących do tej grupy, pod warunkiem, że osoba prawna, o której mowa, wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm, niezbędnymi do wykonania robót budowlanych. (...)jednakże zgodnie z art. 20 Dyrektywy 71/305, zadaniem zamawiającego jest sprawdzić czy oferenci spełniają odpowiednie kryteria sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, o których mowa w art. 25 do 26 tej dyrektywy.*

Podsumowując, należy podkreślić że na gruncie prawa europejskiego nie ma przeszkód do powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotów trzecich w zakresie zarówno sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym tak w procedurze otwartej, jak i w procedurze ograniczonej. Analiza orzecznictwa ETS w przedmiotowej kwestii pozwala na wysnucie wniosku, że możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich nie powinna być ograniczana przez zamawiających. Powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich nie może również stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca jest w stanie udowodnić, że zasobami tymi będzie faktycznie dysponował podczas realizacji zamówienia.

⁶ Por. podobne wyroki C-176/98 z dnia 2 grudnia 1999 r.; C-399/98 z dnia 12 lipca 2001 r.; C-314/01 z dnia 18 marca 2004 r.

OPINIE PRAWNE

Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich

I. Wykonawca, w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia może polegać na zasobach podmiotów trzecich. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.* Powyższy przepis jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zatem uwzględniając potrzebę pro wspólnotowej interpretacji przepisów krajowych wdrażających prawo obowiązujące we wszystkich państwach Unii Europejskich należy mieć na uwadze orzecznictwo i wykładnię tych przepisów dokonywaną przez ETS (obecnie TSUE).

1) W orzeczeniu C-176/98 *Holst Italia*⁷ Trybunał wskazał, że zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy wykonawca jest odpowiedni, czy spełnia określone kryteria. Weryfikacja ta ma na celu umożliwienie zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. *Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.*

⁷ Orzeczenie C-176/98 z dnia 2 grudnia 1999 r., dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

2) W wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. (C-126/03) Trybunał ustalił, iż *w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.*

3) W sprawie *Ballast Nadem Groep*⁸ Trybunał uznał, iż *przedstawiając zaświadczenia o przedsiębiorstwach zależnych, przedsiębiorstwo holdingowe, w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych, aby zostać zarejestrowanym na urzędowej liście uznanych wykonawców [Państwa Członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców. Wpis na taką urzędową listę jest odpowiednikiem kwalifikacji dokonywanej przez zamawiającego - przyp. wł.]⁹ musi, niezależnie od tego w jakim stosunku prawnym pozostaje wobec przedsiębiorstw zależnych, udokumentować, iż faktycznie rozporządza zasobami tych firm niezbędnymi do wykonania robót. Po rozpatrzeniu wszelkich faktycznych i prawnych okoliczności, do sądu krajowego należy ocena czy taki dowód został przedstawiony w procesie głównym. Warto zauważyć, iż wpis do dopuszczalnego na terenie państw członkowskich wykazu uznanych wykonawców, do którego odwołuje się Trybunał w powyższym orzeczeniu poprzedza procedura odpowiadająca klasyfikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniu, w którym dozwolone jest powoływanie się na zdolności czy zasoby podmiotów trzecich. Jak wynika z pkt. 45 Preambuły do dyrektywy 2004/18/WE jeśli wykonawca należący do grupy powołuje się na ekonomiczne, finansowe lub techniczne kwalifikacje pozostałych przedsiębiorstw należących do grupy na poparcie swojego wniosku o rejestrację, to w takim przypadku zadaniem takiego wykonawcy jest udowodnienie, że wspomniane przez niego zasoby będą dla niego faktycznie dostępne przez cały okres ważności wpisu rejestracyjnego. Do celów takiej rejestracji Państwa Członkowskie mogą określić poziom wymagań, które powinny zostać spełnione w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca powołuje się na sytuację finansową innego przedsiębiorstwa należącego do grupy, państwo to może wymagać, aby przedsiębiorstwo takie solidarnie ponosiło odpowiedzialność, jeśli okaże się to konieczne.*

⁸ Orzeczenie 389/92 z dnia 14 kwietnia 1994 r., dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

⁹ Więcej na ten temat w „Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywa klasyczną”, P. Trepte, Warszawa-Katowice 2006 r., s. 69 i nast.

Opisany wyżej mechanizm dotyczący uznawania powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego nie może być rozumiany odmiennie w świetle interpretacji art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej.

Interpretacja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca powoływania się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy, w takim przypadku, rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje przy realizacji zamówienia. Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia. A zatem, uprawnione jest stwierdzenie, że **dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia.**

Bez znaczenia jest przy tym charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotami trzecimi. W doktrynie przyjmuje się, że z punktu widzenia dopuszczalności powoływania się na zdolności innych podmiotów nie ma znaczenia, czy istniejąca więź prawna jest bezpośrednia, czy pośrednia. Powiązania mogą polegać na ciągu stosunków prawnych. Należy jednak podkreślić, że wymagana jest więź o charakterze prawnym, która rodzi pewne zobowiązania pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania faktyczne, formalne, kapitałowe lub honorowe, za którymi nie idzie zobowiązanie ważne w świetle obowiązujących przepisów prawnych¹⁰.

Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, na co wskazuje treść art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE stanowiącej o prawie wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”. Wymaga przy tym podkreślenia, że zarówno przepisy Dyrektywy 2004/18/WE, w szczególności art. 47 ust. 2, jaki i przepisy prawa krajowego art. 22 ustawy Pzp mają na celu określenie zdolności wykonawcy do realizacji określonego zamówienia. A zatem, **możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed**

¹⁰ A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powoływania się na zdolności innych podmiotów*, Kwartalnik PZP, Nr 4 (23)/2009,

zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy podmiotu trzeciego. Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

A zatem, wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r., dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść, stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne rzeczywiście nim dysponuje¹¹.

¹¹ Wyrok z dnia 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10). Podobnie KIO w wyroku z dnia 1125/10 (sygn. akt KIO 1125/10), wyroki dostępne na stronie www.uzp.gov.pl.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje za pomocą jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie rzeczywiście dysponował. Wskazuje jedynie, że „w szczególności” takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Ustawa nie określa przy tym jaką formę oraz treść powinno mieć owo „pisemne zobowiązanie”. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że może przybrać ono w szczególności formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – w zależności od danego przedmiotu zamówienia publicznego czy charakteru zobowiązania – może być więc wyrażone w jednym dokumencie, jak również być podparte całym pakietem innych dokumentów. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego tylko przy pomocy jednego dokumentu zawierającego pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, czy też przy pomocy wielu dokumentów tworzących w całości takie zobowiązanie, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Tylko w taki sposób, poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z jego zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcę posiadania (w przypadku uzyskania zamówienia) prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: - „*udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...*” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nie posiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia. Tytułem przykładu można przytoczyć

okoliczności występujące w jednej ze spraw rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, w której zamawiający wskazał jako warunek udziału w postępowaniu wykonanie co najmniej jednego zadania w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł. Odwołujący wskazał dwie roboty, pierwszą o wartości brutto 30 969 286,65 zł, drugą o wartości 6 278 124,54 zł, przy czym z przedłożonych referencji wynikało, że roboty o mniejszej wartości wykonał odwołujący, natomiast roboty o większej wartości wykonał podmiot trzeci – odrębna spółka. Odwołujący załączył do oferty oświadczenie tej spółki zgodnie, z którym spółka ta „udostępnia zgodnie z art. 26 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych celem złożenia oferty przetargowej wiedzę i doświadczenie”. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się dysponowaniem doświadczeniem podmiotu trzeciego odwołujący nie wskazał, w jaki sposób będzie tym doświadczeniem dysponował. Co więcej, kwestia zakresu objętego oświadczeniem udostępnienia nie była znana nawet samemu wykonawcy, który na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdził, iż treścią zobowiązania będzie być może udostępnienie pracowników podmiotu trzeciego, ale prawdopodobnie wykonawca będzie realizował te prace sam. Jak słusznie w tych okolicznościach Izba wskazała, doświadczenie podmiotu trzeciego, zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, można przy wykonaniu danych prac wykorzystać, ale generalnie poprzez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, czyli wykonanie przez niego części zamówienia. Wykonawca może więc stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że w tej części zamówienie wykona firma, która posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmiennej praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów postępowania a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówienia powierzaloby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego na etapie postępowania warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ale także obejście przepisów i zastosowanego w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia¹².

¹² Zob. wyrok z dnia 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1741/10). Zob. również opinia UZP - *Warunki*

W innym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, iż zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem¹³.

W sytuacji, której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodni dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Wykonawca, który wykaże (udowodni) swoje prawo do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego ma prawo do przedstawienia w tym zakresie, w miejsce dokumentów odnoszących się do wykonawcy, dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, np. wykazu pracowników i sprzętu tego podmiotu, referencji, itp. zgodnie z wymaganiami odnośnie dokumentów stawianymi przez zamawiającego wykonawcom.

dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych,) dostępna na stronie www.uzp.gov.pl.

¹³ Wyrok z dnia 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10)

Podkreślić należy, iż w sytuacji, gdy wykonawca spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, bez powoływania się na zasoby innych podmiotów, fakt realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy nie powoduje konieczności przedkładania przez wykonawcę, w celu weryfikacji jego zdolności podmiotowych do realizacji zamówienia, żadnych dokumentów dotyczących podwykonawcy.

Natomiast, jeżeli, zgodnie § 1 ust. 2 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), wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia, tj.: 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia; 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy; 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej

niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia, i tylko w odniesieniu do sytuacji, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do wykonawców, poprzez wskazanie analogicznych dokumentów jak tych żądanych bezpośrednio od wykonawców, w zakresie określonym rozporządzeniem.

Niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji wyżej określonej właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Konkluzje:

- 1. Obowiązkiem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował.**
- 2. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. A w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.**

- 3. Zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, i tylko pod warunkiem, gdy wykonawca przy wykazywaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia.**
- 4. Niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji, w której w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia polega on na zasobach podmiotów trzecich, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.**

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zagadnienie dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w świetle nieprawidłowości stwierdzonych w świetle wyników kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 206 poz. 1591) został wprowadzony art. 26 ust. 2b, umożliwiający wykonawcom posługiwanie się zasobami innych podmiotów w celu uwiarygodnienia zdolności wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. Zgodnie z treścią ww. przepisu, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wprowadzenie powyższej regulacji było konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.). Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a

tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Możliwość posiłkowania się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego została już wcześniej dopuszczona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Szczególnie istotne dla kształtowania się takiego podejścia były następujące wyroki:

- wyrok ETS z 14 kwietnia 1994 r. sprawa C-389/92 – Ballast Nedam Groep I, gdzie Trybunał wskazał, że ówczesne obowiązujące przepisy z zakresu zamówień publicznych zezwalają przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca przy składaniu wniosku o zakwalifikowanie w procesie o udzielenie zamówienia publicznego składanego przez główną osobę grupy, na uwzględnienie przedsiębiorstw należących do tej grupy, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsiębiorstw, niezbędnymi do wykonania zamówienia.

- wyrok ETS z 18 grudnia 1997 r. sprawa C-5/97 Ballast Nedam Groep II, w którym Trybunał orzekł, że zamawiający ma obowiązek, jeśli jest udowodnione, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotów trzecich, które są niezbędne do wykonania prac, uwzględnić potencjał osób trzecich przy ocenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

- wyrok ETS w sprawie *Holst Italia*, w którym Trybunał odniósł się do wątpliwości czy tezy orzeczeń wydanych w ww. sprawie *Ballast* można stosować w drodze analogii do sytuacji, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne chcąc wykazać, że ma „techniczne i finansowe kwalifikacje stanowiące warunek dopuszczenia do postępowania o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na informacjach o innej spółce będącej jedynym udziałowcem jednej ze spółek, dla których ta pierwsza jest spółką holdingową” orzekł, że „podstawowe rozstrzygnięcie zawarte w orzeczeniach Trybunału w sprawach *Ballast Nedam Groep I* i *Ballast Nedam Groep II* ma w drodze analogii zastosowanie do sytuacji takiej, jak w obecnej sprawie. Komisja podkreśliła jednak, że nie można domniemywać, iż oferent ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby potrzebne do wykonania zamówienia niezależnie od charakteru jego stosunku prawnego z członkami grupy, której stanowi część (...)”. Tym samym Trybunał dopuścił możliwość „wykazania przez usługodawcę że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w

postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia”.

Wracając na grunt polskiej ustawy zwrócić uwagę należy na kilka istotnych kwestii związanych ze stosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przede wszystkim przepis ten nie wymaga od wykonawcy powoływania się na zasoby innych podmiotów w zakresie szerszym niż niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z treści ww. regulacji, zgodnie z którą wykonawca jest „zobowiązany udowodnić, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia”, przedstawiając „zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów”. Pod pojęciem „niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia”, zgodnie z wykładnią językową należy rozumieć zasoby, którymi dysponowanie stanowi warunek konieczny do realizacji zamówienia, tj. takie zasoby, bez których prawidłowa realizacja zamówienia nie byłaby w ogóle możliwa.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego minimalny poziom zasobów wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp określa zamawiający zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis ten, rozumiany jako konkretyzacja warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zasoby, jakie w ocenie zamawiającego są niezbędne do realizacji zamówienia i którymi musi dysponować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Nieco inaczej kwestia ta wygląda w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Stosownie bowiem do przepisów art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 oraz 60 d ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza odpowiednio do składania ofert, składania ofert wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego tylko tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zatem w postępowaniach prowadzonych w ww. trybach dysponowanie niezbędnym potencjałem nie gwarantuje zaproszenia do składania ofert w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiła większa liczba wykonawców. W takim bowiem przypadku zaproszenie do składania ofert, ofert

wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego otrzymują ci wykonawcy, którzy dysponują potencjałem większym niż ten, który został przez zamawiającego uznany za niezbędny.

Na tym tle pojawia się pytanie: *czy wykonawca może biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w jednym z ww. trybów, powołując się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania lepszego niż inni wykonawcy spełniania warunków udziału w postępowaniu?*

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie pamiętać należy przede wszystkim o istocie omawianej regulacji, której celem jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału swoich partnerów gospodarczych. Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zgodnie z ww. przepisem wykonawca powołuje się jedynie na niezbędne do realizacji zamówienia zasoby podmiotu trzeciego. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający – w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.

Kolejną kwestią wyłaniającą się na tle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest ciążący na wykonawcy obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Ustawa nie precyzuje za pomocą ilu i jakich dokumentów wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował. Zgodnie

bowiem z omawianym przepisem „(...) Wykonawca w takiej sytuacji (tj. powołania się na zasoby podmiotu trzeciego – przyp. wł.) zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (...)”. Ustawodawca nie narzucił również formy oraz treści, jakie powinno mieć owo zobowiązanie. Może ono więc przybrać zarówno formę jednej z umów nazwanych, o których mowa w kodeksie cywilnym, umowy nienazwanej, jak również oświadczenia woli podmiotu trzeciego. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Tym samym niedopuszczalna jest taka sytuacja, w której wykonawca przedstawia abstrakcyjne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia jego potencjału wyłącznie w celu formalnego wykazania spełniania takiego warunku, gdy w rzeczywistości wykorzystanie przez wykonawcę takiego potencjału będzie obiektywnie niemożliwe. Sytuacja taka będzie w szczególności zachodziła wówczas, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku doświadczenia powołuje się na doświadczenie wielu podmiotów, podczas gdy rzeczywisty udział tak wielu podmiotów jednocześnie w realizacji danego zamówienia byłby nie do pogodzenia z zasadami prawidłowego i racjonalnego wykonywania danego rodzaju działalności. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie narzuca formy, w jakiej wykonawca ma wykazać, iż rzeczywiście będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, jednakże wydaje się, że w świetle art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy sektorowej, a w szczególności w kontekście przywołanych powyżej orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, treść takiego oświadczenia powinna wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia, a co za tym idzie - określać kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. W sytuacji zaś, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wówczas zamawiający może też żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów

trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817).

Warto również poświęcić kilka słów kwestii możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia podmiotu trzeciego. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1026/10), która stwierdziła, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału kadrowego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu celem potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu jest dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy dokument zawierający oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu przez ten podmiot na rzecz wykonawcy potencjału osobowego obarczony jest błędem z uwagi na wskazanie w nim innego podmiotu niż wykonawca, zamawiający powinien zastosować procedurę uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skład Izby uznał, że brak wskazania w treści ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów dokumentu, jakim jest pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału osobowego wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie uniemożliwia skierowania wezwania o uzupełnianie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Katalog dokumentów podmiotowych (na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu) określony przepisami tego rozporządzenia jest zamknięty, niemniej jednak, zdaniem KIO nie można pominąć w tym zakresie przepisu szczególnego ustawy Pzp, który samodzielnie stanowi podstawę do określenia możliwości złożenia przez wykonawcę takiego właśnie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia tego właśnie dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp, nie może prowadzić do odmówienia właściwości dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu temu dokumentowi wskazanemu w przepisach samej ustawy Pzp. Stąd też zamawiający, w razie zaistnienia przesłanek skutkujących koniecznością uzupełnienia lub wyjaśnienia treści oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów, jest zobowiązany skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Problematyczna w praktyce okazuje się kwestia rozumienia uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia w kontekście powoływania się przez wykonawcę na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego. Co do zasady bowiem odróżnić należy sytuację, w której wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego od sytuacji, w której wykonawca część zamówienia zleca podwykonawcy. Różnica wyraża się przede wszystkim w tym, że wykonawca powołując się na potencjał podmiotu trzeciego jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że rzeczywiście będzie tym potencjałem dysponować. W tym celu wykonawca może przedstawić w szczególności pisemne zobowiązanie takiego podmiotu, co w konsekwencji oznacza, że już na etapie trwania postępowania wykonawca ma obowiązek wskazać, z potencjału jakiego – konkretnego - podmiotu trzeciego będzie korzystać. Dodatkowo, jeśli zamawiający zgodnie z dyspozycją § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w *sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 ww. rozporządzenia, wykonawca ma obowiązek dokumenty takie załączyć do oferty. Natomiast w sytuacji, gdy wykonawca oświadcza, że część zamówienia wykona za niego podwykonawca (vide: art. 36 ust. 5 ustawy Pzp), nie musi on wskazywać konkretnej firmy, której powierzy wykonanie części zamówienia ani też nie ma obowiązku załączania żadnych dodatkowych dokumentów. W tym miejscu warto zauważyć, że w przypadku udostępniania niektórych kategorii zasobów określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp niezbędny jest co do zasady udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. W tym sensie powołanie się wykonawcy na potencjał podmiotów trzecich wiąże się z zagadnieniem podwykonawstwa. Innymi słowy w takiej sytuacji podmiot trzeci może być zarazem podwykonawcą. Dobrym przykładem takiej sytuacji jest powołanie się wykonawcy na potencjał podmiotu trzeciego, jakim jest jego doświadczenie. Doświadczenie jest bowiem atrybutem nierozzerwalnie związanym z podmiotem, który je nabył w drodze bezpośredniego uczestnictwa w określonym zdarzeniu (tj. wykonywaniu przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych). Jest to suma wiadomości i umiejętności zdobytych w wyniku obserwacji poszczególnych sytuacji składających się na dane zdarzenie, a także wynikających z konieczności rozwiązywania problemów, podejmowania decyzji i podejmowania określonych działań. Jakkolwiek poszczególne składniki tak rozumianego doświadczenia mogą być osobno przekazane innym podmiotom (np. w drodze wykładów,

szkoleń czy realizacji umów know-how), to jednak przekazanie całokształtu elementów składających się na ogół doświadczenia nie jest możliwe. Nie jest możliwe oddzielenie doświadczenia od podmiotu, który je posiada i oddanie go samego do dyspozycji wykonawcy. Każdorazowo zatem udostępnienie doświadczenia powinno wiązać się z uczestnictwem udostępniającego w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca.

Przepisy ustawy Pzp nie przewidują również ograniczeń co do liczby wykonawców, którym jeden podmiot może użyczyć wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego czy też osób. Bez znaczenia zatem pozostaje fakt, iż ten sam podmiot trzeci użycza swoich zasobów w ramach tego samego postępowania kilku wykonawcom, jak również, że jednemu użycza wiedzy i doświadczenia, a innemu wsparcia technicznego, o ile odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego będzie miało charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą realnie dostępne przy wykonaniu zamówienia, a działanie takie nie będzie naruszało uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymienia następujące obszary, w zakresie których wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich: wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowe, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wątpliwości budzi natomiast możliwość powołania się przez wykonawcę na potencjał ekonomiczny innego podmiotu. Obszar ten nie został bowiem uwzględniony w omawianym przepisie. Odwołując się jednak do treści przytoczonych na wstępie niniejszego artykułu uregulowań zawartych w obu dyrektywach, tj. klasycznej i sektorowej, wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi zamawiającemu wykazać, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Należy mieć na uwadze, że ww. regulacja wskazuje, iż wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w uzasadnionych przypadkach, a zatem nie w każdej sytuacji. Jednocześnie należy zauważyć, że stosownie do przywołanych wyżej wyroków ETS, jeśli spółka przedstawia dokumentację dotyczącą jej zależnych spółek, musi ona dowieść, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów. W związku z powyższym, nawet dopuszczenie w świetle regulacji zawartych w obu dyrektywach, aby wykonawca w

celu wykazania posiadania odpowiedniego przychodu powołał się na potencjał ekonomiczny podmiotu trzeciego, wymaga udowodnienia przez wykonawcę, że podmiot trzeci rzeczywiście udostępnił mu swoje zasoby w tym zakresie i wykonawca będzie mógł tymi zasobami rozporządzać. Z uwagi na fakt, że zasoby ekonomiczne są ściśle związane z podmiotem, którego dotyczą stwierdzić należy, iż do wykazania okoliczności rzeczywistego dysponowania tymi zasobami nie jest wystarczające samo oświadczenie o oddaniu tych zasobów do dyspozycji. Wykonawca powinien zatem wykazać za pomocą stosownych dokumentów, jakie zasoby są mu udostępniane przez podmiot trzeci oraz fakt, iż będzie mógł z zasobów tych korzystać.

Przykłady naruszeń stwierdzonych w wynikach kontroli oraz ustaleń postępowań wyjaśniających przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu:

Przykład nr 1 (KU/130/10)

Jeden z wykonawców – firma Erbud S.A., który złożył ofertę wykonania zamówienia, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego doświadczenia oparł się na doświadczeniu innych podmiotów: Techniserv s.r.o., Rekma – Trading s.r.o., Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty – Łódź” S.A. Podmioty te złożyły zobowiązanie o treści, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Pismem z dnia 17.06.2010 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp firmę Erbud S.A. do uzupełnienia dokumentów – odpisów z właściwego rejestru, wystawionego nie wcześniej niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert, odnośnie ww. podmiotów.

W myśl § 1 ust. 2 *Rozporządzenia 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), jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu od tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia. Brzmienie ww. przepisu daje zatem zamawiającemu uprawnienie do żądania tych dokumentów, nie nakłada natomiast na niego

takiego obowiązku. Realizacja tej możliwości następuje poprzez określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

W niniejszym stanie faktycznym, zamawiający odnosząc się do sytuacji korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu zaznaczył jedynie, że do oferty należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Nie wskazał przy tym, że należy przedłożyć również inne dokumenty wymienione w ww. rozporządzeniu, w szczególności odpis z rejestru dot. podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie się opierał. Zatem żądanie dopiero na etapie oceny ofert przedłożenia tego dokumentu należy uznać za bezpodstawne.

Tym samym, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający żądając od wykonawcy na etapie oceny ofert przedłożenia dokumentów, których nie wymienił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako wymaganych, naruszył art. 26 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

Przykład nr 2 (KU/139/10)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający m.in. wymagał, aby:

- a) w celu wykazania spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali uprawnienia do wykonywania działalności w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego w rozumieniu przepisów *Ustawy o ochronie osób i mienia* z dnia 22.08.1997 r. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożenia koncesji w zakresie ochrony osób i mienia realizowanej w formie zabezpieczenia technicznego, zgodnie z wymogami określonymi w *Ustawie o ochronie osób i mienia*.
- b) wykonawcy wykazali, że wykonali należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jeden wózkowy system transportu bagażu rejestrowanego (DCV) za kwotę netto minimum 12 mln PLN i co najmniej jeden system wielopoziomowej kontroli bezpieczeństwa

bagażu za kwotę netto minimum 8 mln PLN. W celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żądał wykazu zrealizowanych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, spełniających ww. warunki z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że zamówienia te zostały wykonane należycie.

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyło 2 wykonawców:

1. VANDERLANDE INDUSTRIES B.V.

2. Konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp. z o.o.

Należy zauważyć, że obydwaj wykonawcy w celu wykazania spełniania ww. warunków korzystali z potencjału podmiotów trzecich. Wykonawca VANDERLANDE INDUSTRIES B.V. na potwierdzenie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności w zakresie ochrony osób i mienia, o którym mowa w punkcie a) przedstawił koncesję w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego udzieloną Panu Tomaszowi Wojewodzie w ramach przedsiębiorstwa MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. oraz oświadczenie ww. podmiotu, o następującej treści „zobowiązujemy się na czas realizacji przedmiotowego zamówienia wynikający z oferty złożonej przez VANDERLANDE INDUSTRIES B.V do udostępnienia im naszej wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizowanych przez nas inwestycji oraz oddania ich temu wykonawcy do dyspozycji w zakresie koncesji w zakresie ochrony osób i mienia”.

Wykonawca konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp.z o.o. na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia przedłożył natomiast wykaz wykonanych zamówień, w którym wymienił m.in. zadanie „Wykonanie wózkowego systemu transportu bagażu rejestrowanego DCV wraz z dostawą i zintegrowaniem systemu” zrealizowane przez firmę BEUMER Maschinenfabrik GmbH dla Lotniska Trudeau w Montrealu, wraz z oświadczeniem ww. podmiotu o „udostępnieniu wykonawcy swoich zasobów w postaci doświadczenia i wiedzy w realizacji inwestycji podobnych do inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia na cały okres realizacji zamówienia, a co za tym idzie referencji na wózkowy system transportu bagażu rejestrowanego DCV, celem ich przedłożenia zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Należy zauważyć, że z dokumentów dołączonych do ofert wykonawców nie wynika, jakimi zasobami związanymi z wiedzą i doświadczeniem dysponuje wykonawca oraz czy są to zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W opisanej sytuacji zamawiający, wobec zaniechania obowiązku wykazania przez wykonawców w jaki sposób będą dysponowali wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia, zobowiązany był zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienie w zakresie dostępnych im zasobów podmiotów trzecich. Zaniechanie zamawiającego w tej sprawie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy VANDERLANDE INDUSTRIES B.V. nie została uznana za najkorzystniejszą Prezes Urzędu uznał, że wzywanie tego wykonawcy o wyjaśnienia na tym etapie postępowania nie jest celowe.

Natomiast w stosunku do wykonawcy konsorcjum firm Hydrobudowa Polska S.A., Atrem S.A., Dimark Sp.z o.o., którego ofertę uznano za najkorzystniejszą Prezes Urzędu zalecił, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień o sposobie dysponowania wiedzą i doświadczeniem firmy BEUMER Maschinenfabrik GmbH w zakresie doświadczenia w wykonaniu wózkowego systemu transportu bagażu rejestrowanego DCV na etapie realizacji zamówienia. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie będą wykazywały dysponowania wiedzą i doświadczeniem, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania wózkowego systemu transportu bagażu rejestrowanego (DCV) o wartości min. 12 mln zł.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

Przykład nr 3 (KU/150/10)

W kontrolowanym postępowaniu, w celu wykazania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał złożenia wykazu zawierającego wskazanie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami.

Z treści załącznika nr 8 do SIWZ „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” wynika, że „wykonawca zobowiązany jest dołączyć w szczególności pisemne zobowiązanie podmiotu, który odda mu do dyspozycji osobę na okres wykonania zamówienia - jeżeli wykonawca wykaże, że będzie dysponował osobą”.

W ofercie złożonej przez wykonawcę Konsorcjum CETUS - Energetyka Gazowa Sp. z o.o. (lider) w ww. wykazie wykonawca oświadczył, że podstawą do dysponowania osobą - Panem A. Rygol - kierownikiem robót sanitarnych jest zobowiązanie. Wskazane zobowiązanie nie zostało załączone do oferty. W toku kontroli ustalono, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach

finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt nie złożenia przez wykonawcę zobowiązania, oraz dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać, że zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem uzupełnienia brakujących dokumentów.

Wobec powyższego, zaniechanie uzupełnienia zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

Przykład nr 4 (KU/190/10)

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że o udzielenie niniejszego zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na zrealizowaniu ściany szczelinowej dla obiektu budowlanego, w tym jedna robota winna dotyczyć obiektu o kubaturze podziemnej nie mniejszej niż 20 000 m³, przy wartości robót nie niższej niż 5 mln PLN brutto każda oraz potwierdzą, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W przypadku gdy wniosek składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia lub wykonawca polegał będzie na doświadczeniu innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co najmniej jeden podmiot (jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy) musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej.

Konsekwencją opisanego sposobu oceny spełniania warunku w ww. sposób było wykluczenie wykonawcy Hochtief Polska S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to,

że wykonawca nie wykazał, że on lub podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane samodzielnie.

Jednocześnie z dokumentacji postępowania wynika, że ww. wykonawca w wykazie robót wskazał dwie roboty budowlane, które odpowiadały wymaganiom zamawiającego, w tym jedną wykonaną przez wykonawcę, a drugą wykonaną przez podmiot trzeci - firmę Geocomp sp. z o.o. Ponadto, z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynika także, że w ocenie zamawiającego warunek doświadczenia postawiony w przedmiotowym postępowaniu jest zgodny z przepisami ustawy Pzp, a w szczególności nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 22 ust. 4, art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w przypadku oceny spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest brać pod uwagę łączny potencjał podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednakże „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zdaniem zamawiającego, nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczenia poszczególnych członków konsorcjum. Określenie „łącznie” należy interpretować w ten sposób, że to każdy z członków konsorcjum może wykazać się realizacją wymaganego zamówienia, a wykazanie się tą umiejętnością przez jednego z wykonawców zwalnia pozostałych z tego obowiązku.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem,

stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy.

Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. w wyroku z dnia 23 lipca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1432/10).

Tym samym, w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną posiadaną wiedzę i doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego poprzez konieczność wykonania co najmniej 2 robót budowlanych warunku udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępnia wykonawcy swój potencjał.

Mając na uwadze powyższe rozważania należy uznać, że zamawiający nie może wymagać posiadania wiedzy i doświadczenia przez jednego członka konsorcjum lub podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. W świetle powyższego, opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku niniejszej kontroli. Nie zostały one uwzględnione ani przez Prezesa Urzędu ani przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. KIO/KU 83/10).

Przykład nr 5 (KU/54/11)

Jak wynika z pkt 8.3.1 siwz, w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o niniejsze

zamówienie wykazał się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m., w tym co najmniej 1 wiadukt kolejowy. Na potwierdzenie powyższego warunku zdolności technicznej wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych robót – w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i zamawiających, oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie. Jeżeli wykonawca polegałby na doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Mostostal Białystok Sp. z o.o. w załączniku nr 6 do oferty tj. w wykazie wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat zamówień wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego, firmy VAHOSTAV – SK polegającym na budowie mostów i wiaduktów realizowanych w ramach budowy Autostrady D1 w Vrtižer – Hričovské Podhradie. Firma VAHOSTAV – SK złożyła także oświadczenie o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Jednakże w załączniku nr 8 do oferty, tj. w wykazie robót przeznaczonych do podwykonania, wykonawca nie wskazał robót polegających na budowie lub przebudowie obiektów typu most lub wiadukt jako robót, które zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom, pomimo braku posiadania samodzielnie takiego doświadczenia. Z oferty nie wynikało także, w jaki inny sposób firma VAHOSTAV – SK zamierza udostępnić wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Należy zauważyć, że z dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy nie wynika, jakimi zasobami związanymi z wiedzą i doświadczeniem dysponuje wykonawca oraz czy są to zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W opisanej sytuacji zamawiający, wobec zaniechania obowiązku wykazania przez ww. wykonawcę, w jaki sposób będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia, zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie dostępnych mu zasobów podmiotu trzeciego. Zaniechanie zamawiającego w tej sprawie narusza art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy Mostostal Białystok Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą Prezes Urzędu zalecił, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień o sposobie dysponowania wiedzą i doświadczeniem firmy VAHOSTAV – SK w zakresie doświadczenia w budowie mostów i wiaduktów na etapie realizacji zamówienia. W przypadku udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie będą wykazywały dysponowania wiedzą i doświadczeniem, Prezes Urzędu zalecił wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, doświadczenia w realizacji zamówienia lub zamówień obejmujących łącznie budowę lub przebudowę co najmniej 5 (pięciu) obiektów typu: most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m., w tym co najmniej 1 (jeden) wiadukt kolejowy.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do ww. naruszenia opisanego w wyniku niniejszej kontroli.

Przykład nr 6 (KU/72/11)

Pismami z dnia 10.03.2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, m.in. do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, które udostępniały tym wykonawcom osoby zdolne do wykonania

przedmiotu zamówienia na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a których zobowiązania do udostępnienia ww. osób zostały załączone do ofert ww. wykonawców. Zamawiający wskazał przy tym, że w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, i brania przez te podmioty udziału w realizacji części zamówienia, należy przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w §2 ust. 1 pkt 1 i 2 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* (pkt 1.A.1-2 siwz).

Wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firm Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. Zobowiązanie tych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawca ten przedłożył w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10.03.2011 r. do wyjaśnienia/uzupełnienia wykazu osób. Jak wynika z treści tych zobowiązań, Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. oświadczyły, że w przypadku, gdy wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. uzyska przedmiotowe zamówienie, udostępnią mu osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, że brak jest w oświadczeniach ww. firm deklaracji, że będą one brać udział w wykonaniu niniejszego zamówienia.

Zgodnie z §1 ust. 2 ww. rozporządzenia jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brać udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w §2 ww. rozporządzenia. Jak wynika z powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia i tylko pod warunkiem, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby tych podmiotów i będą one uczestniczyły w realizacji zamówienia. Oczywistym jest, że nie zawsze okoliczność dysponowania zasobami podmiotu trzeciego musi się wiązać z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim

może ograniczać się jedynie do zobowiązania udzielenia wykonawcy niektórych zasobów (np. pożyczki, wdzierzawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, tak jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie), co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie był uprawniony w niniejszym stanie faktycznym do wezwania wykonawcy POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów podmiotów trzecich, które udostępniły mu swój potencjał w zakresie osób zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia, jednakże nie oświadczyły, że będą uczestniczyć w jego realizacji. Stąd też uznać należy, że zamawiający naruszył przepis art. 26. ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.03.2011 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. z niniejszego postępowania. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że: „Zamawiający w piśmie wzywającym Wykonawcę do złożenia wyjaśnień/uzupełnień napisał, że w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 1 siwz, Wykonawca winien załączyć nowy wykaz osób. W przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i brania przez te podmioty udziału w realizacji części zamówienia należy przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt 1.A.1.-2 siwz. Wykonawca nie załączył dokumentów wymienionych w pkt 1.A.1-2 siwz, tj. (...). Z racji tego, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz w odniesieniu do tego samego dokumentu, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do ponownego złożenia dokumentu i oświadczenia dla firmy Security System Integration S.A. oraz Instal – Lublin Sp. z o.o. Wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.”

Pismem z dnia 25.06.2011 r. wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. wyjaśnił, że firmy udostępniające swoich pracowników na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia, stąd też nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. powołał się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zarówno firma INSTAL – LUBLIN Sp. z o.o. jak i Security Sestem Integration S.A. zobowiązały się jedynie do udostępnienia ww. wykonawcy odpowiednich osób, nie zaś do udostępnienia osób i udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie miał więc podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów podmiotu trzeciego.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że wykluczając wykonawcę POLIMEX – MOSTOSTAL S.A. z niniejszego postępowania na podstawie art. 24. ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający naruszył ww. przepis.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do wyniku niniejszej kontroli.

Przykład nr 7 (SK 266/11/DKUE)

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, iż zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert - cenę (waga 90%) oraz termin wykonania (waga 10%). W terminie składania ofert zostało złożonych 6 ofert, przy czym została odrzucona oferta wykonawcy Zakład Kamieniarsko-Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk, który złożył ofertę z najniższą ceną, tj. 363.623,67 zł brutto oraz najkrótszym terminem wykonania, tj. do 31 sierpnia 2011 r. (tj. ofertę najkorzystniejszą). Zamawiający wskazał, iż odrzucił ww. ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako uzasadnienie faktyczne wskazując m.in., iż: *w siwz wymagane było dołączenie do oferty zgodnie z rozdziałem VI pkt 18 załącznika nr 8 dane dotyczące innych podmiotów. W przypadku ich braku należało tabelę wykreślić lub napisać nie dotyczy. Tymczasem, z treści przedmiotowej oferty nie można w jednoznaczny sposób określić, czy wykonawca wykona przedmiot zamówienia sam czy z podwykonawcami. Tym samym oferta wykonawcy także nie odpowiada treści siwz w opisanym zakresie. (...).*

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający żądał od wykonawców, aby w ofercie przekazali *dane dotyczące innych podmiotów* (załącznik nr 8 do siwz). W ww. dokumencie należało podać nazwę (firmę) i adres podmiotu, powierzona część zamówienia (opis) oraz szacunkową wartość powierzonej części zamówienia. Ponadto, zgodnie z uwagą zawartą w niniejszym załączniku „*wykonawca jest zobowiązany dołączyć do*

oferty pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia wraz z:

- a) wykazem wykonanych robót budowlanych (rozdz. VI pkt 12 siwz),*
- b) wykazem narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (rozdz. VI pkt 13 siwz),*
- c) wykazem osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z oświadczeniem (rozdz. VI pkt 15 i 16 siwz)”.*

Wykonawca Zakład Kamieniarsko – Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk nie przedłożył w swojej ofercie ww. dokumentu. Jednakże z treści oferty wynika, że ww. wykonawca nie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia. W szczególności, na potwierdzenie spełniania opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu wykazał się on robotami budowlanymi wykonanymi samodzielnie (załącznik nr 4), własnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi (załącznik nr 5), zaś jako podstawę dysponowania wymaganymi osobami, które miały uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wskazał „umowę – zlecenie”. Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wykonawca nie był zobowiązany udowadniać zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności poprzez przedstawienie mu w tym celu pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Kamieniarsko – Betoniarski PROBET Piotr Prusaczyk w związku z brakiem załącznika nr 8 *dane dotyczące innych podmiotów* stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...).

Przykład nr 8 (SK 331/11/DKUE)

Jak wynika z (...) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych (...), zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg, aby wykonawcy wykazali, iż *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej wykonali i prawidłowo ukończyli co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynków użyteczności publicznej*

odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł każda z nich oraz udokumentują, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni byli przedłożyć wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (...) z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. (...).

Na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo – Usługowe Sp. z o.o. przedłożył wykaz robót wraz z referencjami, jak również zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pisemne zobowiązanie innego podmiotu – firmy ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z Białegostoku, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

(...) zamawiający Gmina Krypno dokonał wykluczenia wykonawcy ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo – Usługowe Sp. z o.o., który przedłożył ofertę najkorzystniejszą, tj. z najniższą ceną za realizację przedmiotu zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jako faktyczne uzasadnienie wykluczenia ww. wykonawcy zamawiający wskazał fakt zakończenia robót przedstawionych w wykazie w latach 2008 – 2009, a firma składająca ofertę, tj. ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo – Usługowe Sp. z o.o. została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 30 kwietnia 2010 r. (...).

W odniesieniu do zarzutu wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu należy wskazać na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest zatem powoływanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na wiedzę i

doświadczenie innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu udowodnienia spełniania tych warunków i w konsekwencji uzyskania danego zamówienia.

Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 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), w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunków wiedzy i doświadczenia, zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych (...), wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...).

W związku z powyższym nie ma znaczenia, iż wykonawca ZUP Przedsiębiorstwo Budowlane Handlowo – Usługowe Sp. z o.o. został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 30 kwietnia 2010 r., gdyż skoro powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, może on wykazać się robotami budowlanymi realizowanymi przez ten podmiot za okres ostatnich 5 lat, obejmujących lata m.in. 2008 – 2009.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu ww. wykonawca spełnił warunek dotyczący posiadanej wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jako nie spełniający warunków udziału w postępowaniu.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych dotyczące powoływania się na zasoby podmiotów trzecich

Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 636/11

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, cyt. *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.* Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego. Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.* Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego. Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Zamawiającego w powyższej kwestii uznać należy za chybione. Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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), to przepis § 6 ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja dokonana przez Zamawiającego, że przepis rangi rozporządzenia, dalej również specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż w/w akty prawne. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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) nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów. Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może Zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Obowiązek prawny nałożony na wykonawcę przedstawienia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie udostępniał zasoby wykonawcy, ma zabezpieczać Zamawiającego i interes publiczny przed działaniami wykonawców, którzy z naruszeniem prawa chcieliby uzyskać zamówienie.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1771/11

Skład orzekający Izby, w tym konkretnym przypadku uznał, że możliwość skorzystania z zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wiązać musiała się z wykazaniem podwykonawstwa, czyli uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia. Uznano jednakże, że prawidłowo wykazano zakres podwykonawstwa i charakter jego realizacji, to zaś było wystarczające do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podkreślał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje się, iż dysponowanie udostępnionymi przez podmiot trzeci zasobami musi być jednoznaczne, nie może być przedmiotem domysłów Zamawiającego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu. Ponownie zauważyć należy, iż niewątpliwie są to twierdzenia prawdziwe, których doniosłości i oczywistości, skład orzekający rozpoznający niniejsze odwołanie, nie neguje. Odwołujący nie wskazał jednak w jakim zakresie w przywołanego powyżej, dokumenty złożone przez Przystępującego nie odpowiadają tym wymaganiom. W ocenie składu orzekającego treść dokumentów złożonych przez Przystępującego zawiera co najmniej minimalne dane pozwalające na identyfikację samych stron, zakresu udostępniania oraz jego podstawy, określono zasady współpracy w związku z udostępnianiem oraz cel i czas udostępniania, jak również zawarto oświadczenie wykonawcy o zamiarze skorzystania z zasobów innego podmiotu w związku z realizacją przedmiotu objętego postępowaniem na formularzu ofertowym. W ocenie Izby wykonawca X – Przystępujący uczynił zadość żądaniom Zamawiającego dołączając zobowiązania podmiotów udostępniających swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, dołączając wykaz usług i listy referencyjne wystawione na rzecz wskazanych powyżej podmiotów, jak również precyzując zakres czynności, które zamierza im powierzyć do wykonania jako podwykonawcom w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To zaś prowadzi do wniosku, że deklaracja o udostępnieniu swojej wiedzy i doświadczenia, którą ustawa Pzp wymienia jako szczególny przykład dowodu na dysponowanie zasobami, zawierała, wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacje niezbędne do oceny przez Zamawiającego, czy wykonawca składający ofertę rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1849/11

W oświadczeniu podmiotu trzeciego na stronie 108-109 oferty Przystępującego zawarto postanowienie w następującym brzmieniu: „zobowiązujemy się, że w razie uzyskania przez ww. wykonawcę powyższego zamówienia publicznego udostępniemy ww. osoby na czas jego realizacji”. Odwołujący twierdził, że powyższe oświadczenie jest warunkowe, a zatem nie gwarantuje Zamawiającemu rzeczywistego korzystania z doświadczenia tego podmiotu, ponieważ uzależnia użyczenie doświadczenia od zawarcia kontraktu. Izba stwierdziła, że powyższy zrzut jest w sposób oczywisty chybiony. Oświadczenie podmiotu trzeciego zakłada udostępnienie zasobu Przystępującemu w sytuacji, gdy uzyska on zamówienie publiczne. W innej sytuacji udostępnienie zasobu Przystępującemu – w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego – nie będzie Przystępującemu potrzebne. Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych stanowi, iż Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Oświadczenie podmiotu trzeciego w ofercie Przystępującego jest zobowiązaniem w pełni odpowiadającym wymogowi art. 2b ust 2b Prawa zamówień publicznych – zobowiązanie do udostępnienia osób w razie uzyskania przez Przystępującego zamówienia publicznego na czas jego realizacji jest równoznaczne ze zobowiązaniem do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 18 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2143/11

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przykładowy sposób udowodnienia i wykazania, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został w szczególności na pisemnym zobowiązaniu tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać, iż dla zachowania formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie

dotyczy. Dlatego też załączenie przez konsorcjum X do oferty kopii pisemnego zobowiązania poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie sposób uznać za prawidłowe, co w dalszej konsekwencji, prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące potencjału technicznego. W tym miejscu należy pamiętać o tym, że wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., dokument dotyczący potwierdzenia dysponowania zasobami podmiotów trzecich, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tak jak każdy inny dokument dotyczący potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie ma wątpliwości, iż dokument taki mieści się w kategorii dokumentów opisanych w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy. (...) Należy podkreślić również, iż dopuszczalność złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie uzasadniają wyjaśnienia zamawiającego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie musi być złożone w formie oryginału, ale mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jako niezgodne z treścią przepisu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. należało uznać je za niewłaściwe.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2213/11

(...) należy wskazać, iż za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu (w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu (tak też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., XIX Ga 92/11). W konsekwencji należy uznać, iż nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Nie sposób bowiem uznać, iż wykonawca udowodnił dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego przedkładając dokument podpisany przez osobę, co do której nie wiadomo, że działała w imieniu podmiotu, na zasoby którego wykonawca się powołuje. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania

podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2234/11

(...) dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt. 2) – 4) Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu.

W oceni Izby z ogólnikowej treści oświadczeń zawartych w ofercie przystępującego nie sposób wywieść jakie zasoby dane podmioty oddają do dyspozycji wykonawcy X., ponieważ oświadczenia nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, zatem są niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Oświadczenia wymienionych powyżej podmiotów udostępniających potencjał wykonawcy X ograniczają się jedynie do stwierdzenia, że podmiot składający oświadczenie zobowiązuje się do oddania do dyspozycji przystępującego niezbędnych zasobów, bez wskazania jakiego rodzaju są to zasoby i w jakiej ilości. Zdaniem Izby, ww. oświadczenia są zbyt ogólnikowe i niewystarczające do stwierdzenia w jakiej ilości i jakiego rodzaju potencjał został udostępniony X w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z nich bowiem, do czego konkretnie zobowiązują się dane podmioty, które złożyły

oświadczenia. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Opatrzanie przez przystępującego ww. oświadczeń treścią, która miałyby doprecyzować i uszczegółowić treść tych oświadczeń należy uznać za nieprawidłowe i niedopuszczalne, ponieważ to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaju i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2294/11

Przystępujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oparł się wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu, udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Przywoływany przepis, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przepisie tym wskazuje się dwukrotnie, iż zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale konieczności zapewnienia sobie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, iż regulacja przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp związana się nierozłącznie z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Regulacja ta służy wykazaniu zamawiającemu, iż zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu na swój potencjał techniczny, ekonomiczny, finansowy, posiadane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienie. Nadto, stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać stosownymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na uwagę

zasługuje okoliczność, iż stosownie do art. 26 ust. 2b w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posilkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy został wzmocniony poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34). Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie uzyskanie samych dokumentów referencji. Na uwagę zasługuje bowiem specyfika zasobu wiedzy i doświadczenia. O ile pojęcie „wiedza” wskazuje na teoretyczną stronę znajomości danego zagadnienia, to jednak pojęcie „doświadczenia” jest szersze i odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. Udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że*

zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”. „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać charakter i specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia i okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. Skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozdzielnie związane jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo – w myśl przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. Analiza zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania przystępującemu zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nie pozwala uznać, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu, iż oddano mu wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie, jak również, że udostępnienie to nastąpiło na czas niezbędny do realizacji zamówienia. W dokumencie tym nie wskazano bowiem czasu na jaki zasób został udostępniony, jak również nie nawiązywał on do uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przystępujący nie udowodnił zatem zamawiającemu w żaden sposób, w jakim okresie i w jaki sposób wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego zostaną przez przystępującego wykorzystane na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zaś źródłem wątpliwości jest fakt, że pomiędzy podmiotem trzecim a przystępującym nie występują żadne powiązania o charakterze kapitałowym, organizacyjnym, a podmiot ten nie będzie wykonywał żadnej części przedmiotu zamówienia albowiem nie będzie podwykonawcą przystępującego.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r. V Ca 3036/10

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Katowicach z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt: XIX Ga 92/11

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO Warszawa-Praga z dnia 8 kwietnia 2011 r. , sygn. akt: IV Ca 180/11

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

Nr 10/2011

**Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych
01.01.2011 – 31.10.2011**

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	142 091	17 627	159 718
O udzieleniu zamówienia	141 865	20 622	162 487
O konkursie	111	27	138
O wynikach konkursu	87	55	142
O zmianie ogłoszenia	31 246	9 427*	40 673
O koncesji na usługi / roboty budowlane	16	16	32
O zamiarze zawarcia umowy	7 056	792	7 848
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	443	443
O profilu nabywcy	-	13	13
RAZEM	322 472	49 022	371 494

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	32,50%	6,20%
Dostawy	35,47%	53,91%
Usługi	32,03%	39,89%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,18%	95,56%
Przetarg ograniczony	0,45%	3,32%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,12%	0,84%
Dialog konkurencyjny	0,04%	0,28%
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%	92%
Cena i inne kryteria	5%	8%	13%	8%

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	184	0,13%
Dostawy	109	0,08%
Usługi	265	0,19%
Razem	558	0,40%

**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	70	0,05%
Dostawy	63	0,04%
Usługi	131	0,09%
Razem	264	0,18%

**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	1 729	1,22%
Dostawy	1 617	1,14%
Usługi	3 743	2,63%
Razem	7 089	4,99%

**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	34 568	24,33%
Dostawy	26 703	18,79%
Usługi	27 297	19,21%
Razem	88 568	62,33%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	29,65%	5,02%
Dostawy	33,98%	41,17%
Usługi	36,37%	53,81%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	82,01%	84,82%
Przetarg ograniczony	0,35%	3,56%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,09%	2,94%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,13%	8,54%*
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,14%
Wolna ręka	14,29%	-
Zapytanie o cenę	2,95%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,15%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	40,439 mld zł
-------------------------	----------------------

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	93%
Średnio	96%

**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	139 935	81,56%
I kw. 2011	35 348	30 182	85,39%
I poł. 2011	79 404	67 560	85,08%
I-III kw. 2011	126 893	101 592	80,06%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	3,93	1,92
Dostawy	2,40	1,51
Usługi	2,75	1,70
Średnio	2,81	1,68

**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%	3%
łódzkie	5%	5%
małopolskie	10%	10%
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)**

Rodzaj zamówienia	2010	2011
Roboty budowlane	40 dni	38 dni
Dostawy	32 dni	31 dni
Usługi	31 dni	29 dni
Średnio	33 dni	31 dni

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

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	4,10%
Administracja rządowa terenowa	2,51%
Administracja samorządowa	53,66%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,53%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,00%
Uczelnie publiczne	4,97%
Podmiot prawa publicznego	0,18%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,10%
Inny	18,96%

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	3,10%
Administracja rządowa terenowa	3,47%
Administracja samorządowa	40,82%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,35%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,17%
Uczelnie publiczne	6,91%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	14,88%
Zamawiający sektorowy	1,32%

Kategorie zamawiających	Udział
Inny	22,98%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	17,34%	25,78%	56,88%
Administracja rządowa terenowa	19,11%	35,42%	45,47%
Administracja samorządowa	41,28%	16,40%	42,32%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	19,31%	42,81%	37,88%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	14,35%	39,98%	45,68%
Uczelnie publiczne	13,93%	56,79%	29,28%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,40%	66,19%	27,41%
Zamawiający sektorowy	6,65%	52,19%	41,16%
Inny	22,94%	38,94%	38,12%

**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	73,39	0,41	0,10	0,22	0,13	21,03	4,38	0,35
Administracja rządowa terenowa	80,78	0,15	0,02	0,17	0,06	12,75	5,37	0,69
Administracja samorządowa	83,58	0,25	0,07	0,11	0,02	13,59	2,20	0,20
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	80,88	0,50	0,13	0,05	0,01	14,48	3,79	0,17
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	65,98	0,84	0,37	0,11	0,00	15,77	16,82	0,11

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Uczelnie publiczne	78,75	0,18	0,10	0,09	0,05	16,25	4,55	0,04
Podmiot prawa publicznego	86,62	0,00	0,00	0,42	0,00	8,49	4,25	0,21
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,68	0,28	0,17	0,10	0,00	8,49	1,24	0,03
Inny	78,27	0,56	0,09	0,19	0,06	17,55	3,24	0,04

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x dostawy	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	1	1 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	2	1 x usługi 1 x dostawy	517 922 EUR
Luksemburg	2	2 x usługi	brak danych
Łotwa	3	3 x dostawy	1 842 359 EUR
Niemcy	4	4 x dostawy	14 372 586 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
Razem	42	26 x dostawy 16 x usługi	140 730 513 EUR

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

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011

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			16	39 717 216	1	2 414 010	1	200 000	18	42 331 226
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	6	624 960 772	27	958 288 526	6	17 851 607			39	1 601 100 906
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	b.d.			1	b.d.
Finlandia	2	184 825 100	3	4 491 925	1	27 836 167			6	217 153 192
Francja			6	5 396 267	8	16 252 096			14	21 648 363
Grecja			1	946 000	2	518 265			3	1 464 265
Hiszpania	7	1 708 065 948	6	12 852 933	8	18 838 820	2	55 000	23	1 739 812 700
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	4	1 771 537					5	140 551 469
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	90	1 317 035 750	19	1 917 693 469			115	3 336 579 400
Norwegia					1	1 750 584			1	1 750 584
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	b.d.					2	21 431 260
Słowacja	1	33 842 170	7	890 808 402	2	1 395 000			10	926 045 572
Szwajcaria			37	66 097 663	3	4 259 484			40	70 357 146
Szwecja			4	6 658 644	1	3 750 000			5	10 408 644
Turcja			3	891 180 837					3	891 180 837

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011

Ukraina			1	b.d.	2	1 779 560			3	1 779 560
USA			9	14 823 360	5	7 902 363			14	22 725 723
Węgry					2	6 500 120	1	25 000	3	6 525 120
Wielka Brytania	1	15 700 000	119	25 164 644	15	32 153 484	1	68 667	136	73 086 794
Włochy			17	27 506 863	5	55 332 876			22	82 839 739
Razem	32	3 766 501 528	384	4 332 988 805	102	2 357 263 434	6	373 667	524	10 457 127 433

* - 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	205	
Zakończone	205	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	140	68%
Stwierdzono naruszenia	65	32%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
ponowna ocena	13	20%
uchybień formalne	52	80%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	94	
Zakończone	88	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	6	7%
Stwierdzono naruszenia	82	93%
W tym: zawiadomienie RDFP	38	46%

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	16	
Zakończone	28	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	3	11%
Stwierdzono naruszenia	25	89%
w tym:		
	25	100%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 8/2011

uchybień formalne	11	44%
zawiadomienie RDFP		

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 370	
Rozpatrzone ogółem	2 328	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	263	11%
Odrzucone	143	6%
Umorzone postępowanie	267	12%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	339	15%
Oddalone	707	30%
Uwzględnione	609	26%

Odwolania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2011 r.	2010 r.
Roboty budowlane	27%	33%
Dostawy	34%	32%
Usługi	39%	35%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2011 r.	2010 r.
Liczba wniesionych skarg	126	201
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	9%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 8/2011

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka Anna Łagocka
Beata Konik 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