

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Grudzień 2013 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
➤ Nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych dot. podwykonawstwa ogłoszona w Dzienniku Ustaw	2
➤ Zmiana w kierownictwie Urzędu Zamówień Publicznych	3
➤ IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna	3
➤ VII Konferencja dot. zrównoważonych zamówień publicznych	4
➤ Seminarium poświęcone możliwościom biznesowym dla sektora prywatnego w ofercie zamówień publicznych agencji systemu Narodów Zjednoczonych.....	4
PRAWO EUROPEJSKIE.....	6
Orzeczenie ETS z dnia 14 listopada 2013 roku w sprawie C-221/12	6
Orzeczenie ETS z dnia 5 grudnia 2013 roku w sprawie C-561/12 Nordecon.....	17
OPINIE PRAWNE	24
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kontekście zmiany nominalnej wartości kontraktu	24
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	26
Przykłady naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w wyniku kontroli Prezesa Urzędu związanych z dokonywaniem zmian siwz i ogłoszenia o zamówieniu	26
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	43
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	43
ANALIZY SYSTEMOWE.....	50
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 30.11.2013.....	50

AKTUALNOŚCI

➤ Nowelizacja ustawy - Prawo zamówień publicznych dot. podwykonawstwa ogłoszona w Dzienniku Ustaw

W dniu 9 grudnia 2013 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej została ogłoszona **ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych**, dotycząca podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych, w szczególności zamówień na roboty budowlane.

Ustawa wejdzie w życie z dniem 24 grudnia 2013 r.

Podstawowym celem ustawy jest uregulowanie w sposób kompleksowy kwestii podwykonawstwa w zamówieniach publicznych w zakresie zagwarantowania podwykonawcom i dalszym podwykonawcom pełnej i terminowej zapłaty należnego im wynagrodzenia, a tym samym wzmocnienie ochrony słuszných praw podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych.

Uregulowania przewidziane w nowelizacji mają także służyć m.in.:

- poprawieniu jakości w zamówieniach publicznych poprzez wybór wykonawców mających odpowiedni potencjał (w szczególności podwykonawczy),
- wzmocnieniu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych,
- ograniczeniu ryzyka pojawiania się sporów na linii zamawiający – wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca na etapie realizacji zamówień publicznych.

Aktualnie obowiązujące przepisy prawa w sposób ograniczony regulują kwestie związane z wykonywaniem umów w sprawie zamówienia publicznego. Jest to szczególnie istotne z uwagi na występujące przypadki nieuregulowania lub nieterminowego uregulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane przez podmioty będące podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami, często mającymi status małych lub średnich przedsiębiorców.

Pomimo tego, że obecne przepisy nie zabraniają regulowania kwestii dotyczących podwykonawstwa w umowach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pojawiające się problemy dotyczące tej materii, wskazują na konieczność wprowadzenia systemowych uregulowań, przewidzianych bezpośrednio w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Rozwiązania przewidziane w ustawie przyczynią się także do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych oraz mają duże znaczenie dla zapewnienia sprawnego i niezakłóconego wykonywania zamówień publicznych oraz uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorstw w realizacji zamówień publicznych.

[Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w Dzienniku Ustaw](#)

➤ **Zmiana w kierownictwie Urzędu Zamówień Publicznych**

W dniu 9 grudnia 2013 r. Prezes Rady Ministrów odwołał Pana Jacka Sadowego z funkcji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Obowiązki Prezesa UZP Premier powierzył Pani Izabeli Jakubowskiej – Wiceprezesowi Urzędu Zamówień Publicznych

➤ **IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna**

W dniu 9 grudnia 2013 r. odbyła się IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna zorganizowana przez Centralne Biuro Antykorupcyjne we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych oraz Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Spotkanie zorganizowano w związku z obchodzonym po raz 10 Międzynarodowym Dniem Przeciwdziałania Korupcji. Nie tylko skuteczne zwalczanie korupcji, ale także działania o charakterze prewencyjnym, profilaktycznym i edukacyjnym należą do zadań Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Dlatego też po raz czwarty Biuro stało się inicjatorem zorganizowania Międzynarodowej Konferencji Antykorupcyjnej. Tematem przewodnim spotkania była w tym roku „Rola urzędów administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych.

Konferencja dzięki życzliwości Marszałek Sejmu została zorganizowana w gmachu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej. W spotkaniu uczestniczyło blisko 300 osób reprezentujących między innymi krajowe i zagraniczne instytucje, organizacje i służby zajmujące się zwalczaniem i zapobieganiem korupcji.

Otwarcie konferencji w Sali Kolumnowej Sejmu RP rozpoczęli Szef CBA Paweł Wojtunik, Zastępca Szefa Kancelarii Sejmu Jan Węgrzyn, Minister Spraw Wewnętrznych Bartłomiej

Sienkiewicz, Prezes UOKiK Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel, Prezes UZP Jacek Sadowy oraz Prezes NIK Krzysztof Kwiatkowski.

Następnie prace kontynuowano w grupach roboczych w zakresie następujących tematów:

- „Wykrywanie nieprawidłowości przy realizacji zamówień publicznych”,
- „Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych a przeciwdziałanie korupcji”.

➤ **VII Konferencja dot. zrównoważonych zamówień publicznych**

6 grudnia br. w Warszawie odbyła się **VII doroczna konferencja w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych** zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych.

Głównym celem wydarzenia było upowszechnienie informacji na temat środowiskowych oraz społecznych aspektów zamówień publicznych poprzez odniesienie do tematów powiązanych z ochroną środowiska i ekonomią społeczną, a także prezentację konkretnych studiów przypadku (case studies). W konferencji udział wzięło ok. 100 osób - przedstawiciele polskich organów administracji publicznej odpowiedzialnych za zamówienia publiczne w macierzystych jednostkach.

W konferencji UZP reprezentował Wiceprezes – p. Dariusz Piasta oraz dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej – p. Magdalena Olejarz. Ponadto w konferencji uczestniczyli przedstawiciele Ministerstwa Skarbu Państwa, Głównego Urzędu Statystycznego, Fundacji Inicjatyw Społeczno – Ekonomicznych, Związku Pracodawców AGD – CECED Polska, Urzędu Miasta Wałcz, Urzędu Gminy Jarosław oraz spółki Architektura Pasywna.

Organizacja konferencji stanowi wypełnienie zadań określonych w **Krajowym Planie Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2013-2016** przyjętym przez Komitet ds. Europejskich 3 kwietnia br.

➤ **Seminarium poświęcone możliwościom biznesowym dla sektora prywatnego w ofercie zamówień publicznych agencji systemu Narodów Zjednoczonych**

W dniu 10 grudnia 2013 roku, w Ministerstwie Spraw Zagranicznych odbyło się seminarium poświęcone możliwościom biznesowym dla sektora prywatnego w ofercie zamówień

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

publicznych agencji systemu Narodów Zjednoczonych zorganizowane we współpracy z Departamentem Zamówień Publicznych ONZ i Urzędem Zamówień Publicznych. W seminarium wzięło udział ok. 50 przedstawicieli polskich przedsiębiorstw reprezentujących sektor budowlany, inżynieryjny, telekomunikacyjny, informatyczny, spożywczy, bezpieczeństwa i ochrony mienia.

Głównym założeniem przyświecającym organizacji seminarium była teza, że zwiększenie zaangażowania krajowych podmiotów w zagranicznych konkursach sprzyja budowie pozycji polskich firm na rynku globalnym, a także oznacza dostęp do stabilnego i znaczącego źródła finansowania oraz stwarza możliwość zaistnienia na rynkach trudnych.

Urząd Zamówień Publicznych reprezentował Wiceprezes UZP, Pan Dariusz Piasta.

[Więcej informacji o seminarium](#) na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzeczenie ETS z dnia 14 listopada 2013 roku w sprawie C-221/12

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 49 TFUE – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 56 TFUE – Swoboda świadczenia usług – Zasady równego traktowania i niedyskryminacji – Obowiązek przejrzystości – Zakres stosowania – Porozumienie zawarte między podmiotami publicznymi państwa członkowskiego a przedsiębiorstwem z tego samego państwa członkowskiego – Przeniesienie przez te podmioty działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych, a także, na czas określony, wyłącznego prawa użytkowania ich sieci kablowych na przedsiębiorstwo z rzeczonoego państwa członkowskiego – Możliwość powołania się przez przedsiębiorcę z tego samego państwa członkowskiego na art. 49 TFUE i 56 TFUE przed sądami tego państwa członkowskiego – Brak ogłoszenia przetargu – Względy uzasadniające – Istnienie wcześniejszego porozumienia – Transakcja mająca na celu zakończenie sporu dotyczącego interpretacji tego porozumienia – Ryzyko obniżenia wartości przeniesionej działalności.

Wprowadzenie

Sprawa C-221/12 miała za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Wniosek został złożony przez *Raad van State van België* (Belgia) postanowieniem z dnia 2 maja 2012 r.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy **wykładni art. 49 TFUE i 56 TFUE**.

Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy *Belgacom NV* a czterema stowarzyszeniami międzygminnymi, *Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen*, *Inter-Media*, *West-Vlaamse Energieen Teledistributiemaatschappij* oraz *Provinciale Brabantse Energiemaatschappij* w przedmiocie różnych decyzji, którymi te ostatnie wyraziły zgodę na zawarcie, bez ogłaszania przetargu, porozumień przewidujących przeniesienie na *Telenet NV* ich działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych i umów abonamentu telewizyjnego zawartych przez ich klientów, a także, na czas określony, praw pokrewnych do ich sieci kablowych i przyznanie prawa dzierżawy tych sieci.

Ramy prawne – prawo europejskie

Artykuł 1 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 usługi¹, zawiera następujące definicje:

„[...]”

- a) **»Zamówienia publiczne«** oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi [większą liczbą instytucji zamawiających] a jednym lub więcej wykonawcami [większą liczbą wykonawców], których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

[...]

- d) **»Zamówienia publiczne na usługi«** oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[...]

4. **»Koncesja na usługi«** oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

[...]”.

Zgodnie z art. 17 dyrektywy 2004/18/WE **nie ma ona zastosowania do koncesji na usługi.**

Postępowanie główne

Analizując okoliczności sprawy, sąd odsyłający wskazał, że wszystkie strony postępowania głównego przyznały, iż sporne porozumienie nie wchodzi w zakres stosowania żadnej z dyrektyw dotyczącej zamówień publicznych. Według tego sądu niezależnie od zakwalifikowania spornego porozumienia rozpatrywane przez niego decyzje Stowarzyszeń wpisują się w ramy interwencji publicznej mającej na celu uregulowanie wykonywania

¹ Dz. U. L 134, s. 114, sprostowanie Dz. U. 2004, L 351, s. 44.

działalności gospodarczej, a uprawnienia dyskrecyjne, jakimi dysponuje władza w tym zakresie, są ograniczone przez zasadę równości i obowiązek przejrzystości. Uważa on ponadto, że ze względu daną transakcję prawdopodobne jest, iż w wypadku ogłoszenia przetargu wykazałyby zainteresowanie przedsiębiorstwa mające siedzibę za granicą.

Sąd ten stwierdził, że zawarcie spornego porozumienia było motywowane chęcią zakończenia sporu powstałego między Stowarzyszeniami a *Telenetem* co do zakresu umowy wniesienia wkładu z 1996 r. oraz że spór ten wynikał wyłącznie z rozwoju technologicznego, jakiego strony nie mogły przewidzieć w czasie sporządzenia tej umowy. Konkretnie podział praw użytkowania sieci kablowych Stowarzyszeń taki jak został dokonany wspomnianą umową nie pozwala żadnej ze stron oferować pełnych usług telewizyjnych, ponieważ usługi telewizji interaktywnej należą do praw wyłącznych *Telenetu*, podczas gdy tylko Stowarzyszenia mają prawo do świadczenia usług telewizyjnych.

Ponadto, sąd ten stwierdził również, że sporne porozumienie wykracza poza to, co było konieczne do zakończenia rzeczonoego sporu, radykalnie zmieniając podział praw użytkowania sieci kablowych Stowarzyszeń przewidziany w umowie wniesienia wkładu z 1996 r., poprzez przyznanie *Telenetowi* praw, które nie były mu udzielone pierwotnie i które nie były przedmiotem sporu. Dzięki temu porozumieniu, za zapłatą wynagrodzenia w wysokości 425 mln EUR, *Telenet* dysponuje globalnym wyłącznym prawem użytkowania tych sieci, co pozwala mu oferować na terytorium objętym owymi sieciami – stanowiącym około jednej trzeciej jego strefy działalności – pełne usługi telewizyjne, a więc i ofertę „triple play”, odpowiadającą aktualnym standardom handlowym, w ten sam sposób, w jaki to już czynił na pozostałych dwóch trzecich swojej strefy działalności.

Sąd odsyłający ocenił ponadto, że istnienie umowy wniesienia wkładu z 1996 r. samo w sobie nie może być uważane za uzasadnienie zawarcia spornego porozumienia. Po pierwsze bowiem, system współdzielenia sieci kablowej mógł być wprowadzony. Po drugie, prawa pierwszeństwa i pierwokupu, jakimi dysponuje *Telenet* na mocy tej umowy, nie stoją na przeszkodzie traktowaniu kilku kandydatów w równy sposób, a tym samym poddaniu ich ofert rzeczywistej analizie porównawczej.

Sąd ten zastanawiał się jednak, czy ogólny kontekst, zakreślony – poza umową wniesienia wkładu z 1996 r. – przez powstały później spór co do zakresu tej umowy ze względu na rozwój technologiczny i przez orzeczenie sądowe wydane w ramach tego sporu, nie może stanowić uzasadnienia okoliczności, że nie było ogłoszenia o przetargu. Z jednej bowiem strony przeniesienie na osobę trzecią praw, które zostały przekazane *Telenetowi* rzeczoną umową, niechybnie wzbudziłoby nowe spory i zwiększyło niepewność prawa, z drugiej

strony rozwiązanie sporu z *Telenetem* skutkowałoby tym, że Stowarzyszenia nie byłyby w stanie świadczyć pełnych usług telewizyjnych przez długi okres, co nie tylko powodowałoby znaczną szkodę ekonomiczną, ponieważ *Belgacom* mógłby zająć rynek, lecz także miałoby wpływ na konsumentów.

W tym kontekście rzeczony sąd rozważał możliwość, że sporne porozumienie, które urzeczywistniało ugodę kończącą spór zaistniały między *Telenetem* i Stowarzyszeniami, mogłoby być uważane za całkowicie zgodne z umową wniesienia wkładu z 1996 r., a nie za niezależne porozumienie, które można zawrzeć tylko z poszanowaniem art. 49 TFUE i 56 TFUE.

Wreszcie sąd odsyłający podnosił, że w wyroku z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*², Trybunał powołał się na możliwość uzasadnienia odmiennego traktowania stanowiącego dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową wynikającą z bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi „obiektywnymi okolicznościami”. Sąd odsyłający zastanawiał się jednak nad zakresem tego pojęcia w odniesieniu do pojęcia „nadrzędnych względów interesu ogólnego”.

Pytanie prejudycjalne

Z uwagi na powyższe, *Raad van State van België* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- 1) Czy art. 49 TFUE i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo mające siedzibę w Belgii może powołać się przed sądem belgijskim na podstawowe zasady prawa Unii, w szczególności na obowiązek przejrzystości wywodzony z powyższych artykułów, w związku z porozumieniem niewchodzącym w zakres obowiązywania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, na podstawie którego władze belgijskie przenoszą prawa na inne przedsiębiorstwo belgijskie bez uprzedniego zorganizowania przetargu?
- 2) Czy dążenie do unikania naruszenia istniejących, jako takich bezspornych i bardzo specyficznych ram umownych między osobą prawną prawa publicznego a niekontrolowanym przez nią prywatnoprawnym przedsiębiorstwem albo zawarcie transakcji lub ugody w celu zakończenia istniejącego sporu o interpretację wskazanych ram umownych – przy czym umowa ta wynika z praw, które zostały

² Zb. Orz. s. I 7287, pkt 19.

przyznane stronom na podstawie tymczasowego orzeczenia sądu w przedmiocie środków tymczasowych, i przy czym dana działalność [tej osoby prawnej] bez takiej ugody może ponieść znaczną szkodę i obniżenie wartości, a konsumenci w międzyczasie pozostają bez dostępu do określonych usług – może być uważane za nadrzędny względ interesu ogólnego bądź przynajmniej za obiektywną podstawę uzasadnienia, która uprawnia osoby prawne prawa publicznego do nieorganizowania przetargu i bezpośredniego udzielenia zamówienia w drodze wyjątku i z odstępniem od zasady równego [traktowania] i zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które są ustanowione w art. 49 TFUE i 56 TFUE, [a także od wynikającego z nich obowiązku przejrzystości]?

- 3) Jeżeli na pytanie drugie może zostać udzielona odpowiedź twierdząca – czy powyższa transakcja lub powyższa ugoda, aby nie ograniczać wskazanych swobód podstawowych zagwarantowanych przez prawo Unii bardziej niż jest to konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu, muszą zostać ograniczone w wymaganym stopniu dla zakończenia powstałego sporu, czy też ze względu na przyszłe różnice zdań, które są racjonalnie i logicznie związane ze sporem, strony mogą zawrzeć wykraczającą ponad to ugodę, która jednocześnie gwarantuje interesy konsumentów i [zapewnia] maksymalizację wartości danej działalności podlegającej przeniesieniu?”

Ustalenia Trybunału

Trybunał dokonał następujących ustaleń w zakresie postawionych pytań prejudycjalnych:

- w zakresie pytania pierwszego:

Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy **art. 49 TFUE i 56 TFUE** powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych rzeczowego państwa członkowskiego przenosi odpłatnie na innego przedsiębiorcę z tego samego państwa członkowskiego między innymi wyłączne prawo użytkowania telewizyjnych sieci kablowych, a także swoją działalność polegającą na świadczeniu usług telewizyjnych i umowy abonamentowe związane z tą działalnością.

Trybunał stwierdził, że niezależnie od warunków praktycznych i ocen dokonanych przez strony wydaje się, iż porozumienie takie jak sporne porozumienie, które przenosi na *Telenet*

działalność polegającą na świadczeniu usług telewizyjnych Stowarzyszeń i przyznaje mu, w szczególności w celu wykonywania tej działalności, wyłączne prawo użytkowania ich sieci kablowych, **należy przeanalizować jako koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE.**

Po pierwsze bowiem, **o ile zobowiązuje ono nabywcę do wykonywania nabytej działalności, porozumienie takie stanowi zamówienie publiczne na świadczenie usług, o których mowa w załączniku II do dyrektywy 2004/18/WE, z wyjątkiem sposobu zapłaty, ponieważ wynagrodzenie za świadczenie usług telewizyjnych polega na prawie wykonywania danej działalności, zgodnie z definicją zawartą w rzeczonym art. 1 ust. 4.** Po drugie, warunek, zgodnie z którym ryzyko związane z wykonywaniem tej działalności powinno być przeniesione na nabywcę³ jest również spełniony w ramach tego porozumienia.

Niezależnie od wyłączenia koncesji na usługi z zakresu stosowania dyrektywy 2004/18/WE na mocy jej art. 17 władze publiczne, zamierzając udzielić takiej koncesji, są zobowiązane do przestrzegania podstawowych reguł traktatu FUE, a w szczególności zasad niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, równego traktowania, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, jeżeli ta koncesja ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne⁴.

Jeśli chodzi o istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego – może ono w szczególności wynikać ze znaczenia gospodarczego porozumienia, którego zawarcie jest planowane, i miejsca jego wykonania⁵ lub też właściwości technicznych⁶.

Do sądu odsyłającego należy przeprowadzenie oceny wszystkich istotnych elementów w tym zakresie⁷, co jak wydaje się, już uczynił, ponieważ stwierdził, iż mając na względzie znaczenie porozumienia będącego przedmiotem postępowania głównego prawdopodobne jest, że przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich wykazałyby zainteresowanie w wypadku ogłoszenia przetargu.

Należy ponadto wyjaśnić, że dla istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego nie jest konieczne, aby przedsiębiorca faktycznie okazał zainteresowanie. Jest tak w szczególności

³ zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns*, Zb. Orz. s. I 4779, pkt 72, a także z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, Zb. Orz. s. I 1335, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁴ zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 *ASM Brescia*, Zb. Orz. s. I-5641, pkt 58, 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁵ zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *ASM Brescia*, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁶ zob. analogicznie wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 *SECAP i Santorso*, Zb. Orz. s. I 3565, pkt 24.

⁷ zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, Zb. Orz. s. I 12169, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

wtedy, gdy – jak w ramach postępowania głównego – spór dotyczy braku przejrzystości spornego porozumienia. W takim bowiem wypadku przedsiębiorcy mający siedzibę w innych państwach członkowskich nie mają faktycznej możliwości wyrażenia zainteresowania otrzymaniem tej koncesji⁸.

Ponadto – jak wskazał Trybunał – gdy zostało stwierdzone istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego dotyczącego udzielenia danej koncesji na usługi, obowiązek przejrzystości spoczywający na organach udzielających koncesji działa na korzyść wszystkich potencjalnych oferentów⁹, niezależnie od tego, czy mają oni siedzibę w tym samym państwie członkowskim, co te organy. Do celów praktycznych należy wyjaśnić, że prawo Unii nakładałoby te same wymogi na organ dokonujący zbycia, gdyby porozumienie będące przedmiotem postępowania głównego nie zobowiązywało nabywcy do wykonywania nabytej działalności tak, że porozumienie to zawierałoby wówczas zezwolenie na wykonywanie działalności gospodarczej. Takie zezwolenie nie różni się bowiem od koncesji na usługi, jeśli chodzi o obowiązek przestrzegania podstawowych reguł traktatu i wynikających z nich zasad, jeżeli wykonywanie tej działalności może potencjalnie zainteresować przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich¹⁰.

W świetle powyższych rozważań, Trybunał wskazał, że na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych rzeczono państwa członkowskiego albo udziela przedsiębiorcy z tego samego państwa członkowskiego koncesji na usługi mającej niewątpliwie znaczenie transgraniczne, albo przyznaje przedsiębiorcy wyłączne prawo wykonywania działalności gospodarczej mającej takie znaczenie.

- **w zakresie pytania drugiego:**

⁸ zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Coname*, pkt 18; oraz wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb. Orz. s. I 8585, pkt 55.

⁹ zob. podobnie wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall*, Zb. Orz. s. I 2815, pkt 36.

¹⁰ zob. podobnie w szczególności wyroki: z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 *Sporting Exchange*, Zb. Orz. s. I 4695, pkt 46, 47; a także z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 *Engelmann*, Zb. Orz. s. I 8219, pkt 51–53.

Jak podkreślił Trybunał, poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zasadniczo dąży do ustalenia, czy art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że okoliczności takie jak będące przedmiotem postępowania głównego można uznać za nadrzędne względy interesu ogólnego lub okoliczności obiektywne mogące uzasadnić bezpośrednie udzielenie przez podmioty publiczne, na rzecz przedsiębiorcy, koncesji na usługi dotyczącej działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych wykonywanej przez te podmioty za pośrednictwem należących do nich sieci kablowych, z odstąpieniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych w rzeczonych artykułach.

Takimi okolicznościami są wola przestrzegania określonych praw, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przyznane przez dane podmioty na rzecz tego przedsiębiorcy w odniesieniu do użytkowania owych sieci kablowych, a także wola zawarcia ugody w celu zakończenia sporu dotyczącego zakresu tych praw, przy uwzględnieniu sądowego orzeczenia tymczasowego, jednak bez obniżenia wartości rzeczzonej działalności polegającej na świadczeniu usług telewizyjnych wykonywanej przez te podmioty za pośrednictwem wspomnianych sieci i za pozwoleniem, aby abonamentom tych usług została złożona pełna oferta handlowa.

Trybunał przypomniał, że w zakresie, w jakim koncesja na usługi ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne, udzielenie jej, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej, stanowi przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, które mogą być zainteresowane taką koncesją i znajdują się w innym państwie członkowskim. Poprzez wykluczenie tych wszystkich przedsiębiorstw takie odmienne traktowanie działa głównie na ich niekorzyść i stanowi przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej co do zasady na mocy art. 49 TFUE i 56 TFUE¹¹.

W drodze wyjątku taki przepis może zostać uznany za dopuszczalny w świetle względów wskazanych w art. 52 TFUE albo uzasadniony zgodnie z orzecznictwem Trybunału poprzez odwołanie się do nadrzędnych względów interesu ogólnego¹². W tym ostatnim zakresie z łącznej lektury pkt 51 i 57 ww. wyroku w sprawie *Engelmann* wynika, że nie należy rozróżniać okoliczności obiektywnych i nadrzędnych względów interesu ogólnego. Takie okoliczności ostatecznie powinny bowiem stanowić nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.

¹¹ zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *ASM Brescia*, pkt 59, 60 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹² zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie *Engelmann*, pkt 51, 57 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-357/10 do C-359/10 *Duomo Gpa i in.*, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo.

Motywy wskazane w niniejszym pytaniu prejudycjalnym, niezależnie od tego, czy są rozważane oddzielnie, czy łącznie, nie mogą być uważane za nadrzędny wzgląd interesu ogólnego.

Należy wprowadzić przyznać, że zasada pewności prawa, która jest ogólną zasadą prawa Unii, może uzasadnić przestrzeganie skutków prawnych porozumienia, nawet jeżeli zasada ta dotyczy porozumienia zawartego przed orzeczeniem Trybunału w przedmiocie skutków prawa pierwotnego wobec tego typu porozumień, które później okazują się sprzeczne z niektórymi z tych skutków¹³. Jednakże nie można powoływać się na rzeczoną zasadę, aby rozszerzyć porozumienie sprzeczne z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji, a także z wynikającym z nich obowiązkiem przejrzystości. Nie ma znaczenia w tym względzie, że to rozszerzenie może stanowić racjonalne rozwiązanie odpowiednie do zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, z przyczyn całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu wiążącego je porozumienia.

Ponadto, w odniesieniu do ryzyka obniżenia wartości działalności o charakterze gospodarczym wykonywanej przez podmiot publiczny ze względu na wcześniej istniejące porozumienie ramowe, które okazuje się nieodpowiednie w świetle rozwoju kontekstu techniczno-handlowego, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że powodów natury gospodarczej nie można dopuścić w charakterze nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących stanowić uzasadnienie ograniczenia jednej z podstawowych swobód gwarantowanych przez traktat¹⁴.

W tym względzie należy stwierdzić, że okoliczność, iż zawarcie spornego porozumienia odpowiadałoby interesowi konsumentów, którzy w jego braku nie mogliby korzystać z telewizji interaktywnej, a także z atrakcyjnej gospodarczo połączonej oferty usług, w rzeczywistości nie różni się od względu dotyczącego obniżenia wartości tej działalności, lecz przeciwnie, jest z nim ściśle związana. Ta okoliczność dotyczy bowiem nie wszystkich konsumentów obecnych na terytorium objętym sieciami kablowymi Stowarzyszeń, lecz wyłącznie tych, którzy wykupili abonament na usługi telewizyjne świadczone przez te ostatnie w ramach działalności, której przeniesienie na *Telenet* jest przedmiotem sprawy głównej, a brak możliwości proponowania przez Stowarzyszenia tym abonentom określonych usług ze względu na podział praw użytkowania ich sieci kablowych uregulowany w umowie

¹³ zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *ASM Brescia*, pkt 69, 70.

¹⁴ zob. wyrok z dnia 16 lutego 2012 r. w sprawach połączonych C-72/10 i C-77/10 *Costa i Cifone*, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

wniesienia wkładu z 1996 r. wyjaśnia utratę atrakcyjności oferty handlowej, jaką mogłyby złożyć na rynku, a zatem obniżenie wartości tej działalności.

Należy wreszcie wyjaśnić, że argumenty, które rozważane oddzielnie nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego uzasadniających odstępstwo od zasad równości i niedyskryminacji, a także obowiązku przejrzystości, nie mogą zyskać tej właściwości tylko z powodu ich kumulacji.

Mając na względzie powyższe rozważania na pytanie drugie należy odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że:

- wola nienaruszania określonych praw do użytkowania należących do podmiotów publicznych sieci kablowych, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przez nie przyznane przedsiębiorcy, nie może uzasadniać sprzecznego z prawem Unii rozszerzenia tego porozumienia w postaci bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania działalności mającej niewątpliwe znaczenie transgraniczne, nawet jeśli następuje to w celu zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, ze względów całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu tego porozumienia;
- powody natury gospodarczej, takie jak chęć uniknięcia obniżenia wartości działalności gospodarczej, nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących uzasadnić bezpośrednie udzielenie koncesji na usługi dotyczące tej działalności lub wyłączne prawo wykonywania tej działalności i mające niewątpliwe znaczenie transgraniczne, z odstępieniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych przez rzeczony artykuły.

- w zakresie pytania trzeciego:

Jak podkreślił Trybunał, w świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie drugie nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie trzecie.

Wyrok Trybunału

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał orzekł, że:

- 1) Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że przedsiębiorca z danego państwa członkowskiego może powołać się przed sądami tego państwa członkowskiego na naruszenie obowiązku przejrzystości wywodzonego z powyższych artykułów w związku z zawarciem porozumienia, na podstawie którego

jeden podmiot lub więcej podmiotów publicznych rzeczono państwa członkowskiego albo udziela przedsiębiorcy z tego samego państwa członkowskiego koncesji na usługi mającej niewątpliwe znaczenie transgraniczne, albo przyznaje przedsiębiorcy wyłączne prawo wykonywania działalności gospodarczej mającej takie znaczenie.

2) Artykuły 49 TFUE i 56 TFUE powinno się interpretować w ten sposób, że:

- wola nienaruszania określonych praw do użytkowania należących do podmiotów publicznych sieci kablowych, które na mocy wcześniejszego porozumienia zostały przez nie przyznane przedsiębiorcy, nie może uzasadniać sprzecznego z prawem Unii rozszerzenia tego porozumienia w postaci bezpośredniego udzielenia koncesji na usługi lub wyłącznego prawa wykonywania działalności mającej niewątpliwe znaczenie transgraniczne, nawet jeśli następuje to w celu zakończenia sporu zaistniałego między zainteresowanymi stronami, ze względów całkowicie niezależnych od ich woli, co do zakresu tego porozumienia;
- powody natury gospodarczej, takie jak chęć uniknięcia obniżenia wartości działalności gospodarczej, nie stanowią nadrzędnych względów interesu ogólnego mogących uzasadnić bezpośrednie udzielenie koncesji na usługi dotyczące tej działalności lub wyłączne prawo wykonywania tej działalności i mające niewątpliwe znaczenie transgraniczne, z odstępniem od zasad równego traktowania i niedyskryminacji ustanowionych przez rzeczono artykuły.

[Pełny tekst orzeczenia](#) z dnia 14 listopada 2013 roku w sprawie C-221/12 odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych

Orzeczenie ETS z dnia 5 grudnia 2013 roku w sprawie C-561/12

Nordecon

Zamówienia publiczne – Procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia – Możliwość negocjowania przez instytucję zamawiającą ofert niezgodnych z wiążącymi wymaganiami specyfikacji technicznych określonych w dokumentacji przetargowej dotyczącej zamówienia

Wprowadzenie

Sprawa C-561/12 ma za przedmiot wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE, złożony przez Riigikohus (Estonia) postanowieniem z dnia 23 listopada 2012 r.

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Nordecon AS, następcą prawnym Nordecon Infra AS i Ramboll Eesti AS a Rahandusministeerium (ministerstwem finansów), w przedmiocie unieważnienia procedury udzielenia zamówienia publicznego z publikacją ogłoszenia.

Ramy prawne – prawo estońskie

Paragraf 27 ust. 1 riigihangete seadus (ustawy o zamówieniach publicznych, zwanej dalej „RHS”) przewiduje: „Przez procedurę udzielenia zamówienia publicznego z publikacją ogłoszenia rozumie się procedurę udzielenia zamówienia, podczas której każdy zainteresowany może złożyć wniosek o udział w postępowaniu, a instytucja zamawiająca przedstawia propozycję złożenia oferty przynajmniej trzem wnioskodawcom wybranym przez nią na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów i negocjuje z nimi oferty w celu ich dostosowania do wymogów przewidzianych w specyfikacji zamówienia oraz wyboru oferty”.

Paragraf 31 ust. 5 RHS stanowi: „Gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia oferentowi, który przedstawił ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie, a ogłoszenie o zamówieniu przewiduje możliwość przedstawienia, oprócz rozwiązań spełniających wszystkie warunki przewidziane w tym ogłoszeniu i w specyfikacji zamówienia, także rozwiązań

alternatywnych, w specyfikacji zamówienia wskazuje warunki dotyczące alternatywnych rozwiązań i warunki ich przedstawienia”.

Paragraf 52 ust. 1 RHS stanowi:

„Instytucja zamawiająca ocenia rozwiązania alternatywne, gdy udziela zamówienia oferentowi, który przedstawił ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie i w ogłoszeniu o zamówieniu zezwala na przedstawienie alternatywnych rozwiązań”.

Paragraf 67 ust. 1 RHS stanowi: *„Oprócz wypadków przewidzianych w § 65 ust. 4 ustawy instytucja zamawiająca otwiera wszystkie oferty i negocjuje z oferentami złożone przez nich oferty, aby w razie konieczności dostosować je do wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji zamówienia, w celu wyłonienia najlepszej oferty”.*

Postępowanie główne

*Maanteeamet (urząd dróg krajowych) w dniu 25 września 2008 r. otworzył procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanym „Projekt i budowa odcinka drogowego Aruvalla-Kose E263”. Zgodnie z pkt 4.3.1 i 4.7.1 załącznika III do specyfikacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego dla pasa dzielącego na odcinku 26,6-32 km przewidziano szerokość 13,5 m, natomiast na odcinku 32-40 km szerokość 6 m. W dniu 20 stycznia 2010 r. Maanteeamet zakwalifikował wszystkie cztery złożone oferty, to znaczy ofertę konsorcjów *Lemminkäinen* i *Merko*, wspólną ofertę *Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA i Insenerbuve SIA*, a także ofertę konsorcjum *Nordecon* składającego się z *Nordecon Infra AS i Ramboll Eesti* jako odpowiadające wymaganiom, mimo że oferta tego ostatniego konsorcjum przewidywała szerokość pasa dzielącego na 6 m na całej długości odcinka drogowego.*

*Podczas negocjacji, które nastąpiły po złożeniu tych ofert, pismem z dnia 26 kwietnia 2010 r. Maanteeamet zaproponował oferentom innym niż konsorcjum *Nordecon* zmianę szerokości pasa dzielącego zawartą w pierwotnych ofertach na 6 m na całej długości danego odcinka drogowego, odpowiednio do rozwiązania zaproponowanego przez konsorcjum *Nordecon*. Po negocjacjach ze wszystkimi oferentami w dniu 27 maja 2010 r. – dacie ustalonej przez instytucję zamawiającą – złożyli oni oferty zawierające skorygowaną cenę na podstawie żądanej zmiany. Dwoma decyzjami z dnia 10 czerwca 2010 r. Maanteeamet odpowiednio uznał wszystkie oferty za zgodne z wymaganiami, a za najlepszą uznał wspólną ofertę konsorcjum *Lemminkäinen*, która miała najniższą cenę.*

*W dniu 21 lipca 2010 r. w wyniku protestu *Nordecon Infra AS* komisja odwoławcza przy *Rahandusministeerium* unieważniła te dwie decyzje uznając, że w procedurze negocjacyjnej z*

publikacją ogłoszenia instytucja zamawiająca nie mogła prowadzić negocjacji w sprawie tych części ofert, które odpowiadały wymaganiom wyraźnie i jednoznacznie określonym w dokumentach stanowiących podstawę zamówienia, takim jak dotyczące szerokości pasa dzielącego. W dniu 27 września 2010 r. dyrektor generalny *Maanteeamet* odrzucił wspólną ofertę konsorcjum *Lemminkäinen* i uznał za najlepszą ofertę konsorcjum *Nordecon*, które zaproponowało najniższą cenę po cenie pierwszego z tych konsorcjów.

W następstwie skargi o uchylenie decyzji wniesionej przez konsorcjum *Merko*, decyzją z dnia 26 października 2010 r. *Rahandusministeerium* unieważniło procedurę udzielenia zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego w szczególności na tej podstawie, że instytucja zamawiająca bezprawnie zakwalifikowała i uznała za najlepszą ofertę konsorcjum *Nordecon* zawierającą alternatywne rozwiązanie, które nie było dopuszczalne według ogłoszenia o zamówieniu, oraz że instytucja zamawiająca nie była uprawniona do negocjowania takich części ofert, które odpowiadały wymaganiom wyraźnie i jednoznacznie określonym w dokumentach stanowiących podstawę zamówienia, takim jak wymagania dotyczące szerokości pasa dzielącego odpowiedniego odcinka drogowego.

Nordecon, która w międzyczasie wstąpiła w prawa *Nordecon Infra AS*, oraz *Ramboll Eesti* wniosły skargę na tę decyzję do *Tallinna Halduskohus* (sądu administracyjnego w Tallinie), który wyrokiem z dnia 2 marca 2011 r. oddalił skargę. Zdaniem tego sądu ofertę skarżących w postępowaniu głównym należało uznać za niedopuszczalną, ponieważ z naruszeniem § 31 ust. 5 i § 52 RHS dane ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywało możliwości składania alternatywnych rozwiązań i udzielenia zamówienia oferentowi, który przedstawił ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie, lecz uwzględnienie najniższej ceny. Ponadto, w ramach procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia negocjacje mogły dotyczyć tylko aspektów, które nie są określone w chwili złożenia oferty lub które nie są zawarte w dokumentacji przetargowej.

Te dwie spółki wniosły apelację od wyroku wydanego w pierwszej instancji do *Tallinna Ringkonnakohus* (sądu apelacyjnego w Tallinie). Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2011 r. sąd ten utrzymał w mocy powyższy wyrok.

W odniesieniu do pkt 8.1 specyfikacji zamówienia będącego przedmiotem sprawy głównej, w którym *Maanteeamet* dopuścił alternatywne rozwiązania, z wyjątkiem budowy jezdni drogi głównej (w szczególności wjazdów i zjazdów), *Tallinna Ringkonnakohus* stwierdził, że ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywało ani możliwości złożenia alternatywnych rozwiązań, ani udzielenia zamówienia oferentowi, który przedstawił ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie. *Maanteeamet* dopuścił zatem, z naruszeniem § 31 ust. 5 i § 52 ust. 1

RHS, przedstawienie alternatywnych rozwiązań. Należało również odrzucić pierwotną ofertę skarżących w postępowaniu głównym.

Nordecon i Ramboll Eesti wniosły skargę kasacyjną do *Riigikohus* (sądu najwyższego), wnosząc o uchylenie wyroku *Tallinna Ringkonnakohus*, wydanie nowej decyzji i stwierdzenie, że decyzja *Rahandusministeerium* z dnia 26 października 2010 r. była sprzeczna z prawem.

Zdaniem sądu odsyłającego bezsporne jest, że przedstawienie alternatywnych rozwiązań nie zostało dopuszczone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz że ocena ofert nie była oparta na kryterium oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie. Nawet przyznając, że w ramach procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia negocjacje mogą podlegać, przynajmniej częściowo, pytania dotyczące warunków, jakim podlega udzielenie zamówienia, bez konieczności rozważania skorzystania z alternatywnych rozwiązań, sąd odsyłający zastanawiał się, czy instytucja zamawiająca może również prowadzić negocjacje dotyczące ofert niezgodnych z wiążącymi wymaganiami specyfikacji zamówienia oraz czy rozpoczęte negocjacje powinny przynajmniej doprowadzić do tego, aby wybrana oferta była zgodna z tymi wiążącymi wymaganiami. W tym względzie podnosił on, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE pozostawia otwartą kwestię, czy w toku takich negocjacji oferty mogą być również dostosowane do wiążących wymagań specyfikacji technicznych. Jeżeli takie dostosowanie jest możliwe, zastanawiał się on, czy można również rozpocząć negocjacje na podstawie ofert, które w swojej pierwotnej formie nie w pełni odpowiadały rzeczonemu wymaganiom. Zdaniem sądu odsyłającego ta dyrektywa nie odpowiada też wyraźnie na pytanie, czy dostosowanie dokonane w wyniku negocjacji powinno prowadzić do całkowitej zgodności ofert ze specyfikacjami technicznymi i czy w celu realizacji tej zgodności było możliwe dokonanie zmiany specyfikacji technicznych przez instytucję zamawiającą.

Pytania prejudycjalne

Z uwagi na powyższe, *Riigikohus* postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 30 ust. 2 dyrektywy [2004/18] należy interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej na negocjowanie z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia?

- 2) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [pierwsze]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej w toku negocjacji po otwarciu ofert na zmianę wiążących wymagań specyfikacji technicznych pod warunkiem, że nie zostanie zmieniony przedmiot zamówienia i zagwarantowane będzie równe traktowanie wszystkich oferentów?
- 3) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [drugie]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeczne z nim jest uregulowanie, na którego podstawie wykluczona jest zmiana wiążących wymagań specyfikacji technicznych w toku negocjacji po otwarciu ofert?
- 4) W wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie [pierwsze]: czy wówczas art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że zakazuje się instytucji zamawiającej zakwalifikowania jako najlepszej takiej oferty, która pod koniec negocjacji nie jest zgodna z wiążącymi wymaganiami specyfikacji technicznych?”.

Kwestia dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia

Nordecon, nie podnosząc zarzutu niedopuszczalności, kwestionował znaczenie pytań prejudycjalnych twierdząc, że rozstrzygnięcie sporu głównego nie zależy od ewentualnych odpowiedzi udzielonych na te pytania. W szczególności podnosiła ona, że główne pytanie przedstawione przez *Riigikohus*, czyli pytanie pierwsze, z którym są związane wszystkie pozostałe pytania, nie ma znaczenia, ponieważ negocjacje nie zostały rozpoczęte z oferentami, którzy złożyli nieprawidłowe oferty. Pytania te są zatem oparte na błędnych przesłankach.

W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania przewidzianego w art. 267 TFUE Trybunał może jedynie orzekać o wykładni lub ważności aktu prawa Unii w oparciu o fakty przedstawione mu przez sąd krajowy (zob. wyroki: z dnia 16 marca 1978 r. w sprawie 104/77 *Oehlschläger*, Rec. s. 791, pkt 4; z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C 11/07 *Eckelkamp i in.*, Zb.Orz. s. I-6845, pkt 52, a także postanowienie z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie C 433/11 SKP, pkt 24).

W ramach tego postępowania, opartego na całkowitym rozdziale zadań sądów krajowych i Trybunału, wszelka ocena stanu faktycznego sprawy należy do sądu krajowego. Podobnie jedynie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa

odpowiedzialność za wydanie orzeczenia, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, które zadaje Trybunałowi. W rezultacie, gdy postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do orzekania co do istoty (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Eckelkamp i in.*, pkt 27).

Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie wówczas, gdy żądana wykładnia prawa Unii w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu głównego, lub też gdy problem ma charakter hipotetyczny albo gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (ww. wyrok w sprawie *Eckelkamp i in.*, pkt 28). W niniejszej sprawie sąd odsyłający wychodzi z założenia, że instytucja zamawiająca negocjowała oferty niezgodne z wiążącymi wymaganiami specyfikacji zamówienia, czego Trybunał nie może podważać. Ponadto żadna z hipotez przywołanych w pkt 30 niniejszego wyroku i umożliwiająca odmowę udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne nie wystąpiła w niniejszej sprawie. Z uwagi na powyższe, Trybunał uznał wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za dopuszczalny.

Analiza pytań prejudycjalnych

Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE upoważnia instytucję zamawiającą do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia. W tym względzie Trybunał wskazał, że należy przypomnieć, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE w określonych wypadkach zezwala na skorzystanie z procedury negocjacyjnej w celu dostosowania ofert złożonych przez oferentów do wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach i, ewentualnie, dodatkowych dokumentach, w celu wyłonienia najlepszej oferty. Na podstawie art. 2 tej dyrektywy instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Trybunał wyjaśnił, że obowiązek przejrzystości ma zasadniczo na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej (wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 25).

Wprawdzie – jak podkreślił Trybunał – instytucja zamawiająca dysponuje uprawnieniami negocjacyjnymi w ramach procedury negocjacyjnej, jest ona jednak nadal zobowiązana do czuwania, aby wymagania zamówienia, którym przyznała charakter wiążący, były przestrzegane. Jeśli nie miało to miejsca, zasada, według której instytucje zamawiające działają w sposób przejrzysty, zostałaby naruszona, a cel przywołany w poprzednim punkcie niniejszego wyroku nie zostałby osiągnięty.

Ponadto uznanie dopuszczalności oferty niezgodnej z wiążącymi wymaganiami w kontekście negocjacji pozbawiałoby wszelkiej użyteczności ustalenie wiążących warunków w zaproszeniu do składania ofert i nie pozwalałoby instytucji zamawiającej na negocjacje z oferentami na wspólnej dla nich podstawie, ustanowionej przez te warunki, a zatem na ich równe traktowanie.

W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze Trybunał odpowiedział, że art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie upoważnia instytucji zamawiającej do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia.

Mając na względzie treść odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie ma potrzeby udzielać odpowiedzi na pytania drugie, trzecie i czwarte.

Wyrok

Biorąc powyższe pod uwagę, Trybunał orzekł, iż artykuł 30 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie upoważnia instytucji zamawiającej do negocjowania z oferentami takich ofert, które nie odpowiadają wiążącym wymaganiom ustanowionym w specyfikacjach technicznych zamówienia.

[Pełny tekst orzeczenia](#) z dnia 5 grudnia 2013 roku w sprawie C-561/12 na stroni internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

OPINIE PRAWNE

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kontekście zmiany nominalnej wartości kontraktu

Zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi rodzaj kaucji przekazywanej przez wykonawcę (jako dłużnika) zamawiającemu (jako wierzycielowi) celem ewentualnego zabezpieczenia roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. Wskazać przy tym należy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno być wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 150 ust. 4 ustawy Pzp. Z istoty instytucji zabezpieczenia wynika bowiem, iż na jego podstawie zamawiający podpisując umowę z wykonawcą ma pewność, iż w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie.

Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest ustalane jako określony procent ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 150 ust. 1 ustawy Pzp).

Ustawodawca w sposób precyzyjny określa również dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia posługując się widełkami procentowymi (od 2-10%) odnoszącymi się do ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Z brzmienia ww. przepisów wynika więc, że wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się na podstawie ceny ofertowej wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienie do żądania podwyższenia zabezpieczenia (np. brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia), jak również środków prawnych, które pozwalałyby wykonawcy domagać się zmniejszenia ww. kwoty, w przypadku zmniejszenia nominalnej wartości kontraktu. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że zarówno w przypadku podwyższenia wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również w sytuacji zmniejszenia tej wartości, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia w pierwszej ww. sytuacji

- przez zamawiającego - żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy lub – w przypadku drugim – przez wykonawcę żądania zwrotu części zabezpieczenia, o którą obniżono wynagrodzenie. Powyższe nie stoi jednak na przeszkodzie odmiennemu uregulowaniu ww. kwestii w umowie, pod warunkiem, że dokonanie zmiany nie spowoduje ustalenia zabezpieczenia w granicach innych niż 2-10% ceny całkowitej oferty albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania wynikającego z umowy (pod warunkiem, że mechanizm zmian w tym zakresie był uprzednio znany wszystkim podmiotom ubiegającym się o dane zamówienie publiczne, co gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania).

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przykłady naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w wyniku kontroli Prezesa Urzędu związanych z dokonywaniem zmian siwz i ogłoszenia o zamówieniu

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej siwz) oraz ogłoszenie o zamówieniu są jednymi z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W oparciu o treść siwz i ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu oraz sporządzają swoje oferty. Z porównania art. 36 ustawy Pzp regulującego treść siwz oraz przepisów art. 41 oraz 48 ustawy Pzp regulujących treść ogłoszenia o zamówieniu wynika, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi uzupełnienie informacji zawartych w ogłoszeniu. Przedmiotowe dokumenty powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać wskazane w ww. przepisach elementy.

Obowiązkiem zamawiającego jest jak najbardziej jasne i dokładne sformułowanie treści siwz, gdyż do interpretacji postanowień siwz stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, a zatem interpretacji należy dokonywać kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców. Jednak w razie powzięcia przez wykonawców wątpliwości co do postanowień siwz Ustawodawca w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp daje im prawo zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie jej treści. Zamawiający ma obowiązek takich wyjaśnień udzielić. Jednocześnie, ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w danym zapisie specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie.

Obowiązek udzielania wyjaśnień do treści siwz jest uwarunkowany wpłynięciem wniosku o wyjaśnienia nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, przy czym art. 38 ust. 1b ustawy Pzp zastrzega, iż przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienia. W razie wpłynięcia wniosku o wyjaśnienie po ww. terminie art. 38 ust. 1a ustawy Pzp daje zamawiającemu prawo udzielenia wyjaśnień albo pozostawienia wniosku bez rozpoznania.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek udzielenia odpowiedzi niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zamawiający jest zobowiązany przekazać treść pytań wraz z wyjaśnieniami wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, muszą one być również zamieszczone na tej stronie.

Od momentu publikacji wyjaśnień do treści siwz zarówno zamawiający, jak i wykonawca są związani ich treścią. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r. (V Ca 1311/02) „wyjaśnienie udzielane w zakresie odnoszącym się do siwz stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści siwz”. Zatem wykonawca sporządzając ofertę musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na którą składają się także wyjaśnienia treści specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż są one udzielane do konkretnego zagadnienia.

Ustawodawca daje zamawiającemu również możliwość dokonania zmiany treści siwz. Konieczność dokonania takiej zmiany może wynikać z odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców, zastosowania przez nich środków ochrony prawnej lub też z własnej inicjatywy zamawiającego. Zamawiający mają prawo dokonywania zmian niezależnie od tego, jakiej części specyfikacji one dotyczą. Należy jednak podkreślić, że stosownie do treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp możliwość dokonywania zmian dotyczy jedynie uzasadnionych przypadków, a zatem powinna być traktowana jako sytuacja wyjątkowa. Zamawiający powinien sporządzić treść specyfikacji w taki sposób, aby uniknąć konieczności wprowadzania dużej ilości zmian, co skutkuje koniecznością przedłużania terminów składania ofert i utrudnia wykonawcom złożenie ofert niezawierających błędów.

Co do zasady zamawiający może dokonać zmiany treści siwz w dowolnym momencie przed upływem terminu składania ofert. Odstępstwo od tej reguły zostało wyrażone w treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zgodnie z którym, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie,

jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Powyższa regulacja ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ww. trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu.

Ustawodawca nie określił żadnej szczególnej formy dokonywania zmian treści specyfikacji. Zgodnie z ujednoliconym stanowiskiem orzecznictwa nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w oddzielnym piśmie, czy też udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców. Informacja nie musi być opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert.

Poza wyjątkiem określonym w art. 38 ust. 4b ustawy Pzp, zamawiający prowadzący postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego mogą dokonywać modyfikacji siwz także w zakresie prowadzącym do zmian treści ogłoszenia o zamówieniu. W takim przypadku w myśl art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający:

- 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na dyspozycję art. 12a ustawy Pzp, który stanowi, że:

1. W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne.

2. Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania:

- 1) ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego;
- 2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 10 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Ponadto w przypadku, gdy zmiana treści siwz nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przedłużenia terminu składania ofert tylko, jeżeli niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Zamawiający w takiej sytuacji informuje o dokonanej zmianie wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza taką informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Poniżej zaprezentowano naruszenia przepisów ustawy Pzp popełnione przez zamawiających w zakresie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

Przykład nr 1 (KU/164/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 13 maja 2013 r. było zaprojektowanie i wykonanie rozjazdów kolejowych.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający w dniu 27 maja 2013 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informację o zmianie ogłoszenia dotyczącą warunków w zakresie zdolności ekonomiczno – finansowej i potencjału kadrowego wykonawcy oraz krótkiego opisu zamówienia, tj. wskazania, że zamówienie obejmuje 697 rozjazdów (a nie 700 jak wskazano pierwotnie), co wynika ze zmniejszenia ilości rozjazdów w części nr 4 – ze 160 na 157, a nowa wartość szacunkowa tej części podana w zmienionym ogłoszeniu to 116 800 000,00 zł. Zamawiający zmienił także termin składania ofert z 11 czerwca na 17 czerwca 2013 r.

Wprawdzie ustawa Pzp nie zawiera regulacji odnoszących się do kwestii obliczania terminów wskazanych w jej przepisach, lecz w myśl art. 14 ustawy Pzp, w zakresie nieuregulowanym ustawą do czynności zamawiającego oraz wykonawców podejmowanych w ramach postępowania zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Stąd też, zamawiający zobowiązany jest ustalić termin składania ofert, o którym mowa w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w oparciu o dyspozycję przepisów art. 110 – 116 kc. Zgodnie z treścią art. 111§ 1 i 2 kc, który przy obliczaniu przedmiotowego terminu ma kluczowe znaczenie, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Dzień rozumiany jest jako doba. Liczy się go od północy do północy i obejmuje on 24 godziny.

W konsekwencji, z uwagi na treść art. 111 kc zamawiający przy obliczaniu terminu określonego w dniach nie uwzględnia dnia, w którym przekazał zmianę ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a termin składania ofert zaczyna bieg w dniu następnym, co oznacza, iż wygasa o północy ostatniego, 22-go dnia.

W przedmiotowej sprawie zamawiający przekazał ww. zmiany w dniu 27 maja 2013 r. wyznaczając termin składania ofert na dzień 17 czerwca 2013 r., tj. na 21-szy dzień licząc od dnia przekazania zmian.

W związku z powyższym, brak przedłużenia terminu składania ofert o czas „nie krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej” stanowi naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 2 (KU/153/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 14 czerwca 2013 r. była przebudowa kolektora do oczyszczalni.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i siwz zamawiający opisując sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy wykazali się „wykonaniem w w/w okresie minimum jednej realizacji robót budowlanych w zakresie sieci kanalizacji sanitarnych o średnicach DN co najmniej 700 mm i długości co najmniej 4 km”. W zakresie warunku dotyczącego potencjału kadrowego zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił osobę na stanowisko kierownika budowy posiadającą „co najmniej 5-cio letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji robót dotyczących budowy kanalizacji sanitarnych w tym doświadczenie przy realizacji jednego kontraktu/zadania inwestycyjnego o średnicach DN co najmniej 700 mm i długości co najmniej 4 km”.

Zamawiający w dniu 10 lipca 2013 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informację o zmianie ogłoszenia dotyczącą warunku wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykazali się „wykonaniem w w/w okresie jednej lub kilku realizacji robót budowlanych w zakresie sieci kanalizacji sanitarnych o średnicach DN co najmniej 700 mm i długości łącznej co najmniej 4 km.” Zamawiający wymagał też, aby wykonawcy dysponowali osobą na stanowisko kierownika budowy posiadającą „co najmniej 5-cio letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy przy realizacji robót dotyczących budowy kanalizacji sanitarnych w tym doświadczenie przy realizacji jednego lub kilku kontraktów/zadań inwestycyjnych o średnicach DN co najmniej 700 mm i długości łącznej co najmniej 4 km”.

Jednocześnie zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania ofert, który zgodnie z sekcją IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu wyznaczony został na dzień 25 lipca 2013 r., tj. 15 dni od daty przekazania ogłoszenia o zmianie do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Zamawiający dokonując zmiany w siwz, której konsekwencją była zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu nie uczynił zadość dyspozycji ww. przepisu. Zmiana dokonana w siwz, miała miejsce dnia 10 lipca 2013 r., tj. na 15 dni przed otwarciem ofert. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu, zamawiający powinien przedłużyć czas składania ofert

o co najmniej 7 dni, tak aby termin składania ofert był odległy od terminu dokonania zmiany o ustawowe 22 dni.

W związku z powyższym, brak przedłużenia terminu składania ofert stanowi naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 3 (KU/246/11)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu ograniczonego postępowania wszczętego w dniu 16 lutego 2011 r. była rozbudowa drogi wojewódzkiej.

W dniu 25 marca 2011r. zamawiający przekazał drogą elektroniczną do Urzędu Oficjalnych Publikacji WE (dalej: UOPWE) sprostowanie ogłoszenia w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 marca 2011r.

Zamawiający dokonał zmian w zakresie doświadczenia kadry w stosunku do wymaganych pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu, tj.:

- kierownik Budowy - co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji przedsięwzięć polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie dróg klasy nie niższej niż G, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót co najmniej 25 000 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku Kierownika Budowy przy wykonywaniu zamówień polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie co najmniej 1 drogi klasy nie niższej niż G o wartości robót co najmniej 25 000 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”);
- kierownik robót drogowych - co najmniej 4-lata doświadczenia zawodowego w realizacji robót drogowych na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót/inspektora nadzoru, w tym na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót drogowych nie mniejszej niż 15 000 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami drogowymi o wartości robót drogowych co najmniej 15 000 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”);

- kierownik robót mostowych - co najmniej 4-lata doświadczenia zawodowego w realizacji robót mostowych na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót/inspektora nadzoru, w tym na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót mostowych nie mniejszej niż 1 500 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami mostowymi o wartości co najmniej 1 500 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”);
- kierownik robót sanitarnych (wodociągowych, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, gazowych) – minimalna liczba osób: 2 - co najmniej 4-lata doświadczenia zawodowego w realizacji robót sanitarnych na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót/inspektora nadzoru, w tym na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót sanitarnych w zakresie sieci wodociągowych i/lub kanalizacyjnych i/lub gazowych nie mniejszej niż 300 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami sanitarnymi w zakresie sieci wodociągowych i/lub kanalizacyjnych i/lub gazowych o wartości tych robót co najmniej 300 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”);
- kierownik robót elektroenergetycznych i oświetleniowych - co najmniej 4-lata doświadczenia zawodowego w realizacji robót elektroenergetycznych na stanowisku kierownika budowy/ kierownika robót/inspektora nadzoru, w tym na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót elektroenergetycznych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych nie mniejszej niż 300 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami elektroenergetycznymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych o wartości tych robót co najmniej 300 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”);
- kierownik robót telekomunikacyjnych - co najmniej 4-lata doświadczenia zawodowego w realizacji robót telekomunikacyjnych na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót/inspektora nadzoru, w tym na co najmniej jednym kontrakcie o wartości robót telekomunikacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych nie mniejszej niż 200 000 PLN netto (zrezygnowano z zapisu, zgodnie z którym osoba na tym stanowisku miała posiadać w ramach ww. doświadczenia „co najmniej 2-letnie doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu robotami telekomunikacyjnymi w zakresie

sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych o wartości tych robót co najmniej 200 000 PLN netto w ramach jednego kontraktu”).

Zamawiający w związku z powyższą zmianą nie przedłużył terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczonego na dzień 12 kwietnia 2011r.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że zamawiający nie przedłużając terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy dokonywaniu modyfikacji treści ogłoszenia w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie wypełnił normy wynikającej z art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, gdyż okres od przekazania zmiany ogłoszenia (tj. 25 marca 2011r.) do wyznaczonego terminu składania wniosków (12 kwietnia 2011) wynosił 18 dni, a więc był krótszy niż 30 dni. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

Przykład nr 4 (KU/154/11)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 19 kwietnia 2011 r. była budowa pętli łączącej drogi krajowe, drogi wojewódzkie oraz drogi powiatowe.

Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania, zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawców potencjałem technicznym, wymagał wykazania się dysponowaniem m.in. 1 frezarką drogową z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni.

W toku prowadzonego postępowania zamawiający udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców. Jeden z wykonawców zwrócił się z następującym pytaniem:

W związku z udzieloną odpowiedzią cz.4 z dnia 23.05.2011 r. na pytanie nr 8 przez Zamawiającego, która informuje, że w ww. zadaniu nie występuje frezowanie tylko całkowita rozbiórka nawierzchni prosimy o wykreślenie z rozdziału 7.1.3 siwz – potencjał techniczny pkt. 3 wymogu wykazania się w ofercie frezarką drogową oraz zmianę formularza 3.5 poprzez wykreślenie pozycji dotyczącej frezarki drogowej.

Zamawiający pismem z dnia 9.06.2011 r. udzielił odpowiedzi na ww. pytanie wskazując, iż Zamawiający wykreśla z rozdziału 7.1.3 siwz – potencjał techniczny pkt 3 wymóg wykazania się w ofercie frezarką drogową oraz zmienia formularz 3.5 poprzez wykreślenie pozycji nr 3

dotyczącej frezarki drogowej z możliwością zadania pochylenia poprzecznego frezowanej powierzchni.

Przytoczona wyżej odpowiedź na pytanie faktycznie zmieniała treść siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego, którym mieli dysponować wykonawcy.

Jak wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, powyższa modyfikacja dotycząca sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu (dokonane przez zamawiającego 3 modyfikacje treści ogłoszenia dotyczyły jedynie przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert).

Zmiana treści siwz w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia.

W związku z powyższym, brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego, którym mieli dysponować wykonawcy, stanowi naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy zauważyć, że przyjętym na dzień przekazania powyższych modyfikacji dniem składania i otwarcia ofert był dzień 21.06.2011 r. (ogłoszenie w sprawie ustalenia tego terminu zostało przekazane UOPWE w dniu 7.06.2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9.06.2011 r.), co oznacza, że od modyfikacji siwz w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do dnia składania ofert pozostało 12 dni. Także ustalony ostatecznie termin składania ofert na dzień 27.06.2011 r. (ogłoszenie w sprawie ustalenia tego terminu zostało przekazane UOPWE w dniu 17.06.2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.06.2011 r.) nie był wystarczający w świetle przepisów ustawy Pzp, gdyż do dnia składania ofert wykonawcom pozostało 18 dni.

W związku z powyższym, brak przedłużenia terminu składania ofert stanowi naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 5 (KU/105/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 8 listopada 2012 r. był projekt, budowa i wdrożenie systemu informatycznego.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający dokonując modyfikacji siwz pismem z dnia 09.01.2013 r. przesunął termin składania i otwarcia ofert na dzień 23.01.2013 r., pismem z dnia 21.01.2013 r. - na dzień 12.02.2013 r., natomiast dokonując modyfikacji siwz pismem z dnia 22.02.2013 r. - na dzień 4.03.2013 r. Brak jednak w tym zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Niedopełnienie powyższego obowiązku w zakresie obligatoryjnego elementu siwz i ogłoszenia o zamówieniu jakim jest termin składania i otwarcia ofert stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 a pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład nr 6 (KU/118/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 4 maja 2013 r. była realizacja kursu doskonalącego.

W punkcie IV.3.7 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał 90 – dniowy termin związania ofertą, natomiast w punkcie XII.1 siwz zamawiający wskazał 60 - dniowy termin związania ofertą.

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania aż do jego zakończenia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład nr 7 (KUD/2/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 30 stycznia 2013 r. był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 lutego 2013 r. stanowiącym wyjaśnienia do treści siwz dokonał zmiany lokalizacji bazy magazynowo-transportowej z odległości do 150 km na odległość nie większą niż 60 km od granicy Gminy S.

Wymóg określający odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy Gminy S. wskazany był również w sekcji II pkt 1.3 oraz sekcji III pkt 3.3. ogłoszenia o zamówieniu.

Jednocześnie, zamawiający nie dokonał w tym zakresie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Tym samym, zgodnie z treścią art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zmieniając wymaganą odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy Gminy S., zobowiązany był do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 8 (KND/1/13)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 16 lipca 2009 r. była dostawa sprzętu komputerowego.

W dniu 23 lipca 2009 r. zamawiający zmienił zapis siwz „*Głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosząca maksymalnie 24,7dB (załączyć oświadczenie producenta wraz z raportem badawczym wystawionym przez niezależną akredytowaną jednostkę)*” na zapis „*Następująca głośność jednostki centralnej mierzona zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazana zgodnie z normą ISO 9296 (załączyć oświadczenie producenta wraz z raportem badawczym wystawionym przez niezależną akredytowaną jednostkę) dopuszczane w następujących wartościach (wystarczy spełnienie jednego z warunków):*

- *w pozycji obserwatora (OBSERWER) w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosząca maksymalnie 24,7 dB;*
- *w pozycji praca (WORK) w trybie pracy dysku twardego (WORK) wynosząca maksymalnie 28 dB”.*

Zmiana treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu prowadziła do zmiany treści ogłoszenia, bowiem analogiczny zapis dotyczący głośności jednostki centralnej znajdował się w ogłoszeniu o zamówieniu. W takiej sytuacji, zamawiający był zobowiązany do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób by był on zgodny z treścią siwz.

W związku z powyższym, brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, stanowi naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 9 (KU/409/12)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu ograniczonego postępowania wszczętego w dniu 28 grudnia 2011 r. była rozbudowa węzła drogowego.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że będzie wymagał od wykonawców zaproszonych do składania ofert wniesienia wadium w kwocie 2 000 000,00 zł. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił już większą wartość wadium, w wysokości 2 058 540,00 zł.

Należy wskazać, iż skoro art. 38 ust. 4b ustawy Pzp zakazuje zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia, to tym bardziej nieuprawnione jest zamieszczanie odmiennych postanowień w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu od początku, tj. od jej przekazania wykonawcom.

Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisy niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu uchybił treści art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Przykład nr 10 (KU/187/2012)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 14 marca 2012 r. była budowa zbiornika małej retencji.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca musiał wykazać się średniorocznym zatrudnieniem pracowników nie mniejszym niż 6 osób. Natomiast zgodnie z treścią siwz wykonawca musiał wykazać się średniorocznym zatrudnieniem pracowników nie mniejszym niż 5 osób. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca musiał przedłożyć „informację na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia pracowników w okresie ostatnich 3 lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie średniego rocznego zatrudnienia istniała od początku trwania przedmiotowego postępowania aż do jego zakończenia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga zmiany ogłoszenia

o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład nr 11 (KU/169/2012)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 7 lutego 2012 r. była rozbudowa zakładu gospodarowania odpadami.

Dokonując w siwz opisu sposobu oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający w stosunku do kierownika robót sanitarnych wymagał uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2012 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 135 o treści:

„(...) czy zamawiający uzna za spełnione wymagania siwz w zakresie osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych, jeżeli ta osoba będzie posiadać uprawnienia wydane w 1979 roku, upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika

budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych?” udzielił odpowiedzi o treści:

„zamawiający uzna za spełnione wymagania siwz w zakresie osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych, jeżeli ta osoba będzie posiadać uprawnienia wydane w 1979 r., upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że w powyższym zakresie zamawiający nie przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz.46), wojewoda stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót (...), w specjalnościach techniczno-budowlanych: instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie:

- a) sieci sanitarnych - obejmującej sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłe uzbrojenia terenu,
- b) instalacji sanitarnych - obejmującej instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłe i klimatyzacyjno-wentylacyjne.

Jak wynika z ww. przepisu i wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 21 września 2005 r. (sygn. akt: IV Ca 772/05) ww. rozporządzenie precyzowało w § 13 ust. 1 pkt 4, że instalacje sanitarne obejmują instalacje wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe, ciepłe i klimatyzacyjno – wentylacyjne, wyraźnie odróżniając specjalność w zakresie instalacji sanitarnych od specjalności w zakresie sieci sanitarnych obejmujących sieci wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i ciepłe uzbrojenia terenu. Wymóg postawiony przez zamawiającego precyzował posiadanie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji, nie zaś samych tylko instalacji. Co prawda przepis art. 14 Prawa budowlanego z 7 lipca 1994 r. wyliczający, w jakich specjalnościach udzielane są uprawnienia budowlane odszedł od rozróżnienia dwóch osobnych specjalności dotyczących instalacji i sieci wodociągowych i kanalizacyjnych wprowadzając jedną – instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (art. 14 ust. 1 pkt 4), jednak w przepisach przejściowych w art. 104 wskazał, że osoby, które przed dniem wejście w życie ustawy uzyskały uprawnienia

budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Tak więc zmiana przepisów nie spowodowała, że zakres uprawnień do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych uległ poszerzeniu o sieci sanitarne.

Zatem nie można uznać, że osoba posiadająca uprawnienia wydane w 1979 r., upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych posiada uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów odpowiadające uprawnieniom budowlanym do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

Wobec powyższego należy uznać, iż w odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający zmodyfikował opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych poprzez ograniczenie wymaganych uprawnień.

Zmiana treści siwz w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia.

W związku z powyższym, brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie stanowi naruszenie dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład nr 12 (KU/37/2012)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 27 listopada 2011 r. była modernizacja czterech zbiorników wodnych.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający podzielił niniejsze zamówienie na sześć części. Zamawiający w Sekcji II.1.8 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że „*oferty można składać w odniesieniu do jednej lub więcej części*”, natomiast w pkt 3.4 siwz (Opis przedmiotu zamówienia) dopuścił składanie ofert „*maksymalnie na dwie części*”.

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie podania informacji o możliwości składania ofert częściowych istniała od początku trwania postępowania aż do jego zakończenia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że skoro art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisy od początku niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu uchybił treści art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Przykład nr 13 (KN/47/2012)

Przedmiotem przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania wszczętego w dniu 4 marca 2011 r. był remont strażnicy OSP.

Jak wynika z siwz, zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg udokumentowania przez wykonawców, że *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej 3 roboty w zakresie budowy obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m² każdy obiekt*". Z kolei z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że wykonawcy mieli się wykazać wykonaniem co najmniej 3 *robót w zakresie obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m² każdy obiekt*".

Dodatkowo, odpowiadając na pytanie wykonawcy dotyczące siwz, zamawiający dopuścił, aby wykonawcy wykazali doświadczenie polegające na remoncie budynków.

Ogłoszenie o zamówieniu i siwz były od początku niezgodne co do sposobu oceny spełniania warunku doświadczenia, a niezgodność ta następnie została pogłębiona z powodu zmiany siwz polegającej na dopuszczeniu wykazania w doświadczeniu nie tylko budowy, ale też remontu.

Skoro art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisy od początku niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu uchybił treści art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Tym bardziej naruszeniem ww. przepisu było zaniechanie zmiany ogłoszenia w sytuacji dokonania ww. zmiany siwz w zakresie sposobu opisu warunku.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO 2398/13 z dnia 30 października 2013 r. – tajemnica przedsiębiorstwa

„W przypadku bezpodstawnego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdzenia, że informacje objęte zastrzeżeniem nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien uznać zastrzeżenie za bezskuteczne i ofertę w tym zakresie odtajnić. Zamawiający nie ma prawa na tej podstawie odrzucić oferty wykonawcy (SN w uchwale z 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05). Wynika to z tego, że nawet negatywna weryfikacja prawdziwości stanowiska wykonawcy w przedmiocie statusu zastrzeżonych informacji nie powoduje per se spełnienia się przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 89 ust. 1 Pzp. W szczególności, niedozwolone jest w przypadku nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę traktowanie jego oferty jako niezgodnej z ustawą, co stanowiłoby przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ani uznawanie tego zastrzeżenia jako czynu nieuczciwej konkurencji, co stanowiłoby przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. O spełnieniu tych przesłanek nie może bowiem świadczyć subiektywny stan wiedzy i świadomości wykonawcy co do charakteru zastrzeżonych informacji, ale obiektywne okoliczności świadczące odpowiednio o niezgodności oferty z ustawą lub o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odnosi się bowiem wyłącznie do sytuacji, w których złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w szczególności polegający na uzgodnieniu przez konkurujących wykonawców treści swoich ofert) i nie można tej przesłanki odnosić do innych okoliczności niedotyczących złożenia samej oferty, w tym do niedozwolonych czynności wykonawcy pozostających w związku ze złożeniem oferty.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2421/13 z dnia 25 października 2013 r. – kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia

„Nie można również zgodzić się z argumentacją Odwołującego o tym, iż Zamawiający, obliczając wartość zamówienia nie uwzględnił przyjętych opcji. Podkreślenia wymaga, że dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca przewidział dwie istotne wartości. Pierwsza z nich to wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, ustalana przez zamawiającego w trybie art. 32 i nast. ustawy Pzp, przed wszczęciem postępowania bez uwzględniania wartości podatku VAT. Wartość ta obliczona jest z należytą starannością w celu ustalenia właściwych procedur dla stosowania przepisów ustawy Pzp dla danego zamówienia publicznego. Wartość ta zatem istotna jest dla przyjęcia zastosowania do danego zamówienia, czy to procedur przyjętych dla zamówień poniżej progów UE, powyżej tych progów, czy też procedur zastrzonych dla maksymalnych wartości progów przyjętych w ustawie Pzp. Wartość ta przyjęta (obliczona) na początku postępowania (dla robót budowlanych maksymalnie 6 miesięcy przed wszczęciem postępowania, dla dostaw i usług – maksymalnie 3 miesiące wcześniej), niezależnie od czasu trwania postępowania, jest jedna i nie podlega weryfikacji w toku tego postępowania, bez względu na zmianę sytuacji rynkowej i wyceny rynkowej danego przedmiotu zamówienia. (...)

Kwota na sfinansowanie zamówienia zaś - zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp - podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert ma służyć przede wszystkim wykonawcom jako ich zabezpieczenie przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne przez zamawiającego. Tuż przed otwarciem ofert Zamawiający, uwzględniając jedynie swoje możliwości finansowe, nie znając jeszcze wartości ofert złożonych w postępowaniu, podaje kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia. Jeśli okazałoby się, że kwota ta jest niższa niż wartość najkorzystniejszej oferty, bądź oferty z najniższą ceną, zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający co prawda posiada jeszcze uprawnienie do podwyższenia tej kwoty, co oznacza, że unieważnienie postępowania we wskazanej sytuacji nie jest obowiązkowe. Jednakże zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający podał na otwarciu ofert określoną kwotę na sfinansowanie zamówienia i w tej kwocie nie mieści się wartość ceny ofertowej Odwołującego. Wartość ta – jak wykazał Zamawiający - została dokładnie przeanalizowana przez Zamawiającego i przez niego zweryfikowana. (...) Zarzuty Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne. To Zamawiający

po przeanalizowaniu środków finansowych, którymi dysponował na realizację całego projektu stwierdził, że wyższej kwoty niż ostatecznie podana na otwarciu ofert nie posiada i trudno z takim obiektywnym ustaleniem Zamawiającego na tym etapie dysputować. Odwołujący zresztą w tym zakresie nie próbował nawet wykazywać, że faktycznie Zamawiający dysponuje dodatkowymi środkami finansowymi, które mogłyby przeznaczyć na dany przedmiot zamówienia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2483/13 z dnia 5 listopada 2013r. – poleganie na potencjale podmiotu trzeciego

„Zgodzić należało się z odwołującym, że samo zobowiązanie podmiotu trzeciego, załączone do oferty, było nazbyt ogólne, lakoniczne i nie stanowiło dowodu możliwości polegania za zasobach podmiotu trzeciego. Stanowiło jedynie powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co – jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby – nie stanowi dowodu, że wykonawca będzie dysponował zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem na tej podstawie nie mógł żadną miarą stwierdzić – w jaki sposób tak specyficzny zasób jakim jest wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Ponadto, z dokumentu tego nie wynikała wymagana przez zamawiającego informacja odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Jednakże informacje odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia można było odnaleźć w innych miejscach oferty. Podkreślenia wymaga, że z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym wynikało, że podmiot trzeci tj. P.P.U.H. (...) jest producentem oferowanych przez przystępującego rozpór stalowych. Na uwagę zasługiwało również to, że przystępujący załączył do oferty certyfikat, deklarację techniczno-ruchową, deklarację zgodności, odnoszące się do oferowanych rozpór stalowych wystawione przez podmiot trzeci. Ponadto na str. 36 oferty znalazło się oświadczenie podmiotu trzeciego, zgodnie z którym przystępujący może korzystać z uprawnień i rozwiązań technicznych wskazanych w dokumentach stanowiących podstawę do wydania certyfikatu. Na podstawie powyższego można było ustalić, że przy produkcji i dostawie rozpór zostanie wykorzystana wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego której ucieleśnieniem są należące

do niego certyfikaty i rozwiązania techniczne wskazane w dokumentach stanowiących podstawę wydania certyfikatu, którymi wykonawca posługiwać się będzie dostarczając przedmiot zamówienia. W oparciu o powyższe można było ustalić, że przystępujący zagwarantował sobie realny dostęp do zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Z kolei okres udostępniania zasobu w sposób jednoznaczny wynikał z pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, wskazano w nim, że zasób zostaje udostępniony „na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia oraz gwarancji”.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2525/13 z dnia 8 listopada 2013 r. – uzupełnianie dokumentów

„Należy stanowczo podkreślić, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wyjaśnienia, tudzież uzupełnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowią „inne dokumenty składane przez Zamawiającego i Wykonawców”, które podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, są to de facto „kontynuacje” wniosków o dopuszczenie, czyli wnioski i w tym zakresie podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadami udostępnienia wniosków, jako takich. Jednocześnie same wezwania do wyjaśnień, tudzież uzupełnienia z uwagi na oczywiste powiązania, kontekst i ciągłość znaczeniową (tzn. aby ocenić odpowiedź konieczna jest znajomość wezwania – „pytania”) również podlegają tej samej zasadzie. Odwołujący słusznie argumentował, że uznanie stanowiska przeciwnego skutkowałoby brakiem możliwości brania uzupełnień i wyjaśnień, w kontekście wezwań, pod uwagę, w toku badania i oceny przy prekwalifikacji złożonych wniosków o dopuszczenie. Izba w tym zakresie przywołuje stanowisko wyrażone przez UZP w publikacji: W. Bajda: „Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, UZP – W-wa 2012, str. 12 – tabela: /Rodzaj dokumentu – moment udostępnienia/.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2478/13 z dnia 13 listopada 2013 r. – zgodność oferty ze specyfikacją

„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2538/13 z dnia 14 listopada 2013 r. – uzupełnianie dokumentów

„Treść odwołania wskazuje, że odwołanie nie zostało wniesione wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, ponieważ odwołujący twierdził, że niezależnie od faktu

wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wszystkie wymagane dokumenty zostały prawidłowo złożone w ofercie i nie wymagały one w ogóle uzupełnienia. W tych okolicznościach, w ocenie Izby brak uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę nie skutkuje w sposób automatyczny wykluczeniem wykonawcy, powoduje jednak, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę jest oceniane w oparciu o dokumenty złożone pierwotnie w ofercie. Zauważyć należy, że czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest obwarowana rygorem skutkującym automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania w przypadku niezłożenia dokumentów, do złożenia których wykonawca został wezwany, niezależnie od tego, czy złożone w ofercie dokumenty są prawidłowe.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO 2575/13 z dnia 19 listopada 2013 r. – nieprawdziwe informacje

„Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Postanowienie KIO 2656/13 z dnia 26 listopada 2013 r. – odrzucenie odwołania

„Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 15.11.2013 r., a nie 13.11.2013 r. (w tym dniu Odwołujący złożył odwołania w placówce pocztowej – zgodnie z datą na stemplu pocztowym), jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że z uwagi na pierwszeństwo czynności o charakterze formalnym nad czynnościami o charakterze merytorycznym nie może umorzyć postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Albowiem, aby było to możliwe odwołanie musiałoby spełniać wszystkie wymogi formalne, a termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Przy czym, jeśli Zamawiający uznaje zasadność argumentacji merytorycznej zawartej w odwołaniu, jako „gospodarz” postępowania ma prawo każdorazowo sanować swoje czynności, jeśli uzna istnienie wymiernych podstaw ku temu.”

[pełny tekst postanowienia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. o sygn. akt: VIII Ga 243/13 dotyczący przyznania kosztów pełnomocnika.

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 27 sierpnia 2013 r. o sygn. akt: XII Ga 238/13 dotyczący liczenia terminu na wniesienie odwołania oraz uiszczenie wpisu od odwołania.

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 11/2013

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 30.11.2013

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	146 735	21 449	168 184
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / na podwykonawstwo	82	71	153
O udzieleniu zamówienia	146 370	21 810	168 180
O konkursie	113	29	142
O wynikach konkursu	77	64	141
O zmianie ogłoszenia	39 137	13 661*	52 798
O koncesji na usługi / roboty budowlane	18	25	43
O zamiarze zawarcia umowy	5 708	800	6 508
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	422	422
O profilu nabywcy	-	18	18
RAZEM	338 240	58 349	396 589

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	28,80%	7,19%
Dostawy	37,07%	50,67%
Usługi	34,13%	42,14%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,17%	96,35%
Przetarg ograniczony	0,44%	3,09%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	0,43%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,13%
Licytacja elektroniczna	0,33%	-

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%	93%	87%	92%
Cena i inne kryteria	5%	7%	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	407	0,25%
Dostawy	375	0,23%
Usługi	503	0,31%
Razem	1 285	0,79%

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	67	0,04%
Dostawy	80	0,05%
Usługi	197	0,12%
Razem	344	0,21%

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	1 848	1,13%
Dostawy	2 086	1,28%
Usługi	4 798	2,93%
Razem	8 732	5,34%

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	37 786	23,09%
Dostawy	35 547	21,72%
Usługi	36 554	22,34%
Razem	109 887	67,15%

Postępowania, w których przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny*
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	34	0,04%
Dostawy	62	0,08%
Usługi	55	0,07%
Razem	151	0,19%

* - dane od 01.07.2013 r.

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	27,75%	6,94%
Dostawy	34,43%	47,32%
Usługi	37,82%	45,74%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	84,31%	86,89%
Przetarg ograniczony	0,34%	2,55%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	1,00%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,08%	9,46%*
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,10%
Wolna ręka	12,85%	-
Zapytanie o cenę	2,15%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,22%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	41,912 mld zł
-------------------------	----------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	61%
Dostawy	20%
Usługi	19%

* - 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)

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 2011	172 473	143 824	83,39%
rok 2012	174 239	147 786	84,82%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

I kw. 2013	35 995	31 086	86,36%
I poł. 2013	82 348	69 935	84,93%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	4,40	2,04
Dostawy	2,49	1,56
Usługi	2,99	1,69
Średnio	3,00	1,73

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

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	9%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	6%	5%
lubuskie	2%	2%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	17%	17%
opolskie	2%	2%
podkarpackie	6%	5%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	10%	11%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	7%
zachodniopomorskie	5%	5%

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

Rodzaj zamówienia	2012	2013
Roboty budowlane	39 dni	39 dni
Dostawy	31 dni	32 dni
Usługi	30 dni	31 dni
Średnio	31 dni	32 dni

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

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,15%
Administracja rządowa terenowa	2,62%
Administracja samorządowa	50,76%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,21%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,86%
Uczelnie publiczne	4,78%
Podmiot prawa publicznego	6,11%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	10,13%
Inny	21,38%

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,51%
Administracja rządowa terenowa	3,17%
Administracja samorządowa	41,52%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,31%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,12%
Uczelnie publiczne	6,74%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	18,49%
Zamawiający sektorowy	1,57%
Inny	24,59%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	16,78%	27,19%	56,03%
Administracja rządowa terenowa	19,06%	38,41%	42,53%
Administracja samorządowa	38,26%	17,39%	44,36%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	25,13%	34,55%	40,31%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	16,46%	34,20%	49,34%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

Uczelnie publiczne	12,14%	53,68%	34,19%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,67%	65,11%	25,23%
Zamawiający sektorowy	11,38%	42,81%	45,81%
Inny	21,69%	40,78%	37,53%

**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	77,73	0,75	0,00	0,07	0,00	18,64	2,62	0,20
Administracja rządowa terenowa	84,11	0,24	0,00	0,06	0,00	11,38	3,46	0,75
Administracja samorządowa	85,93	0,18	0,04	0,06	0,01	11,83	1,57	0,37
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	87,61	0,00	0,00	0,35	0,00	8,03	2,79	1,22
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	68,93	0,44	0,10	0,39	0,05	16,66	13,43	0,00
Uczelnie publiczne	81,04	0,11	0,03	0,10	0,01	15,26	3,40	0,05
Podmiot prawa publicznego	83,30	0,66	0,08	0,09	0,02	13,51	2,23	0,12
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	90,44	0,34	0,03	0,03	0,01	8,29	0,86	0,01
Inny	80,92	0,63	0,05	0,10	0,01	15,65	2,60	0,04

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

**Liczba zamówień udzielonych polskiem 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	brak danych
Belgia	9	9 x usługi	4 614 700 EUR
Bułgaria	2	2 x dostawy	8 704 125 EUR
Chorwacja	1	1 x dostawy	601 102 EUR
Czechy	10	1 x roboty budowlane 4 x dostawy 5 x usługi	200 506 538 EUR
Dania	4	3 x dostawy 1 x usługi	28 336 027 EUR
Estonia	4	4 x dostawy	1 175 643 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	1 469 015 EUR
Grecja	1	1 x usługi	245 000 EUR
Hiszpania	1	1 x usługi	2 000 000 EUR
Irlandia	1	1 x dostawy	brak danych
Litwa	5	3 x dostawy 2 x usługi	1 634 930 EUR
Luksemburg	11	11 x usługi	368 500 EUR
Łotwa	4	3 x dostawy 1 x usługi	3 885 497 EUR
Niemcy	16	3 x roboty budowlane 6 x dostawy 6 x usługi 1 x konkursy	2 505 956 EUR
Rumunia	3	3 x dostawy	4 270 462 EUR
Słowacja	1	1 x dostawy	4 410 000 EUR
Węgry	5	3 x dostawy 2 x usługi	6 085 296 EUR
Włochy	6	5 x dostawy 1 x usługi	159 207 791 EUR
Razem	86	4 x roboty budowlane 41 x dostawy 40 x usługi 1 x konkursy	430 020 582 EUR

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

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

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 12/2013

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	3	338 654 230	15	51 667 812	4	12 623 349		22	402 945 391
Belgia			21	68 189 871	2	11 100 000		23	79 289 871
Białoruś					1	106 533		1	106 533
Bułgaria					1	252 694 280		1	252 694 280
Chiny	1	350 000 000	1	843 586	1	1 245 000		3	352 088 586
Chorwacja					1	11 100 000		1	11 100 000
Czechy	4	660 879 034	26	12 998 656	8	65 115 997		38	738 993 687
Cypr			5	31 321 050				5	31 321 050
Dania			3	5 320 946	1	1 588 747		4	6 909 693
Finlandia	1	383 625 120	3	2 331 368				4	385 956 488
Francja	1	157 071 000	16	14 529 331	16	51 059 636		33	222 659 968
Hiszpania	17	2 166 076 867	3	18 483 524	8	110 249 933	1 900 000	29	2 295 710 325
Holandia			29	67 159 956	7	77 094 518		36	144 254 474
Indie			1	362 943	1	432 825		2	795 768
Irlandia					1	7 680 821		1	7 680 821
Izrael					1	1 121 834		1	1 121 834
Japonia	1	148 000 000						1	148 000 000
Kanada			4	46 653 721				4	46 653 721
Kazachstan			1	1 065 499				1	1 065 499
Korea Południowa	1	66 163 152			1	458 359 021		2	524 522 172
Litwa	1	22 763 495	3	7 276 377				4	30 039 872
Luksemburg					1	755 999		1	755 999
Łotwa			2	599 600				2	599 600
Niemcy	9	5 786 613 076	95	448 150 580	20	469 891 251		124	6 704 654 907
Norwegia					1	3 380 000		1	3 380 000
Portugalia					2	11 892 394		2	11 892 394
Serbia					1	195 875		1	195 875
Słowacja			2	3 314 385	1	1 575 000		3	4 889 385
Słowenia			1	2 973 306				1	2 973 306
Szwajcaria			47	36 142 830	7	81 047 981		54	117 190 812
Szwecja			7	7 266 741				7	7 266 741
Turcja			3	6 969 148				3	6 969 148
Ukraina					1	14 085 751		1	14 085 751
USA			4	3 534 654	14	99 350 712		18	102 885 366
Węgry					1	12 319 000		1	12 319 000
Wielka Brytania			163	18 070 194	13	47 617 811		176	65 688 006
Włochy	3	497 535 956	19	6 903 479				22	504 439 435
Razem	42	10 577 381 930	474	862 129 558	116	1 803 684 268	1 900 000	633	13 244 095 756

* - 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	213	
Zakończone	211	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stwierdzono naruszeń	120	57%
Stwierdzono naruszenia	91	43%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	35	38%
ponowna ocena	56	62%
uchybień formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	57	
Zakończone	95	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	5	5%
Stwierdzono naruszenia	90	95%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	50	55%

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	34	
Zakończone	47	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	2	4%
Stwierdzono naruszenia	45	96%
w tym:		
	45	100%
uchybień formalne	36	80%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	234	
Zakończone	636	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	81	13%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 765	
Rozpatrzone ogółem	2 836	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	246	9%
Odrzucone	110	4%
Umorzone postępowanie	456	16%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	436	15%
Oddalone	905	32%
Uwzględnione	683	24%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2013 r.	2012 r.
Roboty budowlane	22%	32%
Dostawy	34%	32%
Usługi	44%	36%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2013 r.	2012 r.
Liczba wniesionych skarg	138	133
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	5%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

*Joanna Czarnecka Joanna Orzeł
Renata Dzikowska Brygida Brańko
Wojciech Michalski 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**