

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

kwiecień – czerwiec 2017 r.

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

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

Spis treści

AKTUALNOŚCI	3
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE.....	3
➤ Informacja dotycząca Projektu e-Zamówienia	3
➤ Komunikat Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r.	3
➤ Opinia dotycząca zamówień in-house.....	4
➤ Raporty dot. kontroli systemowych prowadzonych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	5
➤ Publikacja rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji	5
➤ Nowe formularze ogłoszeń dotyczące zawierania umów koncesji.....	6
➤ Publikacja rozporządzenia dotyczącego kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE	6
WYDARZENIA	7
➤ Robocze spotkanie ws. zamówień publicznych w ramach Polskiej Prezydencji w Grupie Wyszehradzkiej	7
➤ Śniadanie Start-upowe w Belwederze.....	7
➤ Śniadanie w PIIT.....	8
➤ Szkoła Zarządzania Strategicznego w szkolnictwie wyższym	8
➤ Konferencja "PRIMO Procurement, Integrity, Management and Openness Forum"	8
DZIAŁANIA EDUKACYJNE	9
➤ X Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”	9

➤ Konferencja "Jak dobrze przygotować postępowanie o zamówienie publiczne - doświadczenia praktyczne"	11
➤ Seminarium UZP pt. „Praktyka kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”	12
➤ Konferencja „Ochrona praw pracowniczych w zamówieniach publicznych”	13
➤ Konferencja pn. "Jak upowszechniać stosowanie klauzul społecznych w zamówieniach publicznych?" - zorganizowana wspólnie przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich i Urząd Zamówień Publicznych	14
➤ Szkolenia w ramach projektu PO WER	16
PRAWO EUROPEJSKIE	17
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	17
OPINIE PRAWNE	37
Współpraca publiczno – publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych	37
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	67
Odrzucenie oferty w przypadku jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - przykłady naruszeń art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzone w wynikach kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	67
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	84
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	84
ANALIZY SYSTEMOWE	98
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2017 – 30.06.2017	98

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE

➤ Informacja dotycząca Projektu e-Zamówienia

Upzejmie informujemy, iż wniosek o dofinansowanie projektu „e-Zamówienia - elektroniczne zamówienia publiczne”, realizowanego przez Ministerstwo Cyfryzacji i Urząd Zamówień Publicznych w ramach ustanowionego Partnerstwa, złożony w naborze nr POPC.02.01.00-IP.01-00-004/16 zorganizowanym w ramach Działania 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych” Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa, spełnił kryteria merytoryczne II stopnia oraz uzyskał 193 pkt.

W konsekwencji powyższego Projekt został rekomendowany przez Komisję Oceniającą do dofinansowania jako jeden z dwóch projektów spośród siedmiu zakwalifikowanych do II etapu oceny merytorycznej rozstrzygniętego konkursu.

Wnioskowana kwota dofinansowania wynosiła 19 mln 570 tys. zł. Komisja rekomendowała kwotę w wysokości 16 mln 110 zł (tożsamą z wydatkami kwalifikowalnymi).

Umowa o dofinansowanie powinna być podpisana w ciągu 45 dni od dnia uzyskania informacji o wyniku konkursu.

➤ Komunikat Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r.

Wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) przepisy wzmacniające stosowanie klauzul społecznych i przestrzeganie prawa pracy w ramach zamówień publicznych były w ostatnim czasie przedmiotem publicznej dyskusji. Jej uczestnicy wskazywali, iż obowiązujące przepisy rodzą po stronie zamawiających problemy z weryfikowaniem zatrudniania przez wykonawców pracowników na umowę o pracę.

W związku powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pani Małgorzata Stręciwilk, wspólnie z Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych, Panią Edytą Bielak-Jomaa, wypracowały rozwiązanie zapewniające skuteczną weryfikację obowiązku nałożonego przepisami art. 29 ust. 3a i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, uwzględniające jednocześnie zasady wynikające z ustawy o ochronie danych osobowych.

W efekcie analizy ww. regulacji wypracowane zostało stanowisko, zgodnie z którym dla realizacji celów określonych w art. 29 ust. 3a i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców lub podwykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. Dla skutecznej weryfikacji obowiązku określonego we wskazanych wyżej przepisach, zamawiający może pozyskiwać takie dane osobowe pracowników, jak: **imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu**. Przyjęcie powyższego rozwiązania zapewni realną

i efektywną kontrolę spełniania wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Mając na względzie potrzebę zapewnienia efektywnej realizacji polityki społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych, jak również konieczność przestrzegania przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, biorąc pod uwagę wskazane wyżej ustalenia, przygotował i udostępnia na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych zmodyfikowane:

- [przykładowe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące wymogów w zakresie art. 29 ust. 3a i art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp](#) oraz
- [opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r.](#)

➤ **Opinia dotycząca zamówień in-house**

Wejście w życie dyrektywy klasycznej 2014/24/UE wprowadziło istotną zmianę na gruncie postrzegania zamówień wewnętrznych (tzw. zamówień typu in-house), występujących pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. Zamówienie wewnętrzne, uznawane dotychczas za odrębną od zamówienia publicznego formę wypełniania zadań publicznych przez zamawiających, zostało określone w treści dyrektywy klasycznej 2014/24/UE jako zamówienie publiczne. Konsekwentnie, również po raz pierwszy (nie licząc tzw. „małego in-house” z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp), zagadnienie zamówień typu in-house zostało w tak pełen sposób skodyfikowane w ustawie Prawo zamówień publicznych. Uznając doniosłość dokonanej zmiany, Urząd Zamówień Publicznych przygotował niniejszą opinię prawną, w której przekrojowo przeanalizowano przesłanki dopuszczające udzielanie zamówień typu in-house, odwołując się także do orzecznictwa sądów europejskich. W treści opinii podjęto również wątek niewątpliwej styczności nowej regulacji zawartej w ustawie Pzp, z regulacją z ustawy o gospodarce komunalnej w przedmiocie wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego bezpośrednio w oparciu o tę właśnie ustawę. Zważywszy ponadto na fakt, że do udzielenia zamówień typu in-house stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszące się do trybu zamówienia z wolnej ręki, przypomniano zamawiającym procedurę postępowania w tym trybie, uwzględniając różnice w procedurze, wynikające z regulacji właściwych dla samego in-house'u. Jako że zamówienie z wolnej ręki to tryb niekonkurencyjny, rozwinięto wątek dotyczący podwykonawstwa dla zamówień typu in-house udzielanych w tym trybie.

[Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych](#)

➤ **Raporty dot. kontroli systemowych prowadzonych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

Urząd Zamówień Publicznych udostępnił wyniki najnowszych analiz zawartych w raportach poświęconych tematyce kontroli systemowych prowadzonych przez Prezesa UZP w zakresie praktyki stosowania przez zamawiających kryterium ceny (art. 91 ust. 2a) oraz korzystania z wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 13 ustawy i udzielania zamówień przez jednostki samorządu terytorialnego w ramach realizacji zadań własnych. Przedstawiono także efekty badania wpływu zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. i z dnia 22 czerwca 2016 r. na stosowanie pozacenowych kryteriów ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Ponadto 24 maja 2017 r. Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych spotkała się z dziennikarzami na konferencji prasowej, podczas której zaprezentowane zostały wyniki analiz zrealizowanych przez UZP, zawartych w ww. raportach. W konferencji, poza Panią Prezes, uczestniczyli p. Anita Wichniak-Olczak, dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych, p. Katarzyna Tyc – Okońska, zastępca dyrektora Departamentu Kontroli, p. dr Izabela Fundowicz, naczelnik w Departamencie Prawnym, p. Wojciech Michalski, naczelnik w Departamencie Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych.

[Raport - kontrole systemowe, art. 4 pkt 13 ustawy Pzp](#)

[Raport - kontrole systemowe, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp](#)

[Raport - kryteria oceny ofert](#)

➤ **Publikacja rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji**

25 maja 2017 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod poz. 1017 zostało ogłoszone rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 28 kwietnia 2017 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji.

Rozporządzenie stanowi wykonanie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 18 ust. 6 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920). Określa wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Oprócz wzoru formularza ogłoszenia o koncesji rozporządzenie wprowadza wzory nowych formularzy, dotychczas nieobowiązujących w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane lub usługi (wstępnego ogłoszenia informacyjnego, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy koncesji, ogłoszenia o zawarciu umowy koncesji, ogłoszenia o zmianie umowy koncesji). Zmiany w stosunku do dotychczasowego wzoru ogłoszenia o koncesji oraz wprowadzenie nowych formularzy wynikają m.in. z potrzeby

uwzględnienia nowych wzorów ogłoszeń dla zamówień na roboty budowlane, a także uwzględnienia nowych wzorów ogłoszeń ustanowionych przez Komisję Europejską i zapewnienia spójności pomiędzy treścią formularzy ogłoszeń Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i Biuletynu Zamówień Publicznych, co umożliwi ich sprawniejsze wypełnianie. Ponadto, do treści formularzy zostały wprowadzone nowe pozycje, związane z wdrażaniem do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, wynikające z zastąpienia ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Przewidziane w rozporządzeniu regulacje zmierzają do ujednolicenia treści i układu formularzy ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych do treści i układu formularzy ogłoszeń zamieszczanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Ww. rozporządzenie wejdzie w życie z dniem 9 czerwca 2017 r.

Przedstawiamy Państwu link do strony internetowej Dziennika Ustaw zawierający opublikowane rozporządzenie.

<http://www.dziennikustaw.gov.pl/du/2017/1017/1>

Treść ww. rozporządzenia jest dostępna także na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „[Repozytorium wiedzy/Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi](#)”.

➤ **Nowe formularze ogłoszeń dotyczące zawierania umów koncesji**

25 maja 2017 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod poz. 1017 zostało ogłoszone rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 28 kwietnia 2017 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, dotyczących zawierania umów koncesji.

Rozporządzenie stanowi wykonanie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 18 ust. 6 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920). Określa wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych w zakładce [Nowe formularze \(publikowane od 04.05.2017 r.\)](#) zostały udostępnione formularze ogłoszeń dotyczące zawierania umów koncesji.

➤ **Publikacja rozporządzenia dotyczącego kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej**

16 maja 2017 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod poz. 951 zostało ogłoszone rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 28 kwietnia 2017 r. w sprawie określenia kwot wartości umów koncesji, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Rozporządzenie stanowi wykonanie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).

Rozporządzenie wprowadza kwotę wartości umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, tj. kwotę w wysokości 21 813 853 zł.

Kwota ta stanowi równowartość kwoty 5 225 000 euro, która w wyniku aktualizacji dokonanej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2172, art. 8 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, zastąpiła dotychczasową kwotę 5 186 000 euro, z uwzględnieniem przelicznika ogłoszonego w komunikacie Komisji z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie równowartości progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE (Dz. Urz. C 392/01 z 25.11.2015, str. 1-3).

Ww. rozporządzenie weszło w życie z dniem 31 maja 2017 r.

Jednocześnie, podajemy Państwu link do strony internetowej Dziennika Ustaw zawierającego opublikowane rozporządzenie:

<http://dziennikustaw.gov.pl/DU/2017/951/1>

Treść ww. rozporządzenia jest dostępna także na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce „[Repozytorium wiedzy / Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi](#)”.

WYDARZENIA

➤ Robocze spotkanie ws. zamówień publicznych w ramach Polskiej Prezydencji w Grupie Wyszehradzkiej

30 maja br. w Warszawie odbyło się, zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach Polskiej Prezydencji w Grupie Wyszehradzkiej, robocze spotkanie przedstawicieli państw należących do grupy. W związku z przyjętą poszerzoną formułą spotkania, w wydarzeniu uczestniczyli również przedstawiciele właściwych instytucji z Litwy, Łotwy i Estonii. Spotkanie służyło wymianie doświadczeń w zakresie implementacji nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a także prezentacji konkretnych rozwiązań wprowadzonych do krajowych porządków prawnych.

➤ Śniadanie Start-upowe w Belwederze

26 maja 2017 roku Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i Pan Bogdan Artymowicz, Dyrektor Departamentu Prawnego uczestniczyli w kolejnym spotkaniu w ramach projektu „Śniadanie Start-upowe” w Belwederze.

Spotkanie odbyło się z udziałem Pana Ministra Adama Kwiatkowskiego, przedstawicieli spółek Skarbu Państwa oraz przedstawicieli Fundacji Startup Poland.

Projekt został stworzony z myślą o młodych innowacyjnych przedsiębiorcach i promocji polskiej innowacyjności.

Na spotkaniu dyskutowano o możliwościach współpracy oraz wspólnego zidentyfikowania barier i problemów stojących przed środowiskiem start-upowym.

W trakcie spotkania poruszano również tematykę zamówień publicznych w kontekście znaczenia dla startupów rynku zamówień publicznych i wykorzystania zamówień publicznych dla rozwoju innowacyjności gospodarki.

➤ **Śniadanie w PIIT**

2 czerwca 2017 roku Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i Pan Sebastian Szaładziński, Dyrektor Generalny Urzędu Zamówień Publicznych uczestniczyli w spotkaniu z cyklu „Śniadanie w PIIT”.

W spotkaniu wzięli udział Członkowie Izby wraz z Zarządem PIIT.

Podczas spotkania rozmawiano o informatyzacji zamówień publicznych – planach UZP w tym zakresie, współpracy w ramach tworzenia dobrych praktyk w zamówieniach ICT, ze szczególnym uwzględnieniem wzorcowych klauzul umownych, rekomendacji technicznych oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert w zamówieniach ICT i funkcjonowaniu Biuletynu Zamówień Publicznych.

➤ **Szkoła Zarządzania Strategicznego w szkolnictwie wyższym**

W dniu 6 czerwca 2017 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pani Małgorzata Stręciwilk wzięła udział na zaproszenie Fundacji Rektorów Polskich w XIX Szkole Zarządzania Strategicznego w szkolnictwie wyższym, która miała Jubileuszowy charakter, ponieważ była to X Szkoła Zarządzania Strategicznego w szkolnictwie wyższym dedykowana kanclerzom i kvestorom uczelni członkowskich KRASP.

Wykład Pani Prezes nt. „Zmian w systemie zamówień publicznych” spotkał się z dużym zainteresowaniem środowiska naukowego. Pani Prezes zwróciła w nim uwagę na szczególne rozwiązania wprowadzone do ustawy Pzp regulacjami nowelizacji z czerwca 2016 roku i praktykę ich stosowania. W szczególności wskazała na nowe podejście do badania konfliktu interesów w zamówieniach publicznych, kwestię stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, czy też stosowania przez zamawiających zatrudnienia w zamówieniach na roboty budowlane i usługi oraz obowiązek weryfikacji powyższego w odniesieniu do wykonawców i podwykonawców zamówień publicznych. Pani Prezes nakreśliła też plany i kierunki zmian w systemie zamówień publicznych, wskazując również na działania związane z elektronizacją zamówień publicznych.

➤ **Konferencja "PRIMO Procurement, Integrity, Management and Openness Forum"**

W dniach 23-25 maja 2017 Pan Hubert Nowak, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych uczestniczył w 13 Konferencji organizowanej przez Bank Światowy w Kijowie, zatytułowanej "PRIMO Procurement, Integrity, Management and Openness Forum".

Wiceprezes UZP zaprezentował uczestnikom konferencji temat: "Public Procurement - anti-corruption regulations. Polish experiences". W trakcie wystąpienia przybliżył regulacje prawne wynikające z polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych związane z antykorupcją.

Przedstawił również dane dotyczące polskiego rynku zamówień publicznych oraz polskie doświadczenia w zakresie współpracy w ramach zamówień publicznych sektora społecznego, wykonawców i zamawiających. Prelekcja obejmowała także prezentację zmian wprowadzonych do polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. oraz polskie doświadczenia wynikające z wdrożenia do krajowego porządku prawnego nowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych, w tym w szczególności regulacji dotyczących konfliktu interesu.

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ **X Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”**

W dniach **26-27 czerwca 2017 r.** w Białymstoku odbyła się **X Konferencja Naukowa** z zakresu zamówień publicznych pt. **„Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”**. Przedsięwzięcie zostało zorganizowane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu w Białymstoku w ramach kontynuacji - po dwuletniej przerwie – organizowanych przez Urząd w kooperacji z uczelniami spotkań środowiska naukowego i praktyków zajmujących się problematyką zamówień publicznych.

Konferencja stworzyła doskonałe forum sprzyjające formułowaniu - po blisko roku obowiązywania znowelizowanych przepisów Prawa zamówień publicznych - pewnych podsumowań i wniosków płynących z analiz funkcjonowania w praktyce wdrożonych do polskiego porządku prawnego nowych dyrektyw unijnych w kontekście aspektów prawnych, gospodarczych i społecznych rozwoju rynku zamówień publicznych.

W imieniu Uniwersytetu gości powitał Pan **Prof. dr hab. Andrzej Panasiuk**. Uroczystego otwarcia obrad dokonała Pani **Małgorzata Stręciwilk**, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz Pani **Ewa Polkowska**, Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli. Słowo powitania do uczestników wygłosiła także Pani **Prof. dr hab. Ewa Guzik Makaruk**, Prodziekan ds. Nauki Wydziału Prawa i Administracji UwB.

W ramach pierwszego panelu dyskusyjnego podjęty został istotny temat **„Perspektyw i kierunków rozwoju systemu zamówień publicznych w Polsce”**. Wygłoszone zostały następujące referaty: Pana **Prof. dra hab. Ryszarda Szostaka** z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie pt. *„O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych”*; Pana **Prof. dra hab. Zygmunta Niewiadomskiego** ze Szkoły Głównej Handlowej pt. *„Instrumenty administracyjnoprawne – korzyść czy ograniczenie dla zamówień publicznych”*; Pana **Prof. dra hab. Andrzeja Borowicza** z Uniwersytetu Łódzkiego pt. *„Wykorzystanie instrumentów ekonomicznych w zamówieniach publicznych – postulaty na przyszłość”* oraz Pana **dra Wojciecha Robaczyńskiego** z Uniwersytetu Łódzkiego pt. *„Stosowanie*

instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych". Dyskusję moderowała Pani Prezes **Małgorzata Stręciwilk**.

W drugiej części pierwszego dnia konferencji zatrzymano się nad tematem **„Nowe regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych w praktyce – uwagi postimplementacyjne”**, wokół którego dyskusję moderował Pan **Prof. dr hab. Ryszard Szostak**. Prelekcje dotyczące tego zagadnienia zaprezentowali: Pan **mec. Jerzy Pieróg** z Kancelarii Pieróg & Partnerzy - *„Kwalifikacja podmiotowa wykonawców w kontekście uzupełniania dokumentów”*; Pan **dr Wojciech Hartung** z Kancelarii Domański Zakrzewski Palinka - *„Zamówienia in house – między zamówieniami a konkurencją”*; Pani **mec. Aldona Kowalczyk** z kancelarii Dentons - *„Zmiany umów – kilka uwag na tle nowych przepisów”*; Pani **dr Izabela Fundowicz** z Urzędu Zamówień Publicznych - *„Stosowanie kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”* oraz Pan **mec. Jarosław Józwiak** z Kancelarii Prof. Marek Wierzbowski i Partnerzy - *„Wpływ nowych regulacji prawa zamówień publicznych na sprawne udzielanie zamówień w warunkach dużego miasta”*.

Panel **„Kontrola zamówień publicznych – systemowe rozwiązania”** moderował **Prof. dr hab. Andrzej Panasiuk**. W tej części konferencji referaty przedstawili: Pan **Prof. dr hab. Henryk Nowicki** z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu - *„O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych”*; Pani **Małgorzata Rakowska**, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej - *„Środki ochrony prawnej – propozycje niektórych zmian tego systemu”* oraz Pani **Katarzyna Tyc-Okońska**, Z-ca Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych UZP - *„Kontrola Prezesa UZP – co wymaga usprawnienia”*.

Pierwszy dzień konferencji zamknął blok zatytułowany **„Nowe regulacje ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi w praktyce – uwagi postimplementacyjne”**. Poprowadził go w roli moderatora Pan **Prof. dr hab. Dariusz Kijowski** z Uniwersytetu w Białymstoku, a prelekcje wygłosili: Pan **Prof. dr hab. Michał Kania** z Uniwersytetu Śląskiego - *„Rola przepisów ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w realizacji projektów PPP”*; Pan **mec. Marcin Wawrzyniak** z Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego - *„Uwagi postimplementacyjne do ustawy o umowie koncesji”* oraz Pan **mec. Łukasz Jarocki** i Pani **Katarzyna Solecka** z Uniwersytetu w Białymstoku - *„Nowe rozwiązania prawne ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi”*.

Następny dzień konferencji rozpoczął blokiem dotyczącym **„Zrównoważonych zamówień publicznych w praktyce”**. Pani **Prof. dr hab. Maria Królikowska – Olczak** z Uniwersytetu Łódzkiego moderowała dyskusję panelistów i uczestników spotkania skoncentrowaną wokół następujących tematów wystąpień: Pani **Magdaleny Olejarz**, Dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej UZP - *„Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania”*; Pani **dr Anny Górczyńskiej** z Uniwersytetu Łódzkiego - *„Doświadczenia państw UE w stosowaniu rozwiązań ekologicznych w zamówieniach publicznych”*; Pana **dra Karola Łapińskiego** z Okręgowego Inspektoratu Pracy w Białymstoku - *„Praktyczne zastosowanie umów o pracę w kontraktach publicznych”* oraz Pani **Ewy Kossak** z Ministerstwa Energii - *„Praktyczne wykorzystanie przez*

sektor publiczny rozwiązań w zakresie efektywności energetycznej w zamówieniach publicznych”.

Panel, który zakończył X Konferencję Naukową, poświęcono **„Praktycznym problemom wykorzystywania PPP w Polsce”**. Uczestnicy mieli okazję wysłuchać prelekcji: Pana **Prof. dra hab. Tadeusza Kocowskiego** z Uniwersytetu Wrocławskiego – *„Partnerstwo publiczno-prywatne w praktyce samorządu terytorialnego”*; Pana **Marcina Jędrasika**, Naczelnika Wydziału Partnerstwa Publiczno-Prywatnego w Ministerstwie Rozwoju – *„Zmiany prawne usprawniające rozwój PPP w Polsce”*; Pana **mec. Marcina Wawrzyniaka** z Instytutu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego – *„Polski rynek PPP”*; Pana **Prof. dra hab. Macieja Perkowskiego** z Uniwersytetu w Białymstoku – *„Partnerstwo międzysektorowe możliwości wykorzystania”* oraz Pana **mec. Tomasza Siedleckiego** z Kancelarii Prawnej Tomasz Siedlecki – *„Bariery rozwoju PPP w Polsce”*.

Budząca zainteresowanie uczestników tematyka każdego z paneli konferencyjnych oraz wysoki poziom merytoryczny prezentowanych referatów przyczyniały się do ożywionej dyskusji, która pozwoliła na ciekawą wymianę poglądów i doświadczeń dotyczących funkcjonowania w praktyce nowych przepisów Prawa zamówień publicznych. Cennym elementem spotkania była także wymiana postimplementacyjnych doświadczeń dotyczących ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi, a także praktycznych problemów związanych z wykorzystywaniem uregulowań partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce.

Przedsięwzięcie – poza analizą funkcjonowania poszczególnych instytucji prawnych w praktyce – stanowiło również znakomitą platformę wymiany poglądów na temat perspektyw i kierunków rozwoju systemu zamówień publicznych w Polsce.

➤ **Konferencja "Jak dobrze przygotować postępowanie o zamówienie publiczne - doświadczenia praktyczne"**

8 czerwca 2017 r. w Warszawie odbyła się konferencja zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych pt. **„Jak dobrze przygotować postępowanie o zamówienie publiczne – doświadczenia praktyczne”**.

Przedsięwzięcie zrealizowane zostało w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” współfinansowanego ze środków UE w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne.

W konferencji wzięło udział ok. 250 przedstawicieli administracji centralnej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

Obrady otworzyła Pani **Prezes UZP Małgorzata Stręciwilk**, witając uczestników i wprowadzając w zagadnienia merytoryczne, stanowiące przedmiot spotkania.

Pierwsze wystąpienie zatytułowane **„Ustawowe instrumenty wspierania procesu udzielenia zamówienia publicznego. Pomocnicze działania zakupowe”** wygłosił Pan **dr Marcin Smaga** z Katedry Polityki Gospodarczej Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Następnie Pan **Mateusz Winiarz**, Wiceprezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, omówił temat **„Planowanie zamówień publicznych w świetle nowych regulacji ustawy Pzp**

oraz ustawy o finansach publicznych z uwzględnieniem nowych zasad podziału zamówień na części”.

Pan **dr Maciej Lubiszewski** z Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego zaprezentował zagadnienia dotyczące „Prawidłowego szacowanie wartości zamówienia”.

Z kolei Pani **Katarzyna Tyc-Okońska**, Zastępca Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych UZP omówiła „Zasady publikacji ogłoszeń w procesie udzielania zamówień – przykłady błędów w świetle wyników kontroli Prezesa UZP”.

Prelekcję poświęconą „Zasadom prawidłowego wyboru trybu udzielenia zamówienia, w tym adekwatności trybu do celu zamówienia, prawidłowej interpretacji przesłanek zastosowania trybu i uwagom dotyczącym najczęściej popełnianych błędów” przedstawiła Pani **Hanna Talago-Sławoj**, Prezes Centrum Obsługi Zamówień Publicznych.

Obrady konferencji moderowała Pani **Anita Wichniak-Olczak**, Dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych.

W ramach każdego z bloków tematycznych konferencji uczestnicy mieli możliwość zadawania pytań i dyskusji, co stworzyło dodatkową okazję uzyskania informacji i wyjaśnień dotyczących prezentowanych zagadnień.

➤ **Seminarium UZP pt. „Praktyka kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”**

29 maja 2017 r. w Warszawie odbyło się seminarium zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych pt. **„Praktyka kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”**.

Przedsięwzięcie zostało zrealizowane w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” współfinansowanego ze środków UE w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne.

Wzięło w nim udział 150 przedstawicieli administracji centralnej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

Seminarium otworzyła prelekcja **Pana Dariusza Łubiana**, Wicedyrektora Departamentu Administracji Publicznej Najwyższej Izby Kontroli, pt. **„Zasady i zakres kontroli prowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli dotyczących udzielania zamówień publicznych”**, który zapoznał uczestników seminarium z wybranymi przykładami z przeprowadzanych przez NIK kontroli procesu udzielania zamówień publicznych.

Następnie **Pan Mateusz Winiarz**, Wiceprezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie, wygłosił prelekcję pt. „Doświadczenia związane z kontrolą zamówień publicznych prowadzoną przez regionalne izby obrachunkowe”, która przybliżyła słuchaczom najczęściej identyfikowane nieprawidłowości identyfikowane podczas kontroli prowadzonych przez regionalne izby obrachunkowe.

Z kolei **proces udzielania zamówień publicznych z perspektywy kontroli sprawowanej za pośrednictwem KIO i sądów** zaprezentowała **Pani Małgorzata Rakowska**, Prezes Krajowej

Izby Odwoławczej, która podzieliła się z uczestnikami cennym doświadczeniem, dotyczącym procesu postępowania odwoławczego przed KIO.

Ostatnim wystąpieniem w programie seminarium była prelekcja **Pana Huberta Nowaka**, Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dotycząca [kontroli sprawowanej przez Prezesa Urzędu](#). Na podstawie konkretnych przykładów słuchacze dowiedzieli się, na co zwracać szczególną uwagę podczas procesu udzielania zamówień publicznych, aby uniknąć błędów i nieprawidłowości.

Seminarium moderowała **Pani Anita Wichniak – Olczak**, Dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych UZP.

Na zakończenie uczestnicy seminarium mieli możliwość zadawania pytań oraz dyskusji wokół kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne. Spotkanie pozwoliło udzielić wsparcia przedstawicielom zamawiających i instytucji kontroli w dążeniu do zapewnienia poprawności i efektywności procesu udzielania zamówień publicznych.

➤ **Konferencja „Ochrona praw pracowniczych w zamówieniach publicznych”**

20 czerwca br. w Warszawie odbyła się konferencja pt. **„Ochrona praw pracowniczych w zamówieniach publicznych”** zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” współfinansowanego ze środków UE w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne.

W konferencji wzięło udział ok. 200 przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej, jednostek podległych oraz instytucji kontroli. Celem spotkania było przeprowadzenie pogłębionej dyskusji na temat zakresu i możliwości ochrony praw pracowniczych w zamówieniach publicznych. Obrady otworzył **Pan Hubert Nowak, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych**, witając prelegentów i uczestników oraz wprowadzając w zagadnienia merytoryczne stanowiące przedmiot spotkania.

Pierwsze wystąpienie zatytułowane „Aktualne problemy na polskim rynku pracy. Geneza wprowadzenia do ustawy Prawo zamówień publicznych regulacji dotyczących ochrony praw pracowniczych” wygłosiła [Pani Katarzyna Pietrzak z Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych](#). Następnie **Pan Karol Kacprzak, przedstawiciel Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych**, omówił temat uwzględniania wymogów związanych z przestrzeganiem praw pracowniczych w ramach procedur zamówień publicznych w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. **Pani Sylwia Szczepańska z Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność”** zaprezentowała sposób prowadzenia oraz wyniki monitoringu stosowania obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce, prowadzonego przez NSZZ „Solidarność”, Instytut Zrównoważonych Zamówień Publicznych oraz Federację Przedsiębiorców Polskich. Z kolei **Pani Halina Tulwin, Dyrektor Departamentu Prawnego w Głównym Inspektoracie Pracy**, omówiła działania podejmowane przez Państwową Inspekcję

Pracy w zakresie kontroli przestrzegania obowiązków nałożonych na mocy przepisu artykułu 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Działania na rzecz monitorowania stosowania przez zamawiających klauzul społecznych, w szczególności klauzuli zdefiniowanej w art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, podejmowane w ramach kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych omówił [Pan Sebastian Ostrowski, przedstawiciel Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych](#). Prelekcje poświęcone uwzględnianiu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy w praktyce udzielania zamówień publicznych wygłosili przedstawiciele zamawiających – [Pan Andrzej Umiński, Zastępca Dyrektora Generalnego w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich](#) oraz [Pani Anna Spodzieja z Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie](#).

W ramach ostatniego bloku tematycznego konferencji uczestnicy mieli możliwość zadawania pytań i dyskusji, co stworzyło dodatkową okazję do uzyskania informacji i wyjaśnień dotyczących prezentowanych zagadnień.

➤ **Konferencja pn. "Jak upowszechniać stosowanie klauzul społecznych w zamówieniach publicznych?" - zorganizowana wspólnie przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich i Urząd Zamówień Publicznych**

29 czerwca br. w Warszawie w siedzibie Biura Rzecznika Praw Obywatelskich odbyła się konferencja pn. „Jak upowszechniać stosowanie klauzul społecznych w zamówieniach publicznych?” zorganizowana wspólnie przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Urząd Zamówień Publicznych, w której wzięło udział ok. 70 przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej, jednostek podległych, instytucji kontroli oraz organizacji pozarządowych.

Celem spotkania była wymiana doświadczeń i wypracowanie zasad mogących pomóc w praktycznym uwzględnianiu klauzul społecznych przez podmioty zobowiązane do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Obrady otworzyli **Pan Adam Bodnar, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Pan Hubert Nowak, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych**, witając prelegentów i uczestników oraz wprowadzając w zagadnienia merytoryczne stanowiące przedmiot spotkania.

Rzecznik Praw Obywatelskich zwracał uwagę, że w Polsce są miejsca gdzie świetnie rozwija się ekonomia społeczna, ale niestety ma to wciąż charakter jednostkowy uzależniony od obecności lokalnego lidera, który będzie chciał aktywnie działać. Właśnie z tego względu, zdaniem Rzecznika państwo nie powinno czekać, aż taka osoba się pojawi, tylko samo musi tworzyć warunki, by wzmacniać określone procesy społeczne. Takim sposobem mogą być klauzule społeczne w zamówieniach publicznych. Rzecznik wskazał, że promując klauzule społeczne wzmacniamy te osoby i organizacje, które nie są wystarczająco konkurencyjne na wolnym rynku. W ten sposób wspierane są np. osoby z niepełnosprawnościami, osoby w kryzysie bezdomności, czy byli wychowankowie młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Podkreślił, że zdecydowanie lepiej jest zaktywizować te osoby zawodowo, wzmacniać ich

samodzielność, niż ograniczać się tylko do wydawania zasiłków. Zdaniem Rzecznika bardzo ważna jest też zmiana mentalności społeczeństwa i urzędników.

Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał natomiast, że klauzule społeczne to instrumenty obecne w polskim Prawie zamówień publicznych już od 2009 roku i z powodzeniem stosowane przez jednostki administracji publicznej, w szczególności jednostki samorządu terytorialnego także przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku, która wprowadziła obowiązki dla zamawiających związane ze stosowaniem klauzul społecznych oraz istotnie poszerzyła możliwości związane ze stosowaniem innych aspektów społecznych w zamówieniach publicznych. Podkreślił, że Urząd podejmuje wiele działań na rzecz promowania stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych, wśród których szczególnie przydatne z punktu widzenia zamawiających jest przygotowanie wzorcowych dokumentów dotyczących sposobu uwzględniania klauzul społecznych m.in. określonych w przepisie art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wspólna inicjatywa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Głównego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, która umożliwiła instytucjom zamawiającym stosowanie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zgodnie z wymogami przewidzianymi w przepisach o ochronie danych osobowych. Wiceprezes Hubert Nowak wskazał także na działania kontrolne prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, których celem jest zapewnienie prawidłowego stosowania klauzul społecznych, podkreślając jednocześnie walor edukacyjny tych działań. Wiceprezes UZP zadeklarował kontynuację przez Urząd Zamówień Publicznych działań edukacyjnych oraz upowszechniających dobre praktyki i wzorcowe zapisy dotyczące społecznych zamówień publicznych.

Po wystąpieniach wprowadzających, **Pan Karol Szmaj, Dyrektor Centrum Oceny Administracji w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów** zaprezentował rolę „Zaleceń Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych” w upowszechnianiu stosowania klauzul społecznych. Następnie **Pani Katarzyna Ołdak-Bułańska, Starszy specjalista w Departamencie Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej w Urzędzie Zamówień Publicznych**, omówiła podstawy prawne stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych oraz dane na temat zakresu ich uwzględniania przez polskich zamawiających. Na zakończenie pierwszej części konferencji **Pan Tomasz Schimanek, Ekspert ds. organizacji pozarządowych i programów społecznych**, przedstawił wnioski z dotychczasowych doświadczeń w stosowaniu klauzul społecznych.

Druga część konferencji była poświęcona wymianie doświadczeń z praktycznego stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych. W panelu dyskusyjnym wystąpienia oraz prezentacje na temat przykładów wykorzystania klauzul społecznych oraz korzyści i kosztów związanych z ich stosowaniem wygłosili **Pan Tomasz Pactwa, Dyrektor Biura Pomocy i Projektów Społecznych Urzędu m.st. Warszawy**, **Pan Piotr Nagraba, Naczelnik Wydziału Procesów Zakupowych Biura Logistyki Ministerstwa Finansów** oraz **Pan Mateusz Saczywko, Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych Biura Rzecznika Praw Obywatelskich**. Wkład do

dyskusji w zakresie odpowiedzi na pytanie czy klauzule społeczne są skutecznym instrumentem wspierającym integrację osób zagrożonych marginalizacją społeczną wniosło wystąpienie **Pani Elizy Grabowskiej – Szweicer, Radcy prawnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich**. Z kolei **Pani Marzena Brzychcy, Naczelnik Wydziału Planowania i Zamówień Publicznych Głównego Urzędu Statystycznego**, prezentując dobre przykłady zastosowania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych GUS odniosła się również do barier w stosowaniu klauzul społecznych przez zamawiających.

Podsumowaniem spotkania była dyskusja na temat przedstawionych kwestii oraz innych praktycznych aspektów stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych, w której udział wzięli między innymi **Pani Magdalena Olejarz, Dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej w Urzędzie Zamówień Publicznych**, oraz **Pan Tomasz Konieczny, Zastępca Dyrektora Biura Dyrektora Generalnego w Ministerstwie Rozwoju**.

➤ **Szkolenia w ramach projektu PO WER**

Urząd Zamówień Publicznych w ramach realizacji projektu współfinansowanego ze środków UE pt. „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, przeprowadził dziesięć dwudniowych szkoleń dotyczących zamówień publicznych przyjaznych MSP, kryteriów oceny ofert, trybów negocjacyjnych, innowacji oraz elektronizacji zamówień publicznych.

Szkolenia odbyły się w Białymstoku, Kielcach, Piotrkowie Trybunalskim, Płocku, Toruniu, Wrocławiu, Poznaniu i Warszawie. W każdym ze szkoleń uczestniczyło 20 osób – przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

W ramach ww. projektu odbyły się także cztery szkolenia dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych. W dniach 18 maja oraz 8 czerwca br. zorganizowane zostały dwa szkolenia pn. „Aspekty społeczne w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert oraz przy badaniu rażąco niskiej ceny”, zaś 23 maja oraz 6 czerwca br. przeprowadzono szkolenia dotyczące aspektów środowiskowych w zamówieniach publicznych.

W każdym szkoleniu wzięło udział ok. 40 przedstawicieli instytucji zamawiających – reprezentantów administracji rządowej i samorządowej zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych oraz przedstawicieli instytucji kontrolujących udzielanie zamówień publicznych.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Ogłoszenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-387/14 Esaprojekt

W dniu 4 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał orzeczenie w sprawie

C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338.

W sprawie, której dotyczył wniosek Krajowej Izby Odwoławczej, polski zamawiający, Województwo Łódzkie, prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę zintegrowanego systemu szpitalnego do obsługi części administracyjnej (szarej) i medycznej (białej) w szpitalu w Piotrkowie Trybunalskim. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch zamówień obejmujących dostawę, instalację, konfigurację i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego w części białej i szarej, o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 PLN brutto, dla zakładu opieki zdrowotnej z minimalną liczbą 200 łóżek. Celem udowodnienia spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedstawić wykaz wykonanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Komputer Konsultant Sp. z o.o., przedłożył wykaz dwóch takich zamówień zrealizowanych w konsorcjum z Konsultant IT Sp. z o.o. dla szpitali w Słupsku i w Nowym Sączu. Inny wykonawca, Esaprojekt Sp. z o.o., podał w wątpliwość rzetelność informacji dotyczących jednego z tych zamówień (dla szpitala w Słupsku), wskazując, że to zamówienie było realizowane na podstawie dwóch odrębnych umów, oddzielnie na część białą i część szarą. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów wykonawca uzupełnił wykaz o umowy ze szpitalami w Janowie Lubelskim i w Lublinie zrealizowane przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o., powołując się jednocześnie na zdolności tego podmiotu trzeciego. Oferta Komputer Konsultant Sp. z o.o. ponownie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym za spełniające wymagania dotyczące doświadczenia zamawiający uznał umowę ze szpitalem w Nowym Sączu z pierwotnego wykazu zrealizowaną przez Komputer Konsultant Sp. z o.o. w konsorcjum z Konsultant IT Sp. z o.o. i umowę ze szpitalem w Lublinie z wykazu dostaw zrealizowanych przez Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Ta decyzja również została zaskarżona przez Esaprojekt Sp. z o.o. W ocenie odwołującego zwycięski wykonawca powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu jako winny poważnego wprowadzenia w błąd poprzez złożenie nieprawdziwych informacji. Dodatkowo odwołujący zakwestionował treść zobowiązania podmiotu trzeciego (Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o.) do udostępnienia Komputer Konsultant Sp. z o.o. zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się w tej sprawie do Trybunału Sprawiedliwości z siedmioma pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi:

- A. dopuszczalności powołania się – w ramach uzupełniania i wyjaśniania dokumentów – na zdolności podmiotu trzeciego przez wykonawcę, który w ofercie zadeklarował poleganie wyłącznie na własnych zdolnościach (pytania od pierwszego do trzeciego)
- B. możliwości polegania na zdolnościach podmiotów trzecich poprzez sumowanie zdolności dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności (pytanie czwarte)
- C. możliwości powoływania się przez członka konsorcjum na doświadczenie konsorcjum (pytanie piąte)
- D. wykluczenia wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji (pytanie szóste) oraz
- E. możliwości powoływania się na dwie lub więcej umów jako na jedno zamówienie (pytanie siódme).

A. pytania od pierwszego do trzeciego

W swoich pytaniach od pierwszego do trzeciego sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 132), dalej: dyrektywa albo dyrektywa z 2004 r., w związku z jej art. 2 stoi na przeszkodzie temu, by po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przekazał zamawiającemu dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Na mocy art. 51 dyrektywy zamawiającym przysługuje uprawnienie do wezwania wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarazem zgodnie z art. 2 dyrektywy na zamawiających spoczywa obowiązek równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty.

Odpowiadając na trzy pierwsze pytania Krajowej Izby Odwoławczej, Trybunał w pierwszej kolejności przypominał, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem przepis art. 2 dyrektywy nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, zwłaszcza jeśli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki, o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawiania lub uzupełniania nie prowadzą do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty (por. wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191, pkt 40; wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående*

Uddannelser przeciwko Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647, pkt 32 i 36 oraz wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/16 *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 63 i nast.). W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Konsultant Komputer po upływie terminu składania ofert powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W ocenie Trybunału takie wyjaśnienia nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki i stanowią *de facto* istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.

Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko rzecznika generalnego Bobka wyrażone w opinii przedstawionej w tej sprawie, ECLI:EU:C:2016:899, zgodnie z którą takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania zamówienia. Zdaniem Trybunału, gdyby zamawiający dopuścił, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości.

W konsekwencji, w ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki kierunek rozumowania wskazywał rzecznik generalny w swojej opinii, a Trybunał w wyroku podzielił to stanowisko.

Na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164; z 2016 r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933), dalej: ustawa, przepis art. 26 ust. 3 zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczeń lub dokumentów potwierdzających lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, lub złożyli oświadczenia lub dokumenty, które są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, do ich złożenia, uzupełnienia, wyjaśnienia lub poprawienia, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia, wyjaśnienia lub poprawienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Dotychczas przepis ten był interpretowany w świetle zasad traktatowych oraz orzeczenia z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser przeciwko Manova A/S*, ECLI:EU:C:2013:647, w którym Trybunał

stwierdził, że zamawiający może zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń. W dotychczasowej praktyce, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wymiana potencjału w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym powołanie się na zdolności podmiotu trzeciego przez wykonawcę, który w momencie składania ofert polegał jedynie na własnych zdolnościach, była możliwa jedynie w sytuacji, gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia istniało już w momencie składania ofert. W wyroku z dnia 8 marca 2016 r., sygn. akt KIO 261/16, Izba stwierdziła, że możliwość uzupełniania dokumentów, jaką stwarza art. 26 ust. 3 ustawy, co do zasady nie dotyczy wytwarzania nowych dokumentów po upływie terminu składania ofert, ale wyłącznie dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy przed upływem terminu składania ofert i tylko przez przeoczenie nie zostały załączone w dokumentacji oferty. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady prezentowała stanowisko, iż na etapie wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu niemożliwym było powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego, jeżeli powyższe prowadziłoby jednocześnie do zmiany oświadczenia co do podwykonawstwa przez wykonawcę, który w momencie składania ofert deklarował samodzielną realizację zamówienia (podmiot trzeci miał być jednocześnie podwykonawcą). Tytułem przykładu, w wyroku z dnia 30 czerwca 2015 r., sygn. akt: 1284/15, Izba uznała, że w sytuacji gdy wykonawca pierwotnie deklaruje w ofercie, że wykona zamówienie samodzielnie, a następnie w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału wskazuje, że realizacja zamówienia będzie się odbywać z udziałem podwykonawcy, taką zmianę należy traktować jako niedopuszczalną na etapie wyjaśnień zmianę treści oferty. Podobnie w wyroku z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt: 221/16, Izba stwierdziła, że złożone w ofercie oświadczenie co do podwykonawstwa stanowi istotny element oferty, albowiem udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Z tego też względu, w ocenie Izby, nie jest możliwe stosowanie trybu przewidzianego do wyjaśniania treści oferty do dokonywania zmiany czy uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane jako niedopuszczalne negocjacje dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści.

Omawiany wyrok Trybunału w sprawie *Esaprojekt* stanowi korektę dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie. Należy przyjąć, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, jak również przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem.

Należy także przyjąć, że stanowisko, jakie Trybunał zajął w tej sprawie, zachowuje swoją aktualność również na gruncie nowych unijnych regulacji w dziedzinie zamówień

publicznych. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65), dalej: nowa dyrektywa albo dyrektywa z 2014 r., jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. W świetle omawianego orzeczenia takie uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Na marginesie warto zauważyć, że nowa dyrektywa w art. 63 ust. 1 akapit drugi reguluje przypadki, w których wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub podlegających wykluczeniu, nakazując wykonawcy zastąpienie podmiotu trzeciego w takiej sytuacji. Nowa dyrektywa nie przewiduje natomiast możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie *Esaprojekt*.

Podsumowując tę część rozważań Trybunału, należy podkreślić, że z orzeczenia w sprawie *Esaprojekt* wynika, że wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do uzupełnienia przedłożonego wykazu zrealizowanych zamówień o zamówienia zrealizowane przez inne podmioty i tym samym powoływanie się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wyrok Trybunału w tej sprawie nie oznacza jednak, wbrew doniesieniom prasowym¹, że niedopuszczalne będą jakiekolwiek zmiany w wykazie zrealizowanych zamówień. Rozszerzanie skutków stanowiska, jakie Trybunał zajął w odniesieniu do możliwości powoływania się w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału na zdolności podmiotów trzecich przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach, na wszelkie inne zmiany w wykazie zrealizowanych zamówień, w przypadku gdy powstają wątpliwości co do spełniania przez wykonawcę warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia, byłoby nieuprawnione. Chociaż nie było to przedmiotem rozważań Trybunału w tej sprawie, możliwość uzupełnienia wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę, który w chwili składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach, zdaje się dopuszczać rzecznik generalny Bobek w swojej opinii (zob. pkt 34 cyt. opinii). Podobnie skutków odpowiedzi Trybunału na pytania prejudycjalne skierowane przez

¹ <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1040897.przetargi-zamowienia-publiczne.html>

Krajową Izbę Odwoławczą w tej sprawie nie można rozszerzać na pozostałe przypadki uzupełniania i wyjaśniania dokumentów składanych przez wykonawców celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ewentualne stwierdzenie, że na gruncie dyrektywy z 2004 r. nie było możliwe uzupełnianie dokumentów niekompletnych czy składanie brakujących dokumentów, również nie znajduje uzasadnienia w omawianym wyroku Trybunału. Skutki tego wyroku ograniczają się jedynie do przypadków gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się jedynie na własnych zdolnościach, w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu powołuje się na zdolności podmiotów trzecich.

B. pytanie czwarte

W pytaniu czwartym sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy przepisy dyrektywy dopuszczają, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdyby instytucja zamawiająca uznała, że dane zamówienie jest niepodzielne i musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał przede wszystkim przypomniał, że co do zasady dyrektywa umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile wykonawca powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie faktycznie dysponował zasobami, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Jednocześnie Trybunał we wcześniejszym orzeczeniu z dnia 10 października 2013 r. w sprawie *C-94/12 Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo*, ECLI:EU:C:2013:646, uznał, że w przypadku zamówień wymagających kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów, instytucja zamawiająca może wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny.

W rezultacie na pytanie czwarte Trybunał odpowiedział, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do niego proporcjonalne.

Odpowiedź udzielona przez Trybunał na czwarte pytanie jest zgodna ze stanowiskiem przedstawionym przez Rzeczpospolitą Polską w uwagach na piśmie w tej sprawie.

C. pytanie piąte

Piąte pytanie Krajowej Izby Odwoławczej miało na celu ustalenie, czy dyrektywa dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał podzielił stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej zawarte w przedstawionych w tej sprawie uwagach na piśmie, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Co za tym idzie, wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

W konsekwencji w odpowiedzi na pytanie piąte Trybunał stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoim dotychczasowym orzecznictwie niejednokrotnie uznawała za niedopuszczalne ograniczenie możliwości wykazania się doświadczeniem przez uczestnika konsorcjum tylko do zakresu faktycznie realizowanych czynności w ramach danego zamówienia (zob. w szczególności wyrok: z dnia 27 listopada 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08; z dnia 23 maja 2014 r. sygn. akt: KIO 913/14, KIO 915/14, KIO 917/14; z dnia 16 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 2810/14; z dnia 26 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 65/15). Istnieje zatem konieczność uwzględnienia w przyszłości przez Izbę stanowiska, jakie Trybunał zajął w omawianym wyroku.

D. pytanie szóste

Zadając szóste pytanie sąd odsyłający chciał się dowiedzieć, czy art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy, umożliwiający wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych

przez instytucję zamawiającą informacji, można zastosować niezależnie od umyślności działania wykonawcy, jeżeli przekazane informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W odpowiedzi na to pytanie Trybunał uznał, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.

Odpowiedź, jakiej Trybunał udzielił na pytanie szóste, nie jest sprzeczna ze stanowiskiem Rzeczypospolitej Polskiej przedstawionym w uwagach na piśmie w tej sprawie.

Należy zarazem pamiętać, że przepis art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy z 2004 r. został obecnie zastąpiony przepisami art. 57 ust. 4 lit. h) i i) dyrektywy z 2014 r., które zostały przeniesione na grunt prawa polskiego w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Obowiązujące regulacje doprecyzowują stopień winy wykonawcy w zależności od zakresu przekazanych nieprawdziwych informacji. Ze względu na inne brzmienie tych przepisów wyrok Trybunału w tym zakresie będzie miał znaczenie jedynie historyczne.

E. pytanie siódme

Siódme pytanie Krajowej Izby Odwoławczej miało na celu ustalenie, czy dyrektywa dopuszcza, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, mimo że instytucja zamawiająca w ogłoszeniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazała takiej możliwości.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał stwierdził, że art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz w stosunku do nich proporcjonalnych.

Odpowiedź udzielona przez Trybunał na siódme pytanie jest zgodna ze stanowiskiem Rzeczypospolitej Polskiej przedstawionym w uwagach na piśmie przedłożonych w tej sprawie.

Pełen tekst orzeczenia jest dostępny na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości UE pod adresem www.curia.europa.eu.

2. Ogłoszenie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*

W dniu 11 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał orzeczenie w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A., przy udziale Digital-Center sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:358.

W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na cyfryzację archiwum. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą m.in. próbki mikrofilmu wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi, celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań zamawiającego. Po upływie terminu składania ofert wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik, zwrócili się do zamawiającego o zamianę złożonej z ofertą próbki mikrofilmu, podnosząc, że przez pomyłkę złożyli próbkę gorszej jakości. Zamawiający uznał nową próbkę za uzupełnienie dokumentów, a następnie odrzucił ofertę złożoną przez wykonawców Archus i Gama jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt, że do złożonej próbki nie dołączono informacji o metodzie mikrofilmowania ani parametrów technicznych. Jako najkorzystniejsza została wybrana konkurencyjna oferta złożona przez Digital-Center sp. z o.o. Wykonawcy Archus i Gama wnieśli odwołanie od decyzji o odrzuceniu ich oferty oraz od decyzji o wyborze konkurencyjnej oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą zawist spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z trzema pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19), dalej: dyrektywa 2004/17/WE, i dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE nr L 76 z 23.3.1992, str. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 315), dalej: dyrektywa 92/13/EWG albo dyrektywa odwoławcza, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE nr L 335 z 20.12.2007, str. 31), w zakresie:

- A. uzupełniania próbek (pytanie pierwsze),
- B. zasadności zatrzymania wadium (pytanie drugie) i
- C. legitymacji procesowej do wniesienia odwołania w dziedzinie zamówień publicznych (pytanie trzecie).

A. pytanie pierwsze

W swoim pierwszym pytaniu Izba dążyła do ustalenia, czy prawo unijne sprzeciwia się temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wzywała oferentów do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów, których ci oferenci nie dostarczyli w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów w przypadku błędów, i żeby ponadto ta instytucja zamawiająca nie była obowiązana wskazać tym oferentom, że nie wolno im zmieniać treści przedłożonych ofert.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał przypominał w pierwszej kolejności, że obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne, która oddaje istotę unijnych zasad udzielania zamówień publicznych, wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą. Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom.

W świetle powyższego, w odpowiedzi na pierwsze pytanie Trybunał stwierdził, że zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Przepis ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

Stanowisko Trybunału w tym zakresie jest zgodne ze stanowiskiem, jakie Rzeczpospolita Polska prezentowała w przedłożonych w tej sprawie uwagach na piśmie.

Ani prawo unijne, ani prawo krajowe nie pozostawia wątpliwości, że uzupełnianie i wyjaśnianie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie może skutkować zmianą treści oferty. Na gruncie prawa unijnego wyraz tej zasadzie Trybunał Sprawiedliwości dał już w orzeczeniu z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie *C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i inni przeciwko Úrad pre verejné obstarávanie*, ECLI:EU:C:2012:191. Zdaniem Trybunału zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta.

Na gruncie prawa krajowego tę zasadę wyraża przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164; z 2016 r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933), dalej: ustawa, w myśl którego niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian jej treści. Jedynym wyjątkiem od tej reguły jest przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy możliwość poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy podlegają jedynie oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia i dokumenty, w tym próbki, potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej próbki produktów, które są składane celem ich oceny w ramach kryterium jakościowego, nie są traktowane jako tzw. dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Takie próbki traktowane są jako treść oferty (zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1320/13, z dnia 9 lipca 2013 r. KIO 1496/13, z dnia 8 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1807/13, z dnia 20 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2325/14).

B. pytanie drugie

Drugie pytanie Izby miało na celu ustalenie, czy prawo unijne sprzeciwia się temu, by w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zatrzymała wniesione przez oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium, jeżeli oferent albo nie dostarczy dokumentów poświadczających, że jego oferta jest zgodna z określonymi przez instytucję zamawiającą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogami, ponieważ zmieniłyby one treść jego oferty, albo nie zgodzi się na poprawienie swojej oferty przez instytucję zamawiającą, co spowoduje, że jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana.

Ze względu na czysto hipotetyczny charakter tego pytania i brak związku ze sprawą Trybunał uznał je za niedopuszczalne.

C. pytanie trzecie

W swoim trzecim pytaniu Izba zmierzała do ustalenia, czy pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG dotyczy danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub samego przedmiotu zamówienia, które ma zostać udzielone po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przedstawiono tylko dwie oferty, a oferentowi, którego oferta została odrzucona, mógłby przysługiwać interes w uzyskaniu odrzucenia oferty drugiego oferenta, a w konsekwencji wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał zwrócił uwagę, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu oferty pozostałych oferentów, celem uzyskania zamówienia. Wykluczenie jednego z oferentów może bowiem, po pierwsze, doprowadzić do tego, że inny oferent uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie wszystkich oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio uzyskać zamówienie. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył do sądu odsyłającego te dwie decyzje. W swojej skardze odrzucony oferent wniósł o wykluczenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na brak jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty.

W konsekwencji Trybunał uznał, że dyrektywę 92/13/EWG należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty zwycięskiego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może w danym przypadku dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z udziału w postępowaniu i który nie ma już szans na uzyskanie zamówienia, może domagać się unieważnienia postępowania. W żadnym miejscu omawianego wyroku Trybunał Sprawiedliwości nie stwierdził, wbrew doniesieniom prasowym², że „*nawet jeśli [przedsiębiorca] sam nie może już wygrać przetargu, to nie ma przeszkód, by próbował uniemożliwić to także swoim konkurentom*”. Z wyroku Trybunału należy wyciągnąć wprost przeciwne wnioski. Trybunał opiera się w szczególności na brzmieniu przepisów art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13/EWG, które przyznają prawo do wniesienia odwołania zainteresowanym oferentom rozumianym jako oferenci, którzy nie zostali ostatecznie wykluczeni. Co więcej, w punkcie 58 omawianego wyroku Trybunał wyraźnie zwraca uwagę, że w tej sprawie odwołujący nie zostali ostatecznie wykluczeni z udziału w postępowaniu.

Stanowisko Trybunału w tym zakresie wynika z przysługującego wykonawcy, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, uprawnienia do zaskarżenia tej decyzji

² <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1046677,przedsiębiorca-przetargi-wygrana-uniewaznienie.html>

zamawiającego. Omawiany wyrok w sprawie *Archus et Gama* wpisuje się w ugruntowaną linię orzeczniczą zapoczątkowaną wyrokiem z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 *Werner Hackermüller przeciwko Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)*, ECLI:EU:C:2003:359, w którym Trybunał stwierdził, że nie można odmówić prawa do wniesienia odwołania od decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczonemu z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta została odrzucona, bez umożliwienia temu wykonawcy zakwestionowania podstaw jego wykluczenia i odrzucenia jego oferty.

W orzeczeniu z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 *Fastweb SpA przeciwko Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, ECLI:EU:C:2013:448, Trybunał uznał, że w sytuacji gdy w toku postępowania odwoławczego oferent, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie, z uwagi na fakt, że oferta, którą ten ostatni przedstawił, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, prawo unijne sprzeciwia się temu, aby odwołanie główne zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego w odwołaniu wzajemnym, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze wskazanymi wymaganiami technicznymi obu ofert. W ocenie Trybunału odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, którego oferta nie została wybrana, w sytuacji gdy prawidłowość obu ofert jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach, gdyż w takiej sytuacji, każdy z oferentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia konkurenta.

W wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA*, ECLI:EU:C:2016:199, Trybunał podkreślił, że liczba uczestników postępowania o udzielenie odnośnego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z cyt. wyroku w sprawie *Fastweb*.

Z kolei w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH przeciwko Universität für Bodenkultur Wien i VAMED Management und Service GmbH & Co KG in Wien*, ECLI:EU:C:2016:988, Trybunał uznał, że oferentowi wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na mocy ostatecznej decyzji zamawiającego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu tego zamówienia, nawet jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna była zostać odrzucona.

Podsumowując, w świetle przytoczonego orzecznictwa Trybunału, dyrektywa odwoławcza zakazuje uznania za niedopuszczalne odwołania głównego wniesionego przez odrzuconego oferenta na podstawie uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego

przez oferenta, którego oferta została wybrana, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obu ofert z wymaganiami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia. Inaczej mówiąc, wykonawcy kwestionującemu decyzję zamawiającego dotyczącą jego wykluczenia przysługuje uprawnienie do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji, w przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty zwycięskiego wykonawcy. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG może obejmować ewentualne wszczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby w efekcie okazało się, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu.

Stanowisko, jakie w tym zakresie zajął Trybunał, nie jest sprzeczne ze stanowiskiem prezentowanym przez Rzeczpospolitą Polską w przedłożonych w tej sprawie uwagach pisemnych. Na istnienie lub brak legitymacji procesowej do wniesienia środka ochrony prawnej nie ma wpływu kwestia, czy w wyniku odwołania instytucja zamawiająca będzie musiała unieważnić postępowanie. Konieczne jest bowiem odróżnienie materialnoprawnej podstawy warunkującej rozpoznanie odwołania od oceny zarzutów. Zarzuty są elementem konstrukcyjnym odwołania i podnoszone są w zakresie zaskarżenia, a ich zasadność bądź niezasadność nie może warunkować dopuszczalności wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Zarzuty są przedmiotem oceny merytorycznej w toku rozstrzygania sprawy i nie stanowią przesłanki materialnoprawnej w zakresie dopuszczalności odwołania. Ocena merytoryczna zasadności zarzutów odwołania nie może stanowić podstawy do ustalenia, czy są spełnione przesłanki materialnoprawne do wniesienia odwołania.

Takie stanowisko w swoim orzecznictwie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza. Tytułem przykładu, w wyroku z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2686/12, Izba wskazała, że dla uznania zaistnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy wystarczające jest wykazanie istnienia faktycznie lub potencjalnie przesłanek interesu i szkody związanych z zarzutami odwołania, nie zaś zasadności tych zarzutów. Pogląd przeciwny uniemożliwiłby urzeczywistnienie logiki procedury odwoławczej, zakładającej wyraźnie wyodrębnione etapy. Pierwszy etap ma charakter wyłącznie formalnoprawny i polega na ustaleniu, czy odwołanie nie podlega zwrotowi bądź odrzuceniu i może zostać skierowane na rozprawę. Na rozprawie Izba w pierwszym rzędzie dokonuje badania zawartych w art. 179 ust. 1 ustawy materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności rozpoznania zarzutów odwołania. Pozytywna ocena ich istnienia po stronie odwołującego pozwala na badanie zarzutów odwołania co do istoty.

Pełen tekst orzeczenia jest dostępny na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości UE pod adresem www.curia.europa.eu.

3. [Orzeczenie z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie C-296/15 Medisanus](#)

Przedmiotem sprawy **C-296/15** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (krajową komisję odwoławczą w zakresie zamówień publicznych, Słowenia) postanowieniem z dnia 14 maja 2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 18 czerwca 2015 r., w postępowaniu Medisanus d.o.o. przeciwko Splošna Bolnišnica Murska Sobota (szpitalem ogólnym w mieście Murska Sobota, Słowenia, zwanym dalej „szpitalem”). Spór dotyczył zgodności z przepisami jednego z warunków specyfikacji warunków zamówienia, rozpisanego przez szpital przetargu na dostawę produktów leczniczych.

Postępowanie główne

Szpital prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był zakup dwóch rodzajów produktów leczniczych z osocza. W specyfikacji warunków zamówienia wskazano, że produkty lecznicze będące przedmiotem zamówienia powinny „pochodzić ze słoweńskiego osocza”. Wymóg ten uzasadniono, powołując się na obowiązującą w prawie krajowym, zasadę priorytetowej dostawy produktów leczniczych wytwarzanych przemysłowo z osocza uzyskanego w Słowenii. (art. 6 ust. 71 ustawy o produktach leczniczych). Zasada ta oznacza, że wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych wytworzonych z osocza pobranego gdzie indziej niż w Słowenii jest dozwolone co do zasady jedynie wówczas, gdy produkty lecznicze wytworzone ze słoweńskiego osocza nie pokrywają całego zapotrzebowania (dalej „zasada priorytetowej dostawy”). Z zasady tej wynika więc, że zapotrzebowanie słoweńskich szpitali na produkty lecznicze wytworzone z osocza powinno być w pierwszej kolejności zaspokajane przy pomocy produktów leczniczych wytworzonych ze słoweńskiego osocza.

Medisanus zakwestionował zgodność wymogu krajowego pochodzenia produktów leczniczych z osocza z prawem UE i wezwał szpital do zmiany specyfikacji warunków zamówienia.

Szpital oddalił ten wniosek jako bezzasadny. W wyniku oddalenia tego wniosku Medisanus wniósł odwołanie do krajowej komisji odwoławczej w zakresie zamówień publicznych w Słowenii.

Pytanie prejudycjalne

Krajowa komisja odwoławcza w zakresie zamówień publicznych zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy dyrektywę 2004/18, a w szczególności art. 23 ust. 2 i 8 i art. 2 w związku z

- dyrektywą 2001/83, w szczególności art. 83,

- dyrektywą 2002/98, w szczególności art. 4 ust. 2,
- traktatem FUE, w szczególności art. 18,

należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one wymogowi, aby wytwarzane przemysłowo produkty lecznicze były »uzyskiwane ze słoweńskiego osocza«, (wymogowi pochodzenia krajowego [...])?”.

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie kwalifikacji ludzkiej krwi i jej składników

Trybunał nie poparł stanowiska rządu słoweńskiego, który w oparciu o art. 168 ust. 7 TFUE utrzymywał, że krew ludzka i jej składniki stanowią „zasób”, a nie towar w rozumieniu art. 34 TFUE. Zdaniem Trybunału nic nie stoi na przeszkodzie temu, by produkty lecznicze z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza mieściły się w zakresie pojęcia „towarów” w rozumieniu postanowień traktatu FUE dotyczących swobodnego przepływu towarów, mając na względzie szeroką wykładnię tego pojęcia przyjętą w orzecznictwie Trybunału dotyczącym w szczególności produktów leczniczych oraz krwi i jej składników (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 27–32; z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 27–30). Trybunał uznał zatem, że **produkty lecznicze pochodzące z ludzkiej krwi lub ludzkiego osocza stanowią „towary” w rozumieniu art. 34 TFUE.**

Ponadto, Trybunał przychylił się do opinii rzecznika generalnego, zgodnie z którą produkty lecznicze rozpatrywane w postępowaniu głównym stanowią „produkty” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i c) dyrektywy 2004/18, które można wycenić w pieniądzu i które jako takie mogą stanowić przedmiot transakcji handlowych.

W przedmiocie znajdujących zastosowanie przepisów

Trybunał stwierdził, że w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym art. 83 dyrektywy 2001/83, art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 i art. 18 TFUE nie znajdują zastosowania w sporze w postępowaniu głównym.

Zdaniem Trybunału art. 83 dyrektywy 2001/83 upoważnia państwa członkowskie do stosowania w dystrybucji hurtowej produktów leczniczych z krwi bardziej rygorystycznych wymagań niż te, które obowiązują, po pierwsze, w przypadku dystrybucji hurtowej innych produktów leczniczych, a po drugie, innych sposobów dystrybucji, których ten przepis nie dotyczy. Z kolei pojęcie „dystrybucji hurtowej produktów leczniczych” definiuje art. 1 pkt 17 dyrektywy 2001/83 jako „jakakolwiek działalność obejmująca zaopatrzenie, przechowywanie, dostawę lub wywóz produktów leczniczych, oprócz dostaw dla ludności. Obszar takiej działalności obejmuje producentów lub ich składnice hurtowe, importerów, innych hurtowników czy też farmaceutów i osoby uprawnione do dostaw produktów leczniczych dla ludności w danym państwie członkowskim”.

Następnie Trybunał wskazał, że art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98 zezwala na to, by państwo członkowskie zakazało przywozu krwi i składników krwi lub je ograniczyło w celu zachęcania do dobrowolnego nieodpłatnego oddawania krwi i składników krwi. Jednak art. 2 ust. 1

dyrektywy 2002/98 reguluje dystrybucję ludzkiej krwi i składników krwi, wyłącznie „jeśli przeznaczona jest do przetaczania”.

Trybunał przypomniał również, że art. 18 TFUE może być stosowany samodzielnie wyłącznie w sytuacjach podlegających prawu Unii, w odniesieniu do których traktat nie zawiera szczególnych postanowień o zakazie dyskryminacji (podobnie wyroki: z dnia 21 czerwca 1974 r., *Reyners*, 2/74, EU:C:1974:68, pkt 15, 16; z dnia 30 maja 1989 r., *Komisja/Grecja*, 305/87, EU:C:1989:218, pkt 12, 13; z dnia 18 grudnia 2014 r., *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 31). Natomiast w okolicznościach sprawy w postępowaniu głównym i w zakresie, w jakim sprawa dotyczy swobodnego przepływu towarów, Trybunał uznał, że wymóg pochodzenia krajowego wchodzi w zakres zastosowania art. 34 TFUE, który zakazuje przeszkód w swobodnym przepływie towarów. W tym względzie Trybunał przypomniał swoje utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym ustanowiony w art. 34 TFUE zakaz środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi obejmuje wszelkie przepisy państw członkowskich mogące bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić przywóz pomiędzy państwami członkowskimi (wyrok z dnia 19 października 2016 r., *Deutsche Parkinson Vereinigung*, C-148/15, EU:C:2016:776, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo). Zaś art. 34 TFUE w związku z art. 36 tego traktatu zakazuje w szczególności wszystkich dyskryminacyjnych przeszkód w swobodnym przepływie towarów i tym samym ustanawia szczególne w stosunku do art. 18 TFUE zasady zakazujące dyskryminacji.

W przedmiocie zgodności wymogu krajowego pochodzenia produktów leczniczych z osocza, takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, z art. 2 i 23 dyrektywy 2004/18 oraz art. 34 TFUE

Trybunał stwierdził, że w niniejszym przypadku wymóg pochodzenia krajowego jest ze swej natury dyskryminujący. Obowiązek zaopatrywania się priorytetowo w produkty lecznicze wytworzone ze słoweńskiego osocza uniemożliwia wszystkim przedsiębiorstwom dysponującym produktami leczniczymi wytworzonymi z osocza uzyskanego w innym państwie członkowskim Unii skuteczne składanie ofert w przetargach takich jak ten ogłoszony przez szpital.

Odnosnie kompetencji i obowiązków państw członkowskich względem w szczególności krwiodawstwa, określonych w art. 168 ust. 7 TFUE, w dziedzinie polityki dotyczącej zdrowia, organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej oraz rozdziału przeznaczanych na nie zasobów, Trybunał stwierdził, że przy wykonywaniu tych kompetencji, zwłaszcza w dziedzinie zamówień publicznych, państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa Unii, w szczególności zaś postanowień dotyczących swobodnego przepływu towarów (zob. podobnie wyrok z dnia 11 września 2008 r., *Komisja/Niemcy*, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 22–25 i przytoczone tam orzecznictwo). Stąd w odniesieniu zarówno do przeszkód o charakterze dyskryminacyjnym w swobodnym przepływie towarów, jak i uzasadniających je względów badanie wymogu pochodzenia krajowego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, zgodnie z którym produkty lecznicze z osocza powinny być wytworzone z osocza

uzyskanego w Słowenii, nie może ograniczać się do oceny w świetle dyrektywy 2004/18, lecz powinno też uwzględniać postanowienia prawa pierwotnego.

Trybunał stwierdził niezgodność z art. 2 dyrektywy 2004/18, wymagającym w szczególności, by instytucja zamawiająca traktowała wykonawców na równi z innymi i w sposób niedyskryminujący. Ponadto, Trybunał wskazał, że zgodnie z art. 23 ust. 2 dyrektywy specyfikacja techniczna zawarta w dokumentacji przetargu publicznego powinna umożliwiać oferentom jednakowy dostęp i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Z kolei określone w art. 23 ust. 8 rzeczony dyrektywy warunki nie są spełnione w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym. Z brzmienia tego ostatniego przepisu dyrektywy 2004/18 jasno wynika, że specyfikacja techniczna może zawierać wymóg określonego pochodzenia, wyłącznie jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, oraz że może być to dozwolone tylko wyjątkowo. W każdym razie odniesienie do specyfikacji technicznej takiej jak określone pochodzenie powinno być opatrzone zwrotem „lub równoważne” (zob. podobnie wyrok z dnia 22 września 1988 r., Komisja/Irlandia, 45/87, EU:C:1988:435, pkt 22). Zdaniem Trybunału, przez zastosowanie spornego wymogu, szpital mógł nie tylko odwieść wykonawców dysponujących analogicznymi produktami leczniczymi od złożenia oferty w przetargu, lecz także zakłócić przebieg importu w ramach handlu między państwami członkowskimi, zastrzegając rynek produktów leczniczych wytworzonych ze słoweńskiego osocza dla tylko jednego instytutu. W ten sposób szpital postąpił niezgodnie zarówno z art. 2 dyrektywy 2004/18, jak i z art. 23 ust. 2 i 8 tej dyrektywy oraz z art. 34 TFUE (zob. analogicznie wyrok z dnia 24 stycznia 1995 r., Komisja/Niderlandy, C-359/93, EU:C:1995:14, pkt 27).

W przedmiocie uzasadnienia przeszkody w swobodnym przepływie towarów

Trybunał wskazał, że instytucja zamawiająca podlega dwóm potencjalnie sprzecznym wymogom. Musi przestrzegać art. 6 ustawy o produktach leczniczych, ustanawiającego zasady priorytetowej dostawy i samowystarczalności krajowej, przy czym ta ostatnia wynika z art. 2 ustawy o zaopatrzeniu w krew. Jednocześnie ta instytucja zamawiająca powinna, zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18, przestrzegać równości dostępu do zamówień publicznych, a w związku z tym zapewniać niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców dysponujących produktami leczniczymi z osocza.

Zdaniem Trybunału, w niniejszym przypadku wymóg pochodzenia krajowego jest dyskryminujący, więc słoweńskie ustawodawstwo może być uzasadnione jedynie jednym ze względów wymienionych w art. 36 TFUE (zob. w szczególności analogicznie wyroki: z dnia 17 czerwca 1981 r., Komisja/Irlandia, 113/80, EU:C:1981:139, pkt 7, 8, 10, 11; z dnia 30 listopada 1995 r., Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, pkt 37). Rząd słoweński uważa, że rozpatrywany w postępowaniu głównym system pobierania ludzkiej krwi i ludzkiego osocza jest uzasadniony względami zdrowia publicznego.

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem przy ocenie poszanowania przez państwo członkowskie zasady proporcjonalności w obszarze zdrowia publicznego należy uwzględnić okoliczność, że zdrowie i życie osób mają pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów

chronionych traktatem FUE i że do państw członkowskich należy decyzja o poziomie, na którym chcą one zapewnić ochronę zdrowia publicznego, i o sposobie osiągnięcia tego poziomu. Jako że poziom ten może być odmienny w różnych państwach członkowskich, należy uznać, że państwu członkowskiemu przysługuje pewien zakres swobodnego uznania (zob. w szczególności wyroki: z dnia 11 listopada 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 51; z dnia 19 maja 2009 r., Apothekerkammer des Saarlandes i in., C-171/07 i C-172/07, EU:C:2009:316, pkt 19; z dnia 21 czerwca 2012 r., Susisalo i in., C-84/11, EU:C:2012:374, pkt 28; z dnia 5 grudnia 2013 r., Venturini i in., od C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, pkt 59; z dnia 19 października 2016 r., Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, pkt 30).

Jednakże z orzecznictwa Trybunału wynika również, że uregulowanie ograniczające swobodę podstawową zagwarantowaną przez traktat FUE, taką jak swobodny przepływ towarów, może być uzasadnione jedynie wówczas, gdy jest odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia (zob. podobnie, w dziedzinie zdrowia publicznego, wyroki: z dnia 11 września 2008 r., Komisja/Niemcy, C-141/07, EU:C:2008:492, pkt 48; z dnia 9 grudnia 2010 r., Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 34).

Dlatego zdaniem Trybunału należy zbadać czy wymóg pochodzenia krajowego rozpatrywany w postępowaniu głównym ma uzasadniony cel oraz ocenić proporcjonalność tych przepisów do osiągnięcia wskazanego celu. W tym zakresie Trybunał stwierdził, że przepisy krajowe takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym realizują uzasadnione cele ochrony zdrowia publicznego, jednak zasadę priorytetowej dostawy należy uznać za nieproporcjonalną. Systemu priorytetowej dostawy produktów leczniczych uzyskiwanych drogą przemysłową ze słoweńskiej plazmy nie można w tym wypadku uznać za niezbędny w celu uniknięcia wzrostu cen produktów leczniczych z osocza, ponieważ wszystkie produkty lecznicze uzyskiwane drogą przemysłową z osocza, czy to w Słowenii, czy w innym państwie członkowskim, mają tę samą podstawę ustalania cen tych leków, tj. dobrowolne nieodpłatne krwiodawstwo.

Orzeczenie Trybunału

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

Artykuł 2 i art. 23 ust. 2 i 8 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, jak również art. 34 TFUE w związku z art. 36 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu warunku specyfikacji warunków zamówienia w przetargu publicznym, który zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego instytucji zamawiającej wymaga, by produkty lecznicze z osocza, będące przedmiotem tego zamówienia publicznego, były wytworzone z osocza pozyskanego w tym państwie członkowskim.

OPINIE PRAWNE

Współpraca publiczno – publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych

Zawartość

1. Rys historyczny	38
2. "In-house" a samorządowe jednostki sektora finansów publicznych	39
3. Regulacje w zakresie zamówień typu „in-house”	44
a) Art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp	44
b) Art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp	50
c) Art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp	52
4. Regulacja w zakresie współpracy międzyinstytucjonalnej - art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp	55
5. Moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówień typu "in- house"	58
6. Procedura udzielania zamówienia i obowiązek informacyjny	58
7. Art. 4 pkt 13 ustawy Pzp	63
8. Podwykonawstwo w zamówieniach typu „in-house” i w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej	64

Celem opinii jest wyjaśnienie wątpliwości, które mogą się pojawić na gruncie stosowania nowych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, dotyczących tzw. „zamówień wewnętrznych” (inaczej in-house), szczególnie w kontekście stosowania tych przepisów przez różne typy zamawiających. Niniejsza opinia składa się z rozdziałów prezentujących:

1. rys historyczny zagadnienia zamówień in-house,
2. realizację przez samorządowe jednostki sektora finansów publicznych zadań na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej,
3. stosowanie zamówień in-house na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. realizację współpracy międzyinstytucjonalnej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówienia typu in-house,
6. procedurę udzielania zamówień typu in-house oraz obowiązek informacyjny,
7. udzielanie zamówień na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (tzw. „mały in-house”), oraz

8. podwykonawstwo w ramach zamówień in-house i współpracy międzyinstytucjonalnej.

1. Rys historyczny

U podstaw wyłączenia zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno-publicznej spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych leży przekonanie, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciężących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do ich służb i mogą to czynić również we współpracy z innymi organami publicznymi. W oparciu o wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Teckal³ w orzecznictwie ukształtowała się jedna z form współpracy publiczno – publicznej, tzw. in-house. Poprzez zamówienia typu in-house (inaczej zamówienie wewnętrzne) rozumieć należy formę współpracy, jaka występuje pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle od instytucji zamawiających uzależnionymi pod względem organizacyjnym i gospodarczym. Równolegle, w orzeczeniu w sprawie Hamburg⁴ Trybunał wskazał drugą formę współpracy publiczno – publicznej, tj. współpracę międzyinstytucjonalną. Bezpośrednia współpraca międzyinstytucjonalna występuje pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi w celu wspólnego wypełniania zadań publicznych. Na podstawie obu orzeczeń ustalono, że do tak rozumianej współpracy publiczno – publicznej (będącej w istocie szczególną formą aktywności instytucji zamawiających w celu realizacji swoich zadań) nie znajdują bezpośredniego zastosowania przepisy dyrektyw o zamówieniach publicznych.

Unijny prawodawca w dyrektywie 2014/24/UE⁵, zwanej dalej "dyrektywą klasyczną", skodyfikował ustalone w orzecznictwie zasady uznawania form aktywności instytucji zamawiających za współpracę publiczno - publiczną i przesądził, że obie ww. formy współpracy są szczególnymi zamówieniami publicznymi. W art. 12 dyrektywy klasycznej przewidziano jednakże szczegółowe przesłanki, których spełnienie wyłącza obowiązek stosowania dyrektywy do ich udzielenia. Ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę decyzji co do tego, czy zamierzają przenieść wyłączenie z art. 12 dyrektywy klasycznej na grunt prawa krajowego. Jednocześnie zagwarantowana przez ustawodawcę unijnego swoboda państw członkowskich w kwestii przeniesienia przedmiotowego wyłączenia na grunt prawa krajowego oznaczała również możliwość transpozycji zamówień in-house przy jednoczesnym zaostreniu warunków jej stosowania. Regulacje prawa europejskiego, w zakresie zamówień publicznych, pozwalają bowiem państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje

³ orzeczenie z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562; orzeczenie zapadło na gruncie dyrektywy 92/50/EWG i 93/36/EWG

⁴ orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisia Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357; orzeczenie zapadło na gruncie dyrektywy 92/50/EWG

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

unijne, uwzględniając przy tym historyczne, prawne, ekonomiczne czy społeczne sytuacje właściwe dla państw członkowskich.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) ustawodawca krajowy w ramach polskiego porządku prawnego zdecydował, że z dniem 1 stycznia 2017 r. wszedł w życie art. 67 ust. 1 pkt 12- 15 ustawy Pzp, przewidujący możliwość udzielania zamówień, które odpowiadają charakterystyce współpracy publiczno – publicznej, tj.: in-house i współpracy międzyinstytucjonalnej. Wprowadzone do ustawy instytucje z art. 67 ust. 1 pkt 12- 14 ustawy Pzp, mają na celu uregulowanie zamówień udzielanych przez podmioty z sektora finansów publicznych, tj. jednostki samorządu terytorialnego, organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, a także inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz podmioty prawa publicznego - osobom prawnym, jeżeli podmioty te (zamawiający) sprawują nad osobami prawnymi kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Zaś w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp ustawodawca krajowy, w ślad za art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej wprowadził ramy prawne dla współpracy międzyinstytucjonalnej (inaczej współpracy niezinstytucjonalizowanej) pomiędzy równorzędnymi zamawiającymi, podejmowane bez powoływania nowego podmiotu, w celu realizacji ich wspólnych zadań.

Wprowadzenie nowych regulacji, czyli zamówień udzielanych w formie zamówienia z wolnej ręki, nie spowodowało uchylecia regulacji z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp (tzw. mały in-house) oraz nie skutkowało uchYLENIEM (zmianą) przepisów dotyczących form prowadzenia gospodarki komunalnej przez jednostki samorządowe.

2. "In-house" a samorządowe jednostki sektora finansów publicznych

Instytucja in-house w obecnym brzmieniu nadanym ustawą Pzp zasadniczo nie zmienia funkcjonującej już w polskim porządku prawnym regulacji związanej z realizacją przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Powyższe reguluje ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 poz. 573 ze zm.), zgodnie z którą gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z brzmieniem art. 2 ww. ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. Tak więc jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy),

- w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej),
- poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

Wybór określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego należy do organu stanowiącego tej jednostki (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Przy czym podkreślenia wymaga, iż gmina może tworzyć spółki prawa handlowego, co do zasady, w celu prowadzenia działalności w sferze użyteczności publicznej (*arg. a contrario* z art. 10 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Tworzenie spółek prawa handlowego poza sferą użyteczności publicznej jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie.. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 10 ust. 1 ww. ustawy poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

Podnieść zatem należy, że to do decyzji właściwej jednostki samorządu terytorialnego będzie należał wybór formy organizacyjnoprawnej wykonywanej gospodarki komunalnej w celu realizacji zadań własnych. Jednocześnie ustawa o gospodarce komunalnej nie zawiera żadnych wskazówek, które preferowałyby którykolwiek ze sposobów wykonywania gospodarki komunalnej.

Jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (*arg. z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej*) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu, np. rady gminy oraz akt o utworzeniu spółki (akt założycielski albo statut). W takim przypadku można stwierdzić, że gmina działa za pośrednictwem swojej spółki. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak ekwiwalentności świadczeń. Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05), zgodnie z którym „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga”.

Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyłączeniem

zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Tytułem przykładu, w wyroku w sprawie Tragsa⁶, orzekając na gruncie dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG⁷, Trybunał stwierdził, że przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna organów administracji publicznej nie podlega regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, organy administracji publicznej sprawują nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, przedsiębiorstwo to wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy zamawiającym a jej spółką wykonawczą miały charakter wewnętrzny, tj. aby podmiot, za pośrednictwem którego jednostka samorządu terytorialnego realizuje swoje zadania publiczne, był od niej zależny pod względem gospodarczym i był jej podległy organizacyjnie. W takim przypadku podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy.

Podobnie jest w przypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, doprecyzowujące zakres zadań i obowiązków jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. Jak podkreślono w wydanym na gruncie dyrektywy 92/50/EWG wyroku Trybunału w sprawie Asociación Profesional⁸, gdy porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie podmiot zależny, odbiegając niekiedy znacząco od zwykłych warunków rynkowych, należy uznać, że w odniesieniu do takiego porozumienia nie znajdują zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych.

Realizowanie powyższych zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tych zadań na podstawie umowy osobie trzeciej, tj. na zasadach ogólnych. Ustawa o gospodarce komunalnej w przepisie art. 3 ust. 1 wskazuje, że jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z

⁶ orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 65

⁷ Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi; dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy; dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

⁸ orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815

2016 r. poz. 1793, 1807 i 1860) oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów:

- a) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 696 i 1777 oraz z 2016 r. poz. 1920);
- b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.);
- c) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2016 r. poz. 1817);
- d) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1867 i 1920);
- e) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920).

A zatem, jeżeli do takiego zadania nie będą miały zastosowanie przepisy innych ustaw, wówczas powierzenie wykonywania zadań objętych takim zamówieniem winno nastąpić z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy powierzonych w drodze umowy, należy z kolei odróżnić od powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała ustawa Pzp, w tym możemy mieć do czynienia z udzieleniem zamówienia typu in-house w oparciu o regulacje zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp.

Podsumowując, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne:

- a) w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy), lub
- b) w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej)

działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów ustawy Pzp. Jednostka samorządu terytorialnego wykonująca zadania własne i decydując się na powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy - udziela zamówienia publicznego (jeśli przepisy innych ustaw nie mają zastosowania) i w tym celu zobowiązana jest stosować przepisy ustawy Pzp tj.:

- a) tryby podstawowe (przetarg nieograniczony lub ograniczony) lub
- b) inne procedury, w tym art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp - jeżeli spełnione są opisane w tych przepisach przesłanki.

Jednostka samorządu terytorialnego, może także podjąć decyzję o współpracy niezinstytucjonalizowanej, (umowa zawarta między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp), realizowanej na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zasady udzielenia tego rodzaju zamówień omówione zostały odrębnie w pkt 4 niniejszej opinii.

Należy zatem wskazać, że instytucja in-house wprowadzona do ustawy Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. nie wyklucza i nie stoi na przeszkodzie wykonywaniu zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze ustawy o gospodarce komunalnej. Należy bowiem wskazać, że instytucje in-house i współpracy uregulowane w ustawie Pzp w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 mają szerszy zasięg zastosowania, albowiem dotyczą podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, a zatem nie tylko jednostek samorządu terytorialnego i nie są ograniczone przedmiotowo. Powierzenie zadań w drodze ustawy o gospodarce komunalnej dotyczy jedynie tych zadań, które polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności będą to zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.⁹

Szczególne rozwiązanie w tym względzie przewiduje ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, z późn. zm.), dalej zwanej „ustawą ucpg” w odniesieniu do zadania własnego gminy, jakim jest utrzymanie czystości i porządku w gminach (art. 3 ustawy ucpg). Ustawa ucpg określa odmienną procedurę w zakresie sposobu wyboru wykonawcy, któremu będzie powierzony odbiór odpadów komunalnych, niż procedura przewidziana w ustawie o gospodarce komunalnej. Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy ucpg wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c [przepis wskazuje na obligatoryjny wymóg zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i fakultatywny wymóg zorganizowania takiego odbioru od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, jeśli powstają na nich odpady komunalne], albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zawarte w tym przepisie odesłanie oznacza, że zamawiający (wójt, burmistrz, prezydent miasta) przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy ustawy Pzp w jednym z dostępnych trybów udzielenia zamówienia. Odmienna regulacja zawarta w art. 6d ust. 1 ustawy ucpg ma charakter *lex specialis*, do ustawy o gospodarce komunalnej, która zarówno wybór sposobu jak i określonej formy wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego pozostawia organowi stanowiącemu tej jednostki (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Oznacza to, że wybór przysługujący gminie w zakresie sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej w odniesieniu do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest wyłączony. Za przyjęciem, że przepis art. 6d ust. 1 ustawy ucpg wyłącza możliwość wyboru sposobu wykonywania przez gminy zadań publicznych polegających na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przemawia w szczególności

⁹ Niezależnie od tego czy przedmiotem omówienia jest sposób wykonywania zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w drodze ustawy o gospodarce komunalnej czy też udzielanie zamówień typu in-house, niniejsza opinia nie odnosi się do kwestii związanych z oceną gminy jako przedsiębiorcy organizującego rynek w świetle art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017, poz. 229) w kontekście stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt CSK 252/15/ Kwestia ta leży poza sferą zamówień publicznych i ustawowych kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone przy okazji badania konstytucyjności ww. przepisu w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r. K 17/12. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „w świetle art. 6d ust. 1 (...) ustawy o utrzymaniu czystości nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego”. Wprawdzie wyrok ten odnosi się do brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy ucpg sprzed nowelizacji, która weszła w życie 1 stycznia 2017 r., jednakże zamiar ustawodawcy wyłączenia możliwości samodzielnego wykonania przez gminę ww. zadania publicznego przy pomocy własnych jednostek organizacyjnych pozostał niezmienny. Zasadniczym zamiarem ustawodawcy w zakresie zmiany art. 6d ustawy ucpg, jak wynika z przebiegu procesu legislacyjnego nad projektem ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), jest umożliwienie gminie korzystania ze wszystkich trybów przewidzianych w ustawie Pzp dla wykonywania zadania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Świadczy o tym stanowisko Ministra Środowiska w przedmiocie ww. projektu przedstawione do rozpatrzenia na Stałym Komitecie Rady Ministrów, w którym to Minister wskazywał, że „Rezygnacja z dotychczasowego rozwiązania, nakładającego na gminy obowiązek przeprowadzenia przetargu na ww. usługi, umożliwi gminom stosowanie do tych usług wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych, łącznie z możliwością udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ustawy – Prawo zamówień publicznych uwzględniających in-house.” Konkludując, gmina wykonując zadanie, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o ucpg, udziela zamówienia publicznego i działa w oparciu o tryby udzielania zamówień przewidziane w ustawie Pzp (w tym także tryb zamówienia z wolnej ręki, jeśli zostały spełnione odpowiednie przesłanki, np. dotyczące udzielania zamówień typu in-house).

3. Regulacje w zakresie zamówień typu „in-house”

a) Art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez

inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp statuuje tzw. in-house wertykalny. Przesłanki zastosowania instytucji in-house mają charakter podmiotowy, krąg zamawiających został ograniczony jedynie do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Zakresem podmiotowym przepisu objęte są zatem wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. Zamawiający taki może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej, w szczególny sposób od niego zależnej. Tym samym z instytucji in-house mogą korzystać (po spełnieniu wskazanych w ustawie przesłanek) zarówno jednostki samorządu terytorialnego, które udzielają zamówień swoim spółkom komunalnym (ale w formie umowy), ale także np. organy władzy publicznej utworzonym przez siebie jednostkom.

Przywołany wyżej przepis umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki jeśli łącznie zostają spełnione trzy przesłanki, określone kolejno w lit. a) - c).

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia z wolnej ręki takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Definicja "sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C-107/98)¹⁰ oraz orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03)¹¹. Interpretacja pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad

¹⁰ patrz przypis nr 1

¹¹ orzeczenie z dnia 13 sierpnia 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605

instytucją kontrolowaną. W wyroku Coditel (C-324/07)¹² ETS zauważył, że *istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem [jednostką zależną] była skuteczna*. Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca winna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki. W orzeczeniu Coditel¹³ ETS stwierdził, że *przejawem takiej kontroli jest co najmniej udział przedstawicieli instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych instytucji podległej*. W orzeczeniu ETS ws. Carbotermo (C-340/04)¹⁴ stwierdzono, że *okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada (...), całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami*. Na podstawie tego orzeczenia można wskazać, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami – jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc. Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nie oznacza przy tym, że musi być to kontrola identyczna jaką jednostka nadzorująca ma nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, oznacza to natomiast, że każdorazowo musi to być kontrola skuteczna.

Ustawodawca doprecyzował w lit. a), że kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu

¹² orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 46

¹³ orzeczenie jak wyżej, pkt 41

¹⁴ orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37

strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody. W Wytycznych Komisji Europejskiej dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe (2016/C 276/01)¹⁵, które pomocniczo mogą mieć zastosowanie dla oceny charakteru powiązań pomiędzy zamawiającym a podległymi mu osobami prawnymi, zauważono, że *jeżeli na mocy swojego statutu jednostka ma na celu działanie w interesie swoich właścicieli i nie działa w jakimkolwiek innym interesie, wskazuje to na istnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami instytucji zamawiającej*. Mając na względzie stanowisko ETS ws. Parking Brixen¹⁶ można zwrócić uwagę na przykładowe okoliczności, które mogą świadczyć o takim osłabieniu kontroli zamawiającego nad podległą osobą prawną, że nie będzie możliwe uznanie zamawiającego za podmiot skutecznie dominujący. Te okoliczności to, np.: autonomiczne rozszerzenie działalności spółki na nowe sektory, rozszerzenie zasięgu terytorialnego działalności spółki – szczególnie w ujęciu międzynarodowym, przyznanie przez jednostkę nadzorującą znaczących uprawnień zarządowi spółki – co może oddziaływać na charakter relacji, czy też niemożność wykorzystania przez zamawiającego posiadanych 100% udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników), szczególnie połączona z koniecznością uzyskania zgody innego organu na podejmowanie wszystkich lub niektórych strategicznych decyzji, w tym zmiany zarządu.

Za sprawowanie kontroli nad osobą prawną, w sposób uprawniający do stwierdzenia, że spełniona została przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a) ustawy Pzp należy uznać również sytuację gdy kontrolę nad taką osobą prawną sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez danego zamawiającego. Ustawodawca przewidział sytuację, w której zamawiający udzielający zamówienia wewnętrznego osobie prawnej – nie musi być instytucją kontrolującą tę osobę prawną w sposób bezpośredni, ale jedynie instytucją kontrolującą ją pośrednio – za pośrednictwem innej osoby prawnej. Powyższa relacja trzech podmiotów:

- 1) zamawiający,
- 2) osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego i jednocześnie kontrolująca osobę prawną, której zamawiający udziela zamówienia,
- 3) osoba prawna, której udziela się zamówienia, podległa osobie prawnej z pkt 2

przypomina swoją strukturą schemat „spółek matek i córek” znany z grup kapitałowych. W ramach tego schematu zamawiający kontroluje w sposób opisany powyżej „spółkę-matkę”, ta zaś w ten sam sposób kontroluje „spółkę-córkę”. Nie istnieje natomiast, dla udzielenia zamówienia wewnętrznego, konieczność, aby w takiej relacji instytucja zamawiająca kontrolowała „spółkę-córkę” (osobę prawną z pkt 3) bezpośrednio. Uwagi dotyczące

¹⁵ komunikat Komisji Europejskiej, *Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dla państw członkowskich w sprawie wyboru podmiotów wdrażających instrumenty finansowe* (2016/C 276/01)

¹⁶ patrz przypis nr 9

osłabienia kontroli zamawiającego przedstawione wcześniej, pozostają również aktualne co do przedmiotowej kwestii.

W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp ujęto kolejną przesłankę, która musi być spełniona, aby było możliwe udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Przesłanka jest spełniona, jeśli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć ma wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a). Równowartość 90% jest regulacją bardziej restrykcyjną niż przewidziana w art. 12 dyrektywy klasycznej, która uznaje próg 80% działalności za wystarczający.

Reguły obliczenia procentu działalności, które należy interpretować w świetle brzmienia dyrektywy klasycznej, opisane zostały w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 8 ustawy Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Zatem wskazać należy, że w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a) – bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Pojęcie „zadanie powierzone” dotyczy wszystkich grup zamawiających nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego” gminy. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka

gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem) to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności. W odniesieniu natomiast do kwestii obliczenia procentu działalności w realizacji „zadań powierzonych” dla osób prawnych działających w podsektorze samorządowym, należy zauważyć, że aktywność gospodarcza takich podmiotów opiera się nie tylko na zleceniach otrzymywanych od instytucji zamawiających, ale także na realizacji ich zadań własnych w ich imieniu, które nie muszą mieć bezpośredniego odzwierciedlenia w strukturze przychodów tych osób prawnych. Wydaje się zatem, że obok zadań powierzonych samorządowym osobom prawnym w formie zleceń w ww. rozumieniu, do procentu działalności należy także zaliczyć zadania realizowane przez takie spółki jako zadania własne gminy (w rozumieniu ustawy o gospodarce komunalnej i wykonywane na podstawie poszczególnych „ustaw samorządowych”). Nieujęcie w procencie działalności zadań własnych, których wielkość jest, co do zasady, znaczna w ramach całej działalności osoby prawnej – doprowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień wewnętrznych w podsektorze samorządowym i mogłoby uniemożliwić udzielanie zamówień takim jednostkom, których przeważająca działalność dotyczy realizowania zadań własnych gminy, a znikoma (ale ujęta w przychodzie) – stanowi, np. pożytki z działalności podstawowej. Wydaje się, że trafnym uproszczeniem jest przyjęcie, że za działalność w ramach „zadań powierzonych” należy rozumieć działalność niekomercyjną osób prawnych (tj. świadczoną na rzecz/w imieniu zamawiającego, który taką działalność tej osobie prawnej powierzył). Zarazem, jak wskazał Trybunał w wyroku w sprawie *Undis Servizi*,¹⁷ w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz instytucji zamawiającej, w szczególności na rzecz będących jego współnikami i kontrolujących go jednostek samorządu terytorialnego, do działalności tej nie należy zaliczać działalności zleconej temu podmiotowi przez organ administracji publicznej niebędący jego współnikiem na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które również nie są współnikami tego podmiotu ani nie sprawują nad nim żadnej kontroli, którą to działalność trzeba uznać za wykonywaną na rzecz osób trzecich.

Jeżeli z uwagi na m.in. reorganizację ww. podmiotów, np. przekształcenia podmiotowe, reorganizacja struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności, dane te są niedostępne lub niewiarygodne, należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie, wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego zamawiającego. Jednakże, jeżeli nie jest możliwe ustalenie procentu działalności z uwagi na to, że dane te są nieadekwatne lub nieaktualne, co wynika z okoliczności obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Terminu tego w ustawie Pzp nie należy definiować zawężająco. Z

¹⁷ orzeczenie z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi Srl przeciwko Comune di Sulmona*, ECLI:EU:C:2016:935, pkt 38

prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) wskazano, że w kontrolowanej osobie prawnej nie może zaistnieć bezpośredni udział kapitału prywatnego. Jednakże zgodnie z art. 67 ust. 10 ustawy Pzp zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt 13 lit. c) i pkt 14 lit. c), nie stosuje się do:

- 1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 696 i 1777) lub
- 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

Pomimo tego istotnego wyłączenia, przepis ustawy Pzp wprowadza rozwiązanie bardziej restrykcyjne niż przewidziane w art. 12 dyrektywy klasycznej, gdzie dopuszczono udział kapitału prywatnego pod warunkiem, że ma on charakter niekontrolujący i nieblokujący. Ustawodawca krajowy postanowił zatem, że dla udzielenia tego rodzaju zamówień publicznych konieczne jest wprowadzenie szczególnych rozwiązań uwzględniających nasze uwarunkowania krajowe.

b) Art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp

Na podstawie art. 67 ustawy z dnia 21 października 2016 r. *o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi* (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920), w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, w art. 1 w pkt 85 ustalono nową treść art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit.

- a), lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a),
- c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp statuuje kolejne dwie formy zamówień wewnętrznych: in-house odwrócony oraz in-house pomiędzy podmiotami podległymi temu samemu zamawiającemu. Pojęcia użyte w art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp do opisu charakteru powiązań między podmiotami zasadniczo muszą być interpretowane analogicznie jak pojęcia z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Nadmienić jednak należy, że w art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp ustawodawca odszedł od wymogu, ażeby podmiot nadzorowany był osobą prawną. Nie ma także wymogu, ażeby osobą prawną był podmiot nadzorujący. Oznacza to, że dopuszczalne na gruncie powyższego przepisu będzie udzielanie zamówień pomiędzy podmiotami, które będą hierarchicznie podporządkowanymi jednostkami sektora finansów publicznych (przy spełnieniu wszystkich pozostałych przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). Poprzez sprawowanie kontroli w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp należy rozumieć kontrolę, o jakiej mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp. Podobnie wymóg wykazania, że co najmniej 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę należy interpretować podobnie jak regulację z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp. Rozszerzono również w przepisie wymóg braku udziału kapitału prywatnego, który w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp dotyczy nie tylko podmiotu kontrolowanego, ale także kontrolującego. O ile jednak rozumienie „braku udziału kapitału prywatnego” jest powtórzeniem zasady z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) ustawy Pzp, o tyle ustawa Pzp w pkt 13) rozróżnia skutki wprowadzenia takiego kapitału do zamawiającego. Jak bowiem wynika z przywołanej już treści art. 146a ustawy Pzp, umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt 13 lit. c) lub 14 lit. c), udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 67 ust. 10. Oznacza to, że pojawienie się kapitału prywatnego po stronie zamawiającego nadzorującego nie skutkuje wygaśnięciem umowy o zamówienie wewnętrzne.

Przesłanki zastosowania instytucji in-house z art. 67 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp mają w dalszym ciągu charakter podmiotowy, ale doprecyzowano krąg zamawiających nadzorujących i nadzorowanych. Krąg zamawiających nadzorowanych (a zatem tych, którzy udzielają zamówienia) obejmuje wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. Ponadto zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy. W odniesieniu do przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy

Pzp zmodyfikowano podmioty, którym można udzielić zamówienia, i tak są to: podmioty posiadające status zamawiających w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp oraz osoby prawne kontrolowane przez tego samego zamawiającego, który kontroluje jednostkę udzielającą zamówienia. Kontrola taka nie musi być tożsama, musi jednak niewątpliwie spełniać te same przesłanki w rozumieniu definicji z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podsumowując, ww. przepis pozwala na udzielanie zamówień w dwóch przypadkach:

- a) gdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, udzieli zamówienia zamawiającemu, który zachowuje nad nim pozycję dominującą (sytuacja odwrotna do opisanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), lub
- b) gdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp, udzieli zamówienia innej osobie prawnej, jeżeli zarówno udzielający zamówienia jak i podmiot, któremu je udzielono pozostają w relacji zależności od tego samego zamawiającego posiadającego nad każdym z nich pozycję dominującą.

c) Art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
 - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp reguluje sytuację wspólnej kontroli zamawiającego wraz z innymi zamawiającymi nad jednostką wspólnie im podległą. Przesłanki zastosowania instytucji in-house mają charakter podmiotowy; krąg zamawiających, którzy mogą udzielić zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z tego przepisu został ograniczony do podmiotów wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Zakresem

podmiotowym przepisu objęte są zatem wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, "podmioty prawa publicznego" (zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp nie może udzielić zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, tj. podmiot prywatny wykonujący działalność sektorową albo przedsiębiorstwo publiczne, nawet jeśli jest jednym z podmiotów, które kontrolują podległą osobę prawną. Zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia jednostce podległej może skorzystać z przepisów wyłączających stosowanie ustawy (właściwych dla zamawiających sektorowych), tj. art. 136 ustawy Pzp, po spełnieniu przesłanek dopuszczających zastosowanie tego przepisu. Zamówienia, które mogą zostać udzielone w ramach instytucji in-house nie są ograniczone przedmiotowo, oznacza to tym samym, że jeżeli zostaną spełnione przesłanki o charakterze podmiotowym, zamawiający może zlecić w tym trybie wykonanie każdej usługi, roboty budowlanej czy dostawy.

Zamawiający może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej zależnej od zamawiających, wśród których występuje, którzy wspólnie go kontrolują. W orzeczeniu ETS ws. Coditel¹⁸ zwrócono uwagę, że kontrola sprawowana nad podmiotem wewnętrznym musi być skuteczna, ale nie jest konieczne, aby była ona sprawowana samodzielnie. ETS potwierdził tym samym zasadę stanowiącą, że kontrola w rozumieniu pierwszego kryterium określonego w sprawie Teckal¹⁹ może być sprawowana wspólnie.

Przepis umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki jeśli łącznie zostają spełnione trzy przesłanki, określone kolejno w lit. a) - c).

Przesłanka z lit. a) wskazuje, że możliwe będzie udzielenie zamówienia, jeśli zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Niewątpliwie sprawowanie kontroli nad osobą prawną przez zamawiającego, ale występującego wspólnie z innymi zamawiającymi, ma inny charakter niż gdyby zamawiający kontrolował taką osobę prawną samodzielnie (przypadek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

¹⁸ patrz przypis nr 10

¹⁹ patrz przypis nr 1

Pojęcie "sprawowania kontroli nad jednostką" zasadniczo odpowiada pojęciu z pkt 12 cytowanego artykułu i orzecznictwo przywołane przy tamtej okazji zachowuje aktualność także w tym przypadku, jednakże z uwzględnieniem istotnej różnicy jaką jest odniesienie tego pojęcia nie do konkretnego zamawiającego, ale łącznie do zamawiających działających wspólnie. Pojedynczy zamawiający, z racji tego, że występuje wspólnie z innymi zamawiającymi nie sprawuje, co do zasady, takiej samej kontroli nad jednostką kontrolowaną, jak nad własnymi jednostkami wewnętrznymi. Występuje naturalna w takiej relacji partycypacja „we władzy” nad jednostką nadzorowaną. Powyższe oznacza, że w odniesieniu do podmiotów wspólnie kontrolowanych przez grupy zamawiających (np. spółki zajmujące się transportem międzygminnym, w których udziały mają gminy partycypujące w transporcie, spalarnie śmieci powołane i kontrolowane przez jednostki – udziałowców etc.) orzecznictwo musiało ustalić co oznacza zakres pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką", ale w odniesieniu do pojedynczego zamawiającego występującego jako element całości. Na kanwie tego wniosku ustalono pojęcie „kontroli analogicznej” lub „kontroli podobnej”, do kontroli w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co znalazło odzwierciedlenie także w orzeczeniach ETS. W orzeczeniu ETS ws. Coditel²⁰ stwierdzono, że w przypadku jednostki, której wspólnymi właścicielami jest szereg instytucji zamawiających, „podobną kontrolę” mogą sprawować wspólnie te instytucje, zaś samodzielne sprawowanie kontroli przez każdą z nich nie jest istotne. W cytowanym już orzeczeniu Tragsa²¹ uznano, że w pewnych okolicznościach warunek dotyczący kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą może być spełniony, jeżeli instytucja taka posiada tylko 0,25% kapitału przedsiębiorstwa publicznego. Orzeczenie wskazuje, więc że co do zasady, aby mówić o podobnym sprawowaniu kontroli nad spółką zamawiający pojedynczy winien posiadać w niej jakieś udziały. Z kolei w sprawie Econord (C-182/11 i C-183/11)²² ETS stanął na stanowisku, że pozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu, niezapewniając jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką, pozwalałaby na obchodzenie przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką.

Podsumowując, wspólna, analogiczna kontrola możliwa jest nawet w przypadku, jeżeli odsetek posiadanych udziałów w spółce jest bardzo niski, pod warunkiem że prawa wynikające z tych udziałów są wystarczające, aby udziałowcy mogli wspólnie sprawować skuteczną kontrolę. Powyższe ustalenia Trybunału Sprawiedliwości doprowadziły do wykształcenia się zasad wspólnego sprawowania kontroli, które zostały wyrażone w art. 12

²⁰ patrz przypis nr 10

²¹ patrz przypis nr 4

²² orzeczenie z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese*, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 31

ust. 3 dyrektywy klasycznej i transponowane do cytowanego art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. a) ustawy Pzp. Przesłanka minimalnego składu organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej oznacza, że reprezentowane w tym składzie winny być wszystkie instytucje zamawiające, co nie oznacza, że każdy zamawiający musi mieć swojego przedstawiciela (przedstawiciel może reprezentować jedną, kilka lub wszystkie instytucje), ani że w skład takich organów mogą wchodzić tylko instytucje zamawiające. Decydujący jest rzeczywisty wpływ danego pojedynczego zamawiającego na procedury decyzyjne w osobie prawnej, co nie oznacza, że będzie to wpływ skuteczny. Zamawiający występujący w gronie innych zamawiających działających wspólnie może przykładowo zostać przegłosowany i cele, które chciał wyznaczyć osobie prawnej, nie zostaną wyznaczone. Nie oznacza to, że nie kontroluje on takiej jednostki analogicznie (a zatem wystarczająco, ażeby mógł jej udzielać zamówień z wolnej ręki). Jak zostało już powiedziane dominujący wpływ, o którym mowa w tirecie drugim, nie różni się od wpływu w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z tym tylko rozróżnieniem, że dotyczy zamawiającego wspólnego. Przesłanka niedziałania w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad osobą prawną kontrolę oznacza, że kontrolowana osoba prawna nie musi wyrażać celów każdego z zamawiających, istotne żeby nie stała tym celom na przeszkodzie. Przeciwnie ujęcie (tożsamość celów każdego z zamawiających z celami osoby prawnej) oznaczałoby w praktyce, że wspólnie kontrolować osobę prawną mogliby tylko zamawiający posiadający identyczne cele, co czyniłoby regulację praktycznie niestosowną.

Przesłanki z lit. b) i c) mają takie samo znaczenie jak w przypadku analogicznych przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podnieść jednak należy, że procent działalności dotyczy łącznej działalności wykonywanej na rzecz wszystkich zamawiających wspólnych i wszystkich podległych im osób prawnych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp (także gdy podległe osoby prawne są kontrolowane przez co najmniej jednego z zamawiających na zasadach wspólnej kontroli, np. z innymi zamawiającymi).

4. Regulacja w zakresie współpracy międzyinstytucjonalnej - art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp

W świetle art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie pomiędzy co najmniej dwoma zamawiającymi oraz spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, oraz
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Wyjaśniając znaczenie pierwszej przesłanki, należy wskazać, że współpraca, o której mowa w lit. a) ww. przepisu, ma na celu wspólne zapewnianie wykonania zadania publicznego, do którego wykonania zobowiązani są wszyscy partnerzy. Celem takiej wzajemnej współpracy musi być zapewnienie wykonania usług publicznych, które zamawiający nawiązujący współpracę muszą wykonać z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają. Przy czym podkreślić należy, iż porozumienie o współpracy publiczno-publicznej musi ustanawiać lub wdrażać współpracę pomiędzy objętymi porozumieniem stronami na rzecz realizacji tych publicznych zadań, do których każda z tych stron jako podmiot publiczny jest powołana, a zatem wspólna misja zamawiających podejmujących wzajemną współpracę winna przyświecać stronom już w momencie zawarcia umowy i nie może mieć charakteru doraźnego. Oznacza to także, że nie jest wystarczające, ażeby cel przyświecał jednemu z zamawiających, a dla drugiego był to cel jedynie niesprzeczny. Wspólne wykonanie zadania winno charakteryzować się zaangażowaniem i wzajemnymi zobowiązaniami stron umowy oraz powinno przyczynić się do powstania wzajemnych efektów synergii. Niekoniecznie oznacza to, że każdy ze współpracujących partnerów uczestniczy w faktycznym wykonaniu zadania w równym stopniu, współpraca może opierać się na podziale zadań lub określonej specjalizacji. Niemniej jednak umowie powinien przyświecać wspólny cel, do którego realizacji przyczynia się wspólna realizacja określonych zadań, często komplementarnych względem siebie. Konstrukcja współpracy publiczno-publicznej nie wymaga, by zakres działań, do których zobowiązani zostają partnerzy, był zawsze tożsamy. Wymogiem jest, aby działania wykonywane przez poszczególne instytucje prowadziły do wypełnienia celów partnerstwa. Aby spełnić warunki określone w ww. przepisie, współpraca pomiędzy instytucjami zamawiającymi powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Za współpracę nie można więc uznać jednostronnego powierzenia wykonania zadania przez jedną instytucję zamawiającą drugiej.

W odniesieniu do drugiej przesłanki wymienionej w 67 ust. 1 pkt 15 lit. b) ustawy Pzp wskazać należy, że z ogólnej interpretacji dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie wynika, że współpracę powinny regulować względy interesu publicznego. Dlatego też jeżeli przyświecają jej inne względy (tj. jest ona zasadniczo determinowana innymi względami), zwłaszcza komercyjnymi, nie będziemy mieli wówczas do czynienia ze współpracą, którą kierują jedynie względy publiczne. Stąd współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Innymi słowy, porozumienie o współpracy nie powinno obejmować działalności, która jest oferowana na wolnym rynku.

Dla oceny, czy wdrożeniem opisanej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym (przesłanka z lit. b)), niezbędna jest również szczegółowa informacja na temat charakteru danego porozumienia, w szczególności sposobu ustalenia wzajemnych rozliczeń przy realizacji usług objętych porozumieniem. Analiza takiego porozumienia musi wykluczać ewentualne korzyści stron o charakterze komercyjnym. Współpracę publiczno-

publiczną powinny determinować wyłącznie względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Instytucja umów między podmiotami sektora publicznego, mimo że została włączona przez ustawodawcę krajowego do reżimu zamówień publicznych, stanowi jego specyficzną odmianę, w której element odpłatności musi być interpretowany w ten sposób, że obejmuje on wyłącznie zwrot kosztów poniesionych wzajemnie przez strony porozumienia. Powyższa konstatacja wynika również z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału, w świetle którego współpraca ta nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw. W dokumencie Komisji Europejskiej (sygn.: sec(2011) 1169)²³ podkreślono, że *współpracę regulują względy związane z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Tak więc, choć współpraca może przewidywać wzajemne prawa i obowiązki, nie może obejmować transferów środków finansowych między współpracującymi partnerami z sektora publicznego, innych niż związanych ze zwrotem rzeczywistych kosztów robót budowlanych/usług/dostaw: świadczenie usług za wynagrodzeniem jest cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.*

Zatem porozumienie o współpracy międzyinstytucjonalnej zawarte przez podmioty publiczne nie może przewidywać ani przesądzać o udzieleniu ewentualnych zamówień publicznych, gdyż zadania publiczne przewidziane do wspólnej realizacji na mocy porozumienia winny być realizowane bezpośrednio przez umawiające się instytucje zamawiające. W kontekście regulacji art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej dalsze powierzenie realizacji zadania publicznego przez współpracujące instytucje zamawiające, albo nawet przez jedną z nich, winno nastąpić w trybie ustawy Pzp, gdyż do takiej sytuacji wyłączenie to nie znajduje zastosowania. Z ww. przepisu dyrektywy wynika zatem, że przepływ zasobów i odpowiedzialności za realizację publicznych zadań z jednej instytucji publicznej na inną nie jest objęty dyrektywą dopóty nie skutkuje kontraktowaniem zadań za wynagrodzeniem. Jeżeli w związku z realizacją porozumienia mogą powstać zapotrzebowania na realizację odpłatnych świadczeń przez którąkolwiek ze stron porozumienia, to tylko w zakresie nie objętym porozumieniem. Świadczenie usług za wynagrodzeniem jest bowiem cechą charakterystyczną zamówień publicznych podlegających unijnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych.

W celu oceny spełniania przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 15 lit. c) ustawy Pzp, tj. ograniczenia działalności do 10% wykonywania na wolnym rynku objętej przedmiotem współpracy, należy przyjąć, iż wymagane 10% działalności ustalone będzie poprzez odniesienie średniego przychodu z tytułu komercyjnego świadczenia usług do średniego przychodu uzyskiwanego z tytułu świadczenia tego rodzaju usług ogółem (tj. na wolnym rynku i poza nim). Proporcję należy zatem obliczać mając na względzie sferę działalności obu zamawiających, nie zaś konkretny przedmiot współpracy. Przykładowo,

²³ Dokument roboczy Komisji Europejskiej, COMMISSION STAFF WORKING PAPER concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'); SEC(2011)1169/F1; DG ds. RYNKU WEWNĘTRZNEGO; data publikacji: 04/10/2011

zamierzenie wdrożenia współpracy polegającej na wspólnej budowie konkretnego systemu teleinformatycznego będzie możliwe na gruncie przesłanki z lit. c) ww. przepisu, jeśli działalność na wolnym rynku każdego z podmiotów, polegająca na realizacji (różnych) projektów teleinformatycznych (a nie tego konkretnego – będącego przedmiotem współpracy), nie przekroczy 10% takiej działalności w tej sferze, dla każdego z nich. Interpretacja zawężająca (odniesienie procentu do przedmiotu współpracy, a nie do działalności podmiotów) może w ocenie Urzędu odkodować normę zawartą w przepisie w sposób niezgodny z celami dyrektywy.

Procent wykonywanej na wolnym rynku działalności objętej porozumieniem należy ustalić w sposób wskazany w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Uwagi interpretacyjne dotyczące tych przepisów zostały poczynione na okoliczność analizy przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) ustawy Pzp.

5. Moment wykazania spełniania przesłanek przy udzielaniu zamówienia typu in-house

Istotnym zagadnieniem w zamówieniach „in-house” jest ocena, w jakim momencie bada się wystąpienie przesłanek pozwalających na udzielenie zamówienia z wolnej ręki oraz czy realizacja zamówienia z wolnej ręki może być kontynuowana, gdy podmiot realizujący, któremu udzielono zamówienia w trybie z wolnej ręki, przestanie te przesłanki spełniać. Co do zasady, fakt spełniania przesłanek bada się na dzień udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zakres kontroli i udział kapitału prywatnego musi być zgodny z przesłankami z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) i c) ustawy Pzp na dzień podpisywania umowy o zamówienie. Procent działalności określa się w oparciu o dane finansowe z ostatnich 3 lat poprzedzających zamówienie, co należy rozumieć jako dane o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia. Tym samym, udzielenie zamówienia w 2017 roku, oznaczać będzie dla zamawiającego przeanalizowanie źródeł przychodów za lata 2014 - 2016. Jeżeli zamówienie będzie udzielane przed dniem zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez organ zarządzający, np. na miesiąc marzec 2017 r. i brak jest zatwierdzonego sprawozdania za 2016 r. – do analizy źródeł przychodów należy posłużyć się sprawozdaniem niezatwierdzonym. Zasadniczo, jeżeli w trakcie realizacji zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki jako in-house zamawiający utraci nad jednostką kontrolę w taki sposób, że nie będzie możliwe spełnienie przesłanki z lit. a) – wygaśnię podstawą do udzielenia zamówienia z wolnej ręki i niewykonaną część zamówienia należy dokończyć w postępowaniu konkurencyjnym. W szczególności niedopuszczalne są zmiany dotyczące udziału kapitału prywatnego w osobie prawnej. W wyroku ETS ws. Sea²⁴ stwierdzono, że jeżeli jednak zamówienie miałoby zostać udzielone przedsiębiorstwu bez postępowania przetargowego, na podstawie wyjątku, z racji istnienia powiązania wewnętrznego, późniejsze nabycie udziału w tym przedsiębiorstwie przez inwestorów prywatnych w dowolnym momencie w okresie

²⁴ Orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa* ECLI:EU:C:2009:532, pkt 46 i dalsze

obowiązki zamówienia stanowiłoby zmianę podstawowego warunku udzielenia zamówienia. W takich okolicznościach zamówienie musi zostać więc udzielone w postępowaniu przetargowym. Potwierdza to art. 146a ustawy Pzp, który stanowi, że umowa zawarta w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c), pkt 13 lub 14 lit. c), udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 67 ust. 10.

6. Procedura udzielania zamówienia i obowiązek informacyjny

Ustawa Pzp stanowi, że zamówień typu in-house udziela się w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Procedura udzielania zamówień typu in-house nie różni się znacznie od procedury udzielania innych zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki, choć ustawodawca wprowadził szczególne rozwiązania mające zastosowanie tylko do zamówień typu in-house. Podkreślić na wstępie należy, że zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki uzależnione jest od spełnienia przesłanek określonych w ustawie dla tego trybu. Z uwagi na to, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady prymatu trybów przetargowych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp), przesłanki zastosowania tego trybu (w tym, przesłanki dopuszczające możliwość udzielania zamówień typu in-house) należy interpretować ściśle.

W trakcie prowadzenia procedury mającej na celu udzielenie zamówienia typu in-house mają zastosowanie zasady generalne zamówień publicznych, w szczególności te wyrażone w art. 8 i art. 9 ustawy Pzp. Art. 9 ust. 1 ustawy Pzp statuuje tzw. zasadę pisemności i wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Na zamawiającym ciąży więc ustawowy obowiązek prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad wynikających z w/w norm (patrz także – art. 18 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020)). Ponadto zachowuje aktualność art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązki związane z prawidłowym dokumentowaniem postępowania. Zakres wymaganych informacji wskazano w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128). Z powyższą zasadą ściśle skorelowana jest zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dokumentacja postępowania w sprawie zamówienia in-house jest zatem jawna, chyba że ograniczenie wynika wprost z przepisów ustawy (art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Do czynności leżących po stronie zamawiającego i związanych z przygotowaniem postępowania stosuje się ogólne przepisy ustawy Pzp. W szczególności, zamawiający winien należycie oszacować wartość zamówienia typu in-house, stosując przepisy art. 32 ustawy Pzp i ocenić miejsce tego zamówienia w relacji do innych, udzielanych zamówień – art. 5b ustawy Pzp i kolejne. Ustawa Pzp w art. 2 pkt 7a określa moment wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, którym jest przesłanie zaproszenia do negocjacji. Art. 68 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje z kolei na minimalne wymogi formalne, które musi dopełnić zamawiający przesyłający zaproszenie (także, jeśli czyni to w celu udzielenia zamówienia typu in-house). Zgodnie z tym przepisem wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy. Katalog dokumentów stanowiących załączniki do zaproszenia jest katalogiem otwartym i zakres niezbędnych dokumentów określa autonomicznie zamawiający. Niemniej jednak przekazane dokumenty muszą pozwalać wykonawcy na ogólną orientację, co do zakresu planowanego zamówienia, innymi słowy, muszą stanowić podstawę do przeprowadzenia negocjacji. Z treści art. 68 ust. 1 ustawy Pzp wynika również, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się przepisów art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38. Oznacza to, że zamawiający nie przygotowuje w tym postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Powyższy przepis ma zastosowanie także na gruncie zamówień typu in-house.

W treści zaproszenia zamawiający wskazać winien co najmniej termin i miejsce przeprowadzenia negocjacji. Celem negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wynegocjowanie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą postanowień umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zobowiązany jest udokumentować przeprowadzone negocjacje, np. w formie protokołu z negocjacji.

Do zamówienia typu in-house udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki mają zastosowanie zasady dotyczące oceny podmiotowej wykonawcy. Na zamawiającym ciąży obligatoryjny wymóg zbadania wykonawcy, któremu udziela zamówienia wewnętrznego, pod kątem przesłanek wykluczenia, o jakich mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp. Pozostałe możliwości oceny wykonawcy pod kątem podmiotowym, są dla zamawiającego fakultatywne. Zamawiający może zatem (na zasadzie dobrowolności) zbadać wykonawcę także po kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 24 ust. 5 ustawy Pzp). Tryb zamówienia z wolnej ręki nie wyklucza możliwości postawienia wykonawcy warunków dotyczących zasobów, o jakich mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp (również na zasadzie

dobrowolności). Choć ustawa Pzp nie stanowi o tym wprost, mając na względzie zasadę przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zakres stawianych warunków i podstaw niepodlegania wykluczeniu, wskazać należy w zaproszeniu do negocjacji.

Zgodnie z art. 68 ust. 2 ustawy Pzp najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio. Forma i rodzaj pozyskiwanych dokumentów i oświadczeń uzależniona jest od wartości zamówienia i zakresu postawionych przez zamawiającego warunków. W przypadku, gdy wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, zamawiający winien przed zawarciem umowy pozyskać od wykonawcy oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie odpowiadającym obligatoryjnym przesłankom z art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp, a jeżeli zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia lub postawił warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1b ustawy Pzp – także oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie odpowiadającym wybranym fakultatywnym przesłankom z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp lub oświadczenie potwierdzające spełnienie konkretnie postawionych warunków. W przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, zamawiający winien przed zawarciem umowy pozyskać od wykonawcy dokumenty odpowiadające obligatoryjnym przesłankom z art. 24 ust. 1 pkt 12-22 ustawy Pzp (wskazane w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126)), a jeżeli zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia lub postawił warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1b ustawy Pzp – także dokumenty odpowiadające wybranym fakultatywnym przesłankom z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (wskazane w ww. rozporządzeniu). Z oświadczeń i dokumentów winno wynikać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Art. 67 ust. 11 ustawy Pzp wprowadza do polskiego porządku prawnego nową instytucję jaką jest informacja o zamiarze zawarcia umowy (de facto obligatoryjne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy), właściwą dla wszystkich zamówień typu „in-house” i w zakresie współpracy, tj. art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 ustawy Pzp. Ten szczególny obowiązek informacyjny o charakterze obligatoryjnym jest niezależny od fakultatywnego ogłoszenia ex ante, z którego zamawiający mogą korzystać w odniesieniu do wszystkich zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może zamieścić dodatkowo fakultatywne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, publikowane w oficjalnym publikatorze, w zależności od wartości zamówienia, w BZP (wartości poniżej tzw. progów unijnych) lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wartości przekraczające tzw. progi unijne).

Publikacja ogłoszenia dotyczącego zamówień z wolnej ręki typu in house ma jednak szczególne znaczenie – jest to obowiązek zamawiającego. Niezależnie zatem od wartości zamówienia miejscem publikacji takiej informacji jest Biuletyn Informacji Publicznej (BIP), a jeżeli nie ma takiej strony, własna strona internetowa zamawiającego. Brak jest obowiązku zamieszczenia informacji, o jakich mowa w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, określa także zakres obligatoryjnej informacji, która zawierać musi co najmniej:

- 1) nazwę i adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) szacunkową wartość zamówienia;
- 4) nazwę i adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia;
- 5) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki;
- 6) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy;
- 7) informację o terminie i odpowiednio zamieszczeniu lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało zamieszczone lub opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone lub opublikowane.

Ustawodawca nie określił konkretnego terminu kiedy informacja winna zostać zamieszczona na stronie, wskazując jedynie, że winno to nastąpić przed udzieleniem zamówienia, a zatem przed zawarciem umowy w sprawie in-house. Oznacza to, że dopuszczalne będzie zamieszczenie powyższej informacji niezwłocznie po przekazaniu zaproszenia do negocjacji, w trakcie trwania procedury negocjacyjnej lub po zakończeniu negocjacji pomiędzy stronami, gdy podmioty wynegocjują już postanowienia umowy – a przed zawarciem umowy.

Zamieszczenie powyższej informacji skorelowane jest z treścią art. 67 ust. 12 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie ust. 1 pkt 12-15 (udzielić zamówienia typu in-house) nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji, o której mowa w ust. 11. Zawarcie umowy przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12 spotyka się z doniosłą sankcją, gdyż tak zawarta umowa o zamówienie typu in-house podlega unieważnieniu, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po udzieleniu zamówienia in-house (zawarcu umowy) na zamawiającym ciążyą dwa obligatoryjne obowiązki informacyjne. Pierwszy, wynikający z art. 95 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp i dotyczący każdego udzielanego zamówienia polega, odpowiednio, na zamieszczeniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub na przekazaniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w terminach 30 dni od dnia zawarcia umowy. Drugi, właściwy tylko dla zamówień typu in-house opisany został w art. 67 ust. 13 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy, zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej

stronie internetowej informację, o udzieleniu zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12-15, zawierającą co najmniej:

- a) nazwę i adres zamawiającego,
- b) określenie przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia oraz wartości zamówienia,
- c) nazwę i adres wykonawcy, z którym została zawarta umowa,
- d) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia,
- e) termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy,
- f) informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało opublikowane,
- g) informację o terminie i miejscu zamieszczenia lub opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, o którym mowa w art. 95 ust. 1 i 2.

W sytuacji zaś, gdy nie dojdzie do udzielenia zamówienia typu in-house zamawiający, na podstawie art. 67 ust. 13 pkt 2 ustawy Pzp, zamieszcza niezwłocznie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej informację, o nieudzieleniu zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12-15, zawierającą co najmniej:

- a) nazwę i adres zamawiającego,
- b) wskazanie informacji, o której mowa w ust. 11.

Ustawodawca zatem regulując w ustawie Pzp zamówienia typu in-house, wprowadził w odniesieniu do tego rodzaju zamówień obowiązek dodatkowego publikowania informacji, a *de facto* ogłoszeń, odnoszących się do zamówień typu in-house. Obowiązek ten dotyczy zarówno okresu przed udzieleniem zamówienia (informacja o rozpoczęciu procedury udzielenia takiego zamówienia), jak też po jego udzieleniu (informacja o zakończeniu procedury w tym również w przypadku nieefektywnego zakończenia tej procedury, tj. nieudzielenia zamówienia typu in-house). Powyższe stanowi wyraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz przejaw zasady przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca uznał, że najbardziej miarodajnym i wystarczającym w tym zakresie będzie publikator elektroniczny w formie BIP.

7. Art. 4 pkt 13 ustawy Pzp

Należy zauważyć, że polski ustawodawca pozostawił w mocy art. 4 pkt 13 ustawy Pzp, funkcjonujący już we wcześniejszym stanie prawnym, choć nadał mu nowe brzmienie. Zgodnie z ww. przepisem ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
- b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi

osobowości prawnej, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji,

- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.).

Jedynie w celu przypomnienia należy zwrócić uwagę, że wyłącznie z art. 4 pkt 13 ustawy Pzp ma charakter ściśle podmiotowy i dotyczy wyłącznie „instytucji gospodarki budżetowej”, o której mowa w art. 9 pkt 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Z art. 23 ww. ustawy wynika, że instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, tworzoną przez: a) ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek lub b) organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 tej ustawy, jako organu wykonującego funkcje organu założycielskiego. Tzw. „mały in-house” ma zatem zastosowanie jedynie dla zamawiających sektora rządowego. Przesłanka określona w art. 4 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp ma na celu wykazanie, że instytucja gospodarki budżetowej w zasadniczej mierze wykonuje zadania jedynie na rzecz zamawiającego, wobec czego dane zamówienie ma charakter wewnętrzny. Wykonywanie zadań publicznych na rzecz organu założycielskiego ma miejsce, wtedy gdy instytucji gospodarki budżetowej zostaje zlecona realizacja zadań publicznych, do których zobowiązany jest sam organ. Oznacza to zatem, że wszelka inna niż wyżej opisana działalność instytucji gospodarki budżetowej musi stanowić mniej niż 20% ogółu jej działalności. Jednakże ustawodawca nie przewidział stosownego odwołania do normy art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, która reguluje kwestie dotyczące sposobu obliczania procentu działalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Pzp. Niemniej jednak, analizując treść normy wyłączającej stosowanie ustawy należy dokonać wykładni prounijnej przepisów prawa krajowego, której celem jest zapewnienie zgodności norm prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej, tak, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie (tzw. zasada skutku pośredniego dyrektywy). Tym samym, w celu jego ustalenia zamawiający powinien zastosować normę zawartą w art. 12 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE. Innymi słowy, należy przyjąć, że do obliczania odsetka działalności, o którym mowa w art. 4 pkt 13 lit. a) ustawy Pzp, zastosowanie znajduje norma zawarta w art. 12 ust. 5 dyrektywy klasycznej. Przesłankę z lit. b) należy odczytywać analogicznie jak przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp.

8. Podwykonawstwo w zamówieniach typu „in-house” i w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej

Zasadą w zamówieniach publicznych jest możliwość podzlecania zamówienia przez wykonawcę kolejnym podmiotom – podwykonawcom. Na gruncie zamówień wewnętrznych ta generalna zasada nie jest wyłączona, niemniej jednak specyfika zamówienia wewnętrznego może na nią oddziaływać. Zamówienie wewnętrzne jest sposobem wykonywania zadań przez instytucje zamawiające, jednak odrębnie niż ma to miejsce przy

standardowych zamówieniach publicznych, zadania wykonuje się przy wykorzystaniu zasobów własnych i zasobów podmiotów ściśle od zamawiających uzależnionych. Z powyższego konsekwentnie wynika, że aby uzyskać zamówienie wewnętrzne podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia – takie zamierzenie winno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotne jest jego zdolność do realizacji konkretnego zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom - to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Pzp. Dopuszczalne natomiast wydaje się natomiast podzlecenie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Podobnie, zastosowanie znajdą ogólne przepisy o zamówieniach publicznych, gdy wymóg pozyskania zasobów nieznajdujących się w dyspozycji zamawiających dotyczyć będzie prowadzonej przez nich współpracy międzyinstytucjonalnej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Potwierdzeniem reguły, że udzielenie zamówienie wewnętrznego musi być ściśle skorelowane ze zdolnością podmiotu do jego wykonania, jest także art. 36a ust. 2a ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót. Wymóg osobistego wykonania kluczowych części jest niczym innym, jak założeniem, że podmiot otrzymujący zamówienie wewnętrzne jest samodzielnie zdolny do jego realizacji. Nie jest dopuszczalne korzystanie przy realizacji kluczowych części zadania z potencjałów innych podmiotów. Definicję użyteczności publicznej w rozumieniu tego przepisu można zaczerpnąć z ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, w której w art. 1 ust. 2 stwierdzono, że celem zadań o charakterze użyteczności publicznej jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Powyższa definicja zachowuje aktualność zasadniczo, gdy

zamawiającym jest jednostka samorządu terytorialnego, bądź zamawiający jest takim jednostkom podległy, bądź działa w szeroko rozumianym „podsektorze samorządowym” (np. niektórzy zamawiający z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)²⁵. W odniesieniu do zamawiających nie mających takiego charakteru powyższa definicja może być stosowana jedynie odpowiednio. Usługi mające charakter usług użyteczności publicznej można odszukać w ustawach prawa administracyjnego materialnego²⁶.

W pozostałym zakresie możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną wykonania części zamówienia podwykonawcom, wynikająca z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp winna być interpretowana w sposób zawężający. W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której instytucje zamawiające podzlecałyby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień. Niewątpliwie taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z celem wyjątkowego rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 ustawy Pzp oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług i robót budowlanych przez zamawiających i podmioty przez nich kontrolowane. W skrajnych przypadkach prowadziłoby to do uchylania się przez te podmioty od obowiązku udzielania zamówień w trybach podstawowych. Każdorazowo zlecenie świadczenia poza układ współpracy wewnętrznej winno mieć miejsce z uwzględnieniem bezwzględnego zakazu obejścia zasady konkurencyjności i przejrzystości zamówień publicznych.

²⁵ istotne w tym kontekście jest odniesienie się także do zadań jednostek samorządu terytorialnego określonych w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, Poz. 1591 ze zm.), ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, Poz. 1592 ze zm.), ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 486, 1948 i 2260) oraz ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r., Nr 9, Poz. 43 ze zm.)

²⁶ przykładem takiej usługi jest zaopatrywanie ludności w energię gazową (ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.)).

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Odrzucenie oferty w przypadku jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - przykłady naruszeń

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzone w wynikach kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych kształtuje podstawy odrzucenia oferty w art. 89 ust. 1 oraz obciąża zamawiającego obowiązkiem dyskwalifikacji oferty dotkniętej określonymi w tym przepisie nieprawidłowościami. Wskazany przepis określa 12 podstaw odrzucenia oferty, z czego 4 z nich (pkt 7a-7d) zostały dodane na skutek zmian wprowadzonych w ustawie Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium;
- 7c) oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań określonych przez zamawiającego;
- 7d) jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Powyższe wyliczenie stanowi zamknięty katalog przesłanek, co oznacza, że Zamawiający może odrzucić oferty tylko z powodów wskazanych w ww. przepisie. Jedynie przy udzielaniu zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa Zamawiający może odrzucić ofertę również na podstawie innych przesłanek niż wskazane w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, pod warunkiem określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 131 I ustawy Pzp).

Jedną z najczęściej stosowanych w praktyce przez Zamawiających podstawą odrzucenia oferty jest przesłanka wskazana w art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że konieczność odrzucenia oferty zaistnieje w każdej sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi niezgodność oferty z SIWZ w aspekcie merytorycznym mającą charakter istotny, tj. wpływający na ocenę zakresu zobowiązania wykonawcy, która to niezgodność nie nadaje się do poprawienia jako inna omyłka niewpływająca na treść oferty. Powyższe oznacza, że zamawiający w przypadku stwierdzenia niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ, musi w pierwszej kolejności zweryfikować, czy dana rozbieżność ma charakter istotny, czy też możliwe jest jej poprawienie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta podlega odrzuceniu nie tylko z uwagi na ochronę uzasadnionych potrzeb zamawiającego, które zamierza zrealizować poprzez udzielenie zamówienia, lecz również ze względu na zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ koresponduje bezpośrednio z treścią art. 82 ust. 3 ustawy, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Adresatem normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie jest wykonawca składający ofertę, bowiem to w jego interesie leży, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w SIWZ. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje w postaci wyeliminowania jego oferty z postępowania.

Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w ilości, terminach, na warunkach i w sposób opisany w SIWZ i za określoną przez wykonawcę cenę. Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która w zakresie dotyczącym zobowiązania wykonawcy jest sporządzona w sposób odmienny, od wymagań Zamawiającego. Zatem oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu terminowi czy sposobowi ich wykonania.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie można uznać za niezgodną z treścią SIWZ oferty, która będzie zawierała formalne bądź nieistotne uchybienia polegające na braku numeracji stron, braku pieczęci, braku sformułowania „za zgodność z oryginałem”, czy braku stwierdzenia „potwierdzam” na dokumencie zawierającym tłumaczenie z języka obcego, z uwagi na fakt, iż powyższe nie należą do merytorycznej treści oferty.

Celem dokładnego zobrazowania wskazanego zagadnienia poniżej zaprezentowano naruszenia przepisów ustawy Pzp popełnione przez zamawiających w zakresie odrzucenia oferty w przypadku jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Przykład 1 (UZP/DKD/KND/7/16)

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było wykonanie robót budowlanych polegających na budowie mostu w ul. Pałacowej w B. o dł. 20,00 m i szer. min. 28,86 m w konstrukcji łukowej żelbetowej. Zakres robót obejmował:

1. rozbiórkę istniejącego obiektu o konstrukcji ramowej żelbetowej opartej na dwóch szeregach słupów o średnicy 55 cm,
2. wykonanie nowego mostu żelbetowego z betonu klasy B35 o rozpiętości łupiny w świetle 9,97 m i wysokości łupiny w świetle 4,30 m,
3. nawierzchnia chodnika – płyty granitowe 40x40x8 cm na podsypce piaskowo-cementowej gr. 3 cm,
4. balustrada indywidualna w okładzinie z piaskowca,
5. wykonanie bystrotoku o dł. 26,5 m i umocnieniem narzutem z kamienia łamanego gr. 20 cm,
6. elewacja mostu – bonie gł. 5 cm,
7. przebudowa sieci gazowej przewiert 24,0 mb,
8. przebudowa kanalizacji deszczowej, regulacja studni,
9. przebudowa instalacji elektrycznych – oświetlenie mostu,
10. przebudowa kabli telekomunikacyjnych z zabezpieczeniem na czas budowy (rozdział I pkt 2 SIWZ).

Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 i 3 SIWZ, wraz z ofertą złożoną na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ należało dostarczyć między innymi zestawienie kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) oraz uproszczony kosztorys ofertowy (zawierający ilość robót, cenę

jednostkową oraz wartość pozycji) sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej i przedmiaru robót, obejmujący wszystkie pozycje przedmiarów z podaniem wskaźników cenotwórczych (koszty ogólne, koszty zakupu, zysk, roboczogodzinę).

W treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia w następującej treści:

1. *Oferujemy wykonanie robót, będących przedmiotem zamówienia za cenę ofertową w wysokości:*

netto zł, podatek VAT%

brutto zł, zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym i zestawieniem kosztów zadania.

W § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, wprost określono, że wynagrodzenie wykonawcy ustalone na podstawie złożonej oferty ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego.

Zamawiający zastrzegł w treści rozdziału IV pkt 7 SIWZ, że *dla porównania ofert zamawiający przyjmuje cenę brutto określoną w formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) obliczoną w oparciu o kosztorys ofertowy.*

Zgodnie z pkt 78 zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało wycenić usługi archeologiczne.

Natomiast, pismem z dnia 23 marca 2015 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ m.in. w zakresie treści załącznika nr 1A do SIWZ wskazując, że należy w zestawieniu kosztów zadania wprowadzić dodatkową pozycję pn. usługi geologa (odpowiedź na pytanie nr 10).

Z kolei pismem z dnia 27 marca 2015 r., Zamawiający sprostował treść odpowiedzi na pytanie nr 44 zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26 marca 2015 r. (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 25 marca 2015 r.) wyjaśniając, że: zgodnie z treścią Rozdziału IV pkt 2 SIWZ: „W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien opracować uproszczony kosztorys ofertowy na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Zamawiający wymaga, aby opisy poszczególnych pozycji były identyczne z tymi, jakie są w przedmiarach robót zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego w wersji elektronicznej,” natomiast Załącznik Nr 1A – zestawienie kosztów zadania jest dokumentem wtórnym w stosunku do kosztorysu ofertowego i powinien być sporządzony na jego podstawie.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 SIWZ, *cena oferty powinna obejmować pełny zakres robót określonych w rozdziale I SIWZ i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia – zgodnie z załączoną dokumentacją projektową, w tym:*

- 1) pełną obsługę geodezyjną (w tym inwentaryzacją powykonawczą w 5 egz.);*
- 2) organizacją i zabezpieczeniem budowy oraz czynnościami niezbędnymi do przekazania inwestycji gestorom uzbrojenia oraz przekazania pasa drogowego Zarządowi Dróg i Inwestycji Miejskich Urzędu Miejskiego w Białymstoku, zapewnieniem ciągłego dostępu (dojścia i dojazdu) do budynków sąsiadujących z ww. inwestycją w trakcie jej realizacji;*
- 3) wprowadzenie organizacji ruchu stałej oraz na czas budowy;*
- 4) odbudowę poziomej osnowy geodezyjnej III klasy w zakresie objętym terenem inwestycji;*
- 5) badania zagęszczenia gruntu;*
- 6) niezbędne badania laboratoryjne;*
- 7) sporządzeniem dokumentacji powykonawczej;*
- 8) koszty zajęcia pasa drogowego;*
- 9) odtworzenie wierzchniej warstwy humusu oraz zieleni.*

Tymczasem, jak ustalono w toku kontroli, Wykonawca S. nie załączył do oferty zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ), w konsekwencji nie dokonując wyceny pozycji 2, 78 i 79 zestawienia kosztów zadania oraz nie uwzględniając ww. pozycji w uproszczonym kosztorysie ofertowym załączonym do oferty.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2015 r., Zamawiający powiadomił wykonawcę S. o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wskazując: *Zamawiający w toku badania oferty stwierdził, iż brak jest załącznika nr 1A do SIWZ, w którym oprócz przeniesienia danych z kosztorysów należało wycenić usługi archeologiczne (kpl) i usługi geologa (kpl). Z uwagi na pomocniczy charakter załącznika 1A, jako przesądzające dla możliwości poprawienia przedmiotowej oferty uznano okoliczności, iż w samej ofercie znajdują się dane dot. wyceny tych usług, tj. cena ofertowa jest wyższa o 14.256,11 zł od ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający przyjął wycenę brakujących usług, tj. usługi archeologicznej (kpl) i usługi geologa (kpl) – na łączną kwotę 14.256,11 zł, tj. zgodnie z wyliczeniem: 1 720 633,32 zł (cena ofertowa) – 1 706 377,21 zł (cena z kosztorysu ofertowego) = 14 256,11 zł (cena usługi archeologicznej (kpl) i usługi geologa (kpl)).*

Wykonawca S. wyraził zgodę na poprawienie wszystkich omyłek dotyczących w/w postępowania w wyznaczonym terminie.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę wykonawcy S. W dniu 29 kwietnia 2015 r. zawarta została pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą S. umowa nr w sprawie zamówienia publicznego na budowę mostu w ul. Pałacowej w B.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Celem niniejszej regulacji, wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, a tym samym usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, w tym poprzez zmniejszenie liczby odrzuconych ofert z powodu błahych błędów popełnianych przez wykonawców, które nie wpływają w sposób istotny na złożone przez nich w ofertach oświadczenia woli.

Jednakże, nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład Orzekający zwrócił uwagę, iż prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi "niewielka" różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty. Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Zdaniem Izby sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można, zdaniem Izby, przyjąć też, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas kwota taka pozostawałaby relatywnie uzależniona od wartości ofert składanych w danym postępowaniu .

Co do zasady nie podlega również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2

pkt 3 ustawy Pzp. Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.

Podobnie, w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt 479/14, Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawiania ma znaczenie realność poprawiania, co do zasady, możliwość poprawiania na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty. Jednocześnie, Izba podzieliła stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma na celu w szczególności umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Jednakże do kategorii "innej omyłki" nie może zostać zaliczony brak wskazania przez wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości. Takie działanie podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (wyrok Izby z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09) oraz wskazany przez przystępującego wyrok z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1493/09 - brak wyceny którejś pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi omawianej innej omyłki; brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli.

Konkludując, kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania prawne do ustalonego stanu faktycznego sprawy należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, iż przekazane wykonawcom przedmiary robót, stanowiące podstawę do opracowania uproszczonych kosztorysów ofertowych, nie zawierały trzech pozycji wyszczególnionych w zestawieniu kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) dotyczących: tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i usług geologa. Należy podkreślić, iż ww. usługi zostały wymienione również w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj.:

- wykonanie tymczasowej organizacji ruchu – rozdział IV pkt 1 ppkt 3 i 8 SIWZ,
- usługi archeologiczne – rozdział I pkt 7 SIWZ,

- usługi geologa – rozdział IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ.

Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 i 3 SIWZ, załączenie do oferty zestawienia kosztów zadania było obowiązkowe, natomiast w treści formularza ofertowego wskazano wprost, iż podana cena ofertowa powinna być zgodna z danymi zawartymi w kosztorysie ofertowym i zestawieniu kosztów zadania.

Ponadto, należy zaznaczyć, iż w zestawieniu kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało podać sumę kwot ze wszystkich pozycji w rubrykach: „ogółem netto” i „łączna cena ofertowa brutto”. Analiza treści złożonych ofert w niniejszym postępowaniu wykazała, iż łączna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia podana w zestawieniu kosztów zadania pokrywała się z ceną ofertową zawartą w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, co nie ma miejsca w przypadku kosztorysów ofertowych, które w odróżnieniu od zestawienia kosztów zadania nie obejmowały poz. 2, 78 i 79 zakresu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż zgodnie z § 17 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, zestawienie kosztów zadania, karta gwarancyjna, kserokopia polisy/umowy ubezpieczeniowej, dokumentacja projektowa, kosztorys ofertowy, oferta przetargowa wykonawcy i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia stanowiły integralną część zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy też podkreślić, iż zestawienie kosztów zadania, stanowiące załącznik nr 1A do SIWZ, miało charakter istotny dla obliczenia ceny i określenia zakresu wycenionych robót. Stanowisko Zamawiającego o wtórnym i jedynie pomocniczym charakterze ww. dokumentu nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych. W przeciwieństwie do składanych w postępowaniu kosztorysów ofertowych, zestawienie kosztów zadania zawierało pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz pełne zestawienie cen jednostkowych, których suma była spójna z ceną podaną w formularzu ofertowym. Zatem, zestawienie kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało złożyć niezależnie od obowiązku przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu, gdyż na podstawie tego dokumentu można było ocenić prawidłowość obliczenia ceny ofertowej oraz określić, czy oferta obejmowała pełen zakres robót składających się na przedmiot zamówienia. Należy zaznaczyć, iż o istotnym charakterze zestawienia kosztów zadania świadczy również fakt, iż do umowy nr z dnia załączono ww. dokument, w którym wyceniono:

- tymczasową organizację ruchu na kwotę 0,55 zł,
- usługi archeologiczne na kwotę 5.795,77 zł,
- usługi geologa na kwotę 5.794,57 zł.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, iż w kosztorysie ofertowym przedłożonym przez wykonawcę S. nie wyceniono pełnego zakresu robót ujętego w SIWZ, tzn. tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i geologa. Powyższe przesądza o konieczności

odrzućcenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Należy stwierdzić, iż Zamawiający nie posiadał informacji wystarczających do dokonania w kosztorysie ofertowym wyceny usług archeologicznych i geologa, a jedynie mógł wywieść z różnic pomiędzy ceną oferty a sumą cen jednostkowych ujętych w kosztorysie cenę łączną za wykonanie obu usług wraz z tymczasową organizacją ruchu. Zakres robót ujęty w pozycji 2, 78 i 79 zestawienia kosztów zadania nie został ujęty w kosztorysie ofertowym, który w niniejszym przypadku stanowił jedyny dokument będący podstawą do obliczenia ceny. Jak wskazano wyżej, zestawienie kosztów zadania obejmowało szerszy zakres robót o ww. 3 pozycje niż przedmiar robót stanowiący podstawę do opracowania kosztorysu ofertowego. Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż brak załączenia zestawienia kosztów zadania nie mógł być sanowany przedłożeniem kosztorysu ofertowego.

Jednocześnie, należy podkreślić, iż poprawienie omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie może polegać na samodzielnym obliczeniu cen usług nie wskazanych w żadnym dokumencie załączonym do oferty, ani na podaniu ceny łącznej obejmującej kilka pozycji zestawienia. W niniejszym przypadku, Zamawiający nie miał podstaw do wyceny tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i geologa, a nawet do stwierdzenia, czy Wykonawca S. zaoferował wykonanie tych usług. Uwzględniając przyjęty w niniejszym postępowaniu charakter kosztorysowy wynagrodzenia, należy uznać, iż na podstawie wystąpienia różnicy pomiędzy ceną ofertową a ceną wynikającą z kosztorysów ofertowych, Zamawiający nie miał prawa przyjąć, iż oferta zawiera również wykonanie niewycenionych usług. Należy uznać, iż w powyższym zakresie Zamawiający ingerował w zakres złożonego przez Wykonawcę S. oświadczenia woli. Należy zaznaczyć, iż brak wyceny wszystkich pozycji składających się na przedmiot zamówienia, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż żądane przez Zamawiającego zestawienie kosztów zadania nie stanowi dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nie było możliwe uzupełnienie tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S., który nie przedłożył wraz z ofertą zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ), art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a skutkiem tego naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy S., wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 20 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 21/17) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

Przykład nr 2 (UZP/DKD/KND/6/16)

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu była dzierżawa 42 sztuk kserokopiarek monochromatycznych dla potrzeb prokuratur okręguprzez okres 36 miesięcy od dnia 1 września 2015 r. do dnia 31 sierpnia 2018 r.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z wykazem urządzeń został określony w Specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z treścią punktu I.4 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, oferowane kserokopiarki miały obsługiwać papier w zakresie gramatury

60-200 g/m². Jednocześnie w pkt II.6 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” wskazano, że „do oferty Wykonawca załącza katalog/folder/specyfikację techniczną oferowanego przedmiotu zamówienia dla udokumentowania spełnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów przez oferowany przedmiot zamówienia”. Równocześnie w punkcie I.2. lit. f) Rozdziału IV SIWZ Zamawiający wymagał, by Wykonawca załączył do oferty „(...) w celu weryfikacji danych technicznych poszczególnych urządzeń zaproponowanych przez Wykonawcę (...) karty technologiczne kserokopiarek zawierające dane, jakie Zamawiający zawarł w Specyfikacji technicznej – oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”.

W toku kontroli ustalono, że Wykonawca B. zaoferował trzy urządzenia, w tym dla grupy III kserokopiarkę XEROX 3635 MFP. Na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy ww. wymagań określonych przez Zamawiającego, w tym ww. parametru dotyczącego gramatury papieru, Wykonawca B. załączył zestawienie parametrów, będące wydrukiem danych technicznych Phaser 3635 MFP ze strony internetowej www.office.xerox.com. Z analizy ww. dokumentu wynika, że nie zawiera on danych na temat zakresu gramatury papieru obsługiwanego przez urządzenie.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy B. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania – dalej zwanej „ustawą Pzp” – z następującym pytaniem: *„Czy w zaproponowanych kserokopiarkach istnieje możliwość używania papieru w zakresie gramatury: min. 60 – 200 g/m². W celu potwierdzenia tego faktu należy przestać odpowiednie wydruki z kart technologicznych lub opinie przedstawicieli firm, których urządzenia zostały zaproponowane w ofercie”.*

Wezwany Wykonawcy pismem z dnia 12 sierpnia 2015 r. przekazał dokument mający potwierdzić możliwość używania w przedmiotowych kserokopiarkach papieru o gramaturze w zakresie min. 60-200 g/m², tj. oświadczenie podmiotu A. o następującej treści: „Firma A.

jako Autoryzowany Przedstawiciel Xerox, Xerox Business Partner informuje, iż urządzenie Xerox 3635MFP zgodnie ze specyfikacją techniczną obsługuje papier w zakresie gramatury 60-163 g/m². W wyniku przeprowadzonych testów na papierze o gramaturze w zakresie do 200 g/m², które zakończyły się sukcesem, zaświadcza, iż Xerox 3635MFP z powodzeniem obsługuje papier w zakresie gramatury 60-200 g/m²".

Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Natomiast w myśl przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Mając na uwadze ustalony w sprawie stan faktyczny, w szczególności ww. zapisy SIWZ i treść mających im odpowiadać dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Wykonawcę B. należy stwierdzić, że załączone do oferty przez ww. Wykonawcę zestawienie parametrów kserokopiarki złożone w formie wydruku danych technicznych Phaser 3635 MFP ze strony internetowej www.office.xerox.com nie potwierdza, że zaoferowane kserokopiarki obsługują papier o gramaturze w zakresie 60-200 g/m². Z analizy ww. dokumentu wynika bowiem, że nie zawiera on danych na temat zakresu gramatury papieru obsługiwanego przez urządzenie. Natomiast dokument złożony w trybie uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – oświadczenie podmiotu A. – zgodnie z zapisami SIWZ nie stanowi dokumentu, który mógł zostać złożony przez Wykonawcę w celu potwierdzenia, że w zaproponowanych kserokopiarkach istniała możliwość używania papieru o gramaturze w zakresie min. 60-200 g/m². Co więcej z ww. oświadczenia wprost wynika, że zakres gramatury papieru obsługiwanego przez urządzenie Xerox 3635MFP wynosi 60-163 g/m², zatem nie jest zgodny z parametrem wymaganym przez Zamawiającego w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” (pkt I.4). Dodatkowo należy wskazać, że przeprowadzone przez ww. podmiot testy, które w ocenie A. potwierdziły fakt obsługiwanego przez urządzenie Xerox 3635MFP papieru o gramaturze w zakresie 60-200 g/m² nie stanowią wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ dowodu potwierdzającego posiadanie wymaganego parametru.

Z ustaleń kontroli wynika, że ocena spełnienia przez oferowane kserokopiarki wymagań określonych w załączniku nr 1 do SIWZ miała nastąpić na podstawie: „kart technologicznych”, „katalogów/folderów/specyfikacji technicznych” – w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W tym miejscu należy więc wskazać, że Zamawiający nie wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie

zamówienia opinii przedstawicieli firm, których urządzenia zostały zaoferowane, potwierdzających, że wskazane urządzenia spełniają parametry określone przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Zatem, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wymagał załączenia przez wykonawców ww. opinii, nie był on uprawniony do wzywania Wykonawcy B. do uzupełnienia ww. dokumentu.

Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, że dokumenty złożone wraz z ofertą Wykonawcy B. nie zawierały danych potwierdzających kwestionowany parametr, natomiast oświadczenie złożone w drodze uzupełnienia stanowiło dokument, którego Zamawiający żądał w sposób nieuprawniony, a nadto potwierdziło, że oferowane przez ww. Wykonawcę urządzenie nie spełnia wymogów ustalonych w SIWZ – nie obsługuje papieru o gramaturze w zakresie 60-200 g/m².

Działanie zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy B., której treść nie odpowiadała treści SIWZ w powyższym zakresie, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie należy stwierdzić, że powyższe zachowanie Zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast nieuprawnione wezwanie ww. Wykonawcy do uzupełnienia opinii przedstawicieli firm, których urządzenia zostały zaproponowane w ofercie stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 3 (UZP/DKD/KND/11/16)

Przedmiotem ww. zamówienia była organizacja i obsługa pięciu dwudniowych konferencji szkoleniowych, w określonych przez zamawiającego terminach oraz wykonanie i dostarczenie do siedziby zamawiającego pakietów konferencyjnych, składających się z teczek konferencyjnych i Power Banków.

Zgodnie z zapisami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu miejscem ww. konferencji miał być „hotel o standardzie co najmniej 3 gwiazdek, zlokalizowany w odległości do 50 km od siedziby zamawiającego, z wyłączeniem m.st. Warszawa (odległość liczona na podstawie najkrótszej trasy przejazdu). Nocleg, sala konferencyjna i wyżywienie w jednym obiekcie (hotelu).”

Ponadto zamówienie obejmowało:

1. zapewnienie sali konferencyjnej pierwszego dnia wraz z odpowiednim sprzętem technicznym (w szczególności nagłośnienie, ekran, rzutnik multimedialny, komputer
2. z możliwością wyświetlenia prezentacji Power Point);
3. zapewnienie usługi cateringowej i kelnerskiej (obiad, kolacja, śniadanie) wraz
4. z odpowiednim sprzętem technicznym w ramach realizacji tych usług, w tym samym obiekcie, w którym odbędą się konferencje;

5. zapewnienie uczestnikom konferencji miejsc noclegowych w hotelu;
6. zapewnienie osobom zakwaterowanym w hotelu 25 miejsc parkingowych;
7. zapewnienie transportu autokarowego:
 - pierwszego dnia z siedziby Zamawiającego do hotelu,
 - drugiego dnia z hotelu do miejsca przeprowadzenia zajęć praktycznych wraz
 - z powrotem do Warszawy;
8. zorganizowania drugiego dnia konferencji zajęć praktycznych oraz zapewnienie ciepłego posiłku i napojów, zgodnie z wymogami zamawiającego;
9. zaprojektowanie, wykonanie i dostarczenie pakietów konferencyjnych.

Wykonawca A. z siedzibą w W., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu, jako miejsce zaplanowanych przez zamawiającego konferencji wskazał m.in. C.

Wykonawca D. z siedzibą w W., jako miejsce zaplanowanych przez zamawiającego konferencji wskazał hotel E.

Z kolei wykonawca P. z siedzibą w W. jako miejsce zaplanowanych przez zamawiającego konferencji wskazał CB.

Zauważyć w tym miejscu należy, że zamawiający był informowany w toku postępowania o niezgodności ofert ww. wykonawców z treścią SIWZ polegającej na wskazaniu przez ww. wykonawców w ofertach obiektów, w których miały odbyć się zaplanowane przez zamawiającego konferencje, niebędących hotelami o standardzie co najmniej trzygwiazdkowym zgodnie z wymogami zamawiającego, jak również zauważyć należy, iż ewidencja obiektów hotelarskich znajduje się na stronie internetowej Ministerstwa Sportu i Turystyki.

W dniu 22 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał wykonawcę A. z siedzibą w W., D. z siedzibą w W. oraz wykonawcę P. z siedzibą w W. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, poprzez wskazanie do jakiego rodzaju i kategorii obiektów hotelarskich zostały zaszeregowane wskazane odpowiednio w ofertach, jako miejsca konferencji, C., Hotel E. oraz CB. W ww. pismach zamawiający wskazał, iż wymagał w SIWZ, aby „miejszem każdej konferencji był hotel o standardzie co najmniej 3 gwiazdek”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego, wykonawca A. z siedzibą w W. w piśmie z dnia 25 kwietnia 2016 r. wyjaśnił, że „obiekt uwzględniony w ofercie wykonawcy tj. C. spełnia wymagania z SIWZu, w tym w zakresie spełnienia standardu 3 gwiazdek. Zamawiający wymagał aby obiekt hotelarski był standardu 3* a nie był skategoryzowany, jako obiekt (hotel) 3* (...)”. Ponadto, wykonawca załączył oświadczenie złożone przez Dyrektora Generalnego C., iż „C. jest obiektem spełniającym wymagania hotelu o standardzie trzygwiazdkowym określonym przez rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia

19.08.2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których świadczone są usługi hotelarskie”.

Wykonawca D. z siedzibą w W. w piśmie z dnia 25 kwietnia 2016 r. wyjaśnił, że zaproponowany w ofercie Hotel E. jest obiektem o standardzie 3 gwiazdek. Zgodnie z zapisami szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie wymagał zaszeregowania obiektu, a jedynie spełniania standardu 3 gwiazdek.

Z kolei wykonawca P. z siedzibą w W. w wyjaśnieniach z dnia 22 kwietnia 2016 r. wskazał, że „obiekt zaproponowany przez wykonawcę jest obiektem hotelarskim niekategoryzowanym, o standardzie 3*, zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych z późniejszymi nowelizacjami oraz rozporządzeniem Ministra Sportu i Turystyki z dnia 16 listopada 2011 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie. Aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, sformułowanie „o standardzie co najmniej 3 gwiazdek” nie jest równoznaczne z zapisem „mającym kategoryzację minimum 3 gwiazdek”, co było już wielokrotnie analizą KIO i Sądów Okręgowych. Zamawiający chcąc postawić wykonawcom takie wymagania, powinien to określić jednoznacznie, szczegółowo i bez wątpliwości, prosząc także o dołączenie kategoryzacji obiektu lub wyraźnej informacji o konieczności jej posiadania, czego nie było. Nasza jednostka wielokrotnie spotkała się z identycznymi zapisami, które były dokładnie w ten sposób rozumiane nie budząc wątpliwości, dlatego też nie zwracano się o wyjaśnienia treści SIWZ do zamawiającego w tej kwestii”.

W celu dokładnego ustalenia stanu faktycznego niniejszej sprawy, w dniu 19 maja 2016 r. Urząd Zamówień Publicznych wystąpił do Departamentu Kultury, Promocji i Turystyki Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy wskazane poniżej obiekty zostały skategoryzowane przez Marszałka Województwa Mazowieckiego jako hotele trzygwiazdkowe:

1. C.;
2. Hotel E.;
3. CB..

Pismem z dnia 9 czerwca 2016 r. Departament Kultury, Promocji i Turystyki Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego wyjaśnił, iż ww. obiekty nie zostały skategoryzowane i nie uzyskały zaszeregowania do rodzaju hotel kategorii 3* (trzy gwiazdki). Obiekty te nie znajdują się w ewidencji obiektów hotelarskich prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W myśl art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2016 r. poz. 380 j.t.) ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna

oferty nie odpowiada treści SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zatem oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która wykazuje odmiennność od zapisów SIWZ w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności jego parametrów technicznych.

Z kolei art. 7 ustawy Pzp, z którego wynika zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ma na celu zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania na równych zasadach.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż ocena ofert wykonawców winna być dokonywana jedynie na podstawie wyrażonych wprost w treści SIWZ zasad i wymagań. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jako dokument o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z jednej strony - wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać złożona przez nich oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert.

W przedmiotowej sprawie dokonując oceny ofert wykonawców A. z siedzibą w W., D. z siedzibą w W. oraz P. z siedzibą w W., w zakresie zgodności z treścią SIWZ dotyczącej wskazanych przez wykonawców miejsc organizacji konferencji, która zgodnie z wymogami zamawiającego wyrażonymi w treści SIWZ winna odbyć się w „hotelu o standardzie co najmniej 3 gwiazdek”, należy mieć na względzie przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 187 t.j.) zwanej dalej „ustawą Ut”. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Ut, usługi hotelarskie mogą być świadczone w obiektach hotelarskich, które spełniają: 1) wymagania co do wielkości obiektu, jego wyposażenia oraz zakresu świadczonych usług, ustalone dla rodzaju i kategorii, do których obiekt został zaszeregowany oraz 2) wymagania sanitarne, przeciwpożarowe oraz inne określone odrębnymi przepisami. Zgodnie z ustępem 2 ww. przepisu usługi hotelarskie mogą być świadczone również w innych obiektach, jeżeli obiekty te spełniają minimalne wymagania co do wyposażenia, o których mowa w art. 45 pkt 4, oraz wymagania określone w ust. 1 pkt 2. Art. 36 ustawy Ut zawiera zamknięty katalog obiektów hotelarskich, do których zgodnie z pkt. 1 ww. przepisu zalicza się m.in. hotele, tj. obiekty posiadające co najmniej 10 pokoi, w tym większość miejsc w pokojach jedno- i dwuosobowych, świadczące szeroki zakres usług związanych z pobytem klientów. Dla hoteli, moteli i pensjonatów ustalono pięć kategorii oznaczonych gwiazdkami (art. 37 pkt 1 ustawy Ut). Przed rozpoczęciem świadczenia usług hotelarskich w obiekcie hotelarskim, o którym mowa w art. 35 ust. 1, przedsiębiorca jest obowiązany uzyskać zaszeregowanie tego obiektu do odpowiedniego rodzaju i kategorii.

Z kolei zaszeregowania obiektów hotelarskich do poszczególnych rodzajów dokonuje, kategorię nadaje oraz prowadzi ich ewidencję marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce położenia obiektu hotelarskiego, z zastrzeżeniem ust. 2. Ponadto, zaszeregowanie, odmowa zaszeregowania, potwierdzenie zaszeregowania bądź zmiana zaszeregowania obiektu hotelarskiego do określonego rodzaju, nadanie, odmowa nadania lub zmiana

kategori, odmowa wpisu do ewidencji obiektów hotelarskich i wykreślenie z obiektów hotelarskich, a także nakazanie wstrzymania świadczenia usług hotelarskich następuje w formie decyzji administracyjnej.

Zauważyć również należy, iż minister właściwy do spraw turystyki, na podstawie przekazywanych w formie elektronicznej przez marszałków województw danych dotyczących skategoryzowanych w województwie obiektów hotelarskich, zamieszcza na stronie internetowej Centralny Wykaz Obiektów Hotelarskich, który jest jawny (art. 42 ust. 3 ustawy Ut). Ponadto wskazać należy, iż nazwy rodzajów i oznaczenie kategorii obiektów hotelarskich, o których mowa w art. 36 i art. 37, podlegają ochronie prawnej i mogą być stosowane wyłącznie w odniesieniu do obiektów hotelarskich w rozumieniu ustawy Ut (art. 43 ustawy Ut). Powyższe nie dotyczy natomiast nazw rodzajów używanych w kontekście, z którego jednoznacznie wynika, że obiekty te nie są obiektami hotelarskimi w rozumieniu ustawy Ut (art. 43 ust. 1 i 2 ustawy Ut). Wskazać również należy, iż zgodnie z art. 601§ 4 pkt 2a) ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r. poz. 1094, ze zm.), kto świadcząc usługi hotelarskie, używa oznaczeń, które mogą wprowadzić klientów w błąd co do rodzaju lub kategorii obiektu hotelarskiego, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż analiza zapisów SIWZ w przedmiotowej sprawie prowadzi do wniosku, iż zamawiający wymagał, aby zaplanowane konferencje odbyły się w hotelu, stanowiącym jeden z rodzajów obiektów hotelarskich wymienionych w art. 36 ustawy Ut, o standardzie co najmniej 3 gwiazdek. Okoliczność niewskazania przez zamawiającego, zgodnie z terminologią ustawową, iż ów hotel winien zostać zaszeregowany do kategorii 3 gwiazdek, nie pozwala uznać, iż zamawiający odstąpił od wymogu wskazania przez wykonawcę w ofercie jako miejsca konferencji, obiektu nie będącego hotelem, czy też w ogóle obiektu niemieszczącego się w katalogu obiektów hotelarskich określonym w art. 36 ustawy Ut. Skoro bowiem z przepisów ustawy o usługach turystycznych wynika, iż nazwa hotel jest nazwą rodzajową, prawnie chronioną zastrzeżoną wyłącznie dla tych obiektów, które uzyskały decyzję administracyjną właściwego ze względu na miejsce położenia obiektu marszałka województwa odnośnie rodzaju i kategorii obiektu hotelarskiego, to brak jest podstaw do uznania, że zamawiający nie wymagał zaszeregowania obiektu do rodzaju hotel kategorii 3 gwiazdek, a jedynie spełnienia przez obiekt niebędący obiektem hotelarskim w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych standardu 3 gwiazdek. Niewątpliwie w treści SIWZ oraz stanowiących jej integralną część wyjaśnieniach, zamawiający użył nazwy rodzajowej „hotel”, którą na gruncie przepisów prawa można posługiwać się wyłącznie w odniesieniu do tych obiektów, które przez uprawnione organy państwa zostały zaszeregowane do ww. rodzaju obiektu hotelarskiego. Postawiony przez zamawiającego wymóg, aby miejscem konferencji był obiekt kategoryzowany (kategorii 3 gwiazdki) potwierdzają również kierowane przez zamawiającego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści ofert, w których zamawiający wzywał wykonawców do wskazania rodzaju i kategorii obiektu hotelarskiego, do którego zostały zaszeregowane wskazane w ofercie poszczególne obiekty. A zatem wskazane przez wykonawcę: 1) A. z

siedzibą w W. jako miejsce zaplanowanych przez zamawiającego konferencji – C., 2) wykonawcę D. z siedzibą w W. jako miejsce konferencji - Hotel E. oraz 3) wykonawcę P. z siedzibą w W. jako miejsce zaplanowanych przez zamawiającego konferencji – CB., niewątpliwie niefigurujące w ewidencji obiektów hotelarskich prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego, w tym nie niezaseregowane do rodzaju hotel kategorii 3* (trzy gwiazdki) były niezgodne z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Tym samym stwierdzić należy, iż oferty wykonawców A. z siedzibą w W., D. z siedzibą w W. oraz P. z siedzibą w W. były niezgodne z treścią SIWZ w zakresie miejsca organizacji konferencji, które zgodnie z wymogami SIWZ winny odbyć się w hotelu o standardzie co najmniej 3 gwiazdek. Zamawiający zobowiązany był zatem odrzucić oferty ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie powyższe naruszenie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta wykonawcy A. z siedzibą w W., która nie odpowiadała we wskazanym zakresie treści SIWZ, została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Niezależnie od powyższego dodać należy, iż zamawiający nie odrzucając ofert ww. wykonawców z przedstawionych powyżej powodów oceniał oferty nieporównywalne, to jest takie, w których jedni wykonawcy wskazali jako miejsca planowanych konferencji obiekty hotelarskie, tj. hotele w rozumieniu przepisów ustawy o usługach turystycznych, a drudzy obiekty spełniające, w ocenie ich właścicieli/zarządców, standardy 3 gwiazdek, niebędące jednak hotelami w rozumieniu ww. ustawy, w których ceny z tytułu świadczonych usług są zróżnicowane.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 4 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 25/17) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 583/17 – uzupełnianie JEDZ

„Nie ulega również wątpliwości, że w procedurze, o której mowa w art. 24aa ust 1 ustawy Pzp ma zastosowanie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty oświadczenie – w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Składane przez wykonawcę oświadczenie stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu – wobec tego że wartość zamówienia przekraczała „progi unijne” ww. oświadczenie wykonawcy składane było w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Nie ulega również wątpliwości, że Zamawiający poprzez postanowienia ogłoszenia i specyfikacji miał prawo zawarcia szczegółowych wymagań dotyczących Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej: „JEDZ”), z którego to uprawnienia Zamawiający skorzystał w niniejszym postępowaniu. Owe wstępne potwierdzenie wymagań – na co zwrócił uwagę Zamawiający – jest formalnym oświadczeniem wykonawcy zawierającym istotne informacje, które w świetle przepisów ustawy Pzp mogą być wymagane przez Zamawiającego. W pełnej rozciągłości należało zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący w sposób istotny pominął niniejszy wymóg Zamawiającego i sporządził Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w uproszczonej formie, dalece odbiegającej od wymogów Zamawiającego, niedający Zamawiającemu możliwości oceny - nawet we wstępnym sposób - spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego – skoro złożony przez Odwołującego dokument zawierał istotne braki - Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia niniejszego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że w związku z faktem, że oferta firmy C(..) została wstępnie przez Zamawiającego najwyżej oceniona, Zamawiający wezwał - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wykonawcę C(...) do uzupełnienia informacji zawartych w JEDZ (w zakresie postawionych warunków udziału). W wezwaniu kierowanym przez Zamawiającego do wykonawcy zawarta była zarówno prośba o uzupełnienie informacji pochodzących od samego wykonawcy, jak i informacji dotyczących podmiotów trzecich. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wezwanie w niniejszej sprawie było precyzyjne, konkretnie wskazywało uchybienia i błędy popełnione przez wykonawcę w oświadczeniu JEDZ i wyznaczało odpowiedni termin na uzupełnienie. Zgodzić należało się zatem z

Zamawiającym, że treść wezwania była jednoznaczna, konkretna, precyzowała wszystkie oczekiwania Zamawiającego i wskazywała na wady, błędy oświadczenia zawartego w JEDZ.

Dodatkowo pomimo wezwania, wykonawca uzupełniając informacje nadal nie złożył prawidłowego JEDZ, a zatem Zamawiający nie mógł przyjąć, że wykonawca złożył wstępne oświadczenie. Gdyby wykonawca uzupełnił te informacje prawidłowo, jego oferta ponownie zostałaby uznana za najwyższej ocenioną i Zamawiający przeszedłby do procedury opisanej w art. 26 ust. 1 – jak żąda tego Odwołujący - wzywając tego wykonawcę do złożenia - aktualnych na dzień złożenia - dokumentów potwierdzających postawione warunki. Nie ulega również wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek i jednocześnie prawo do uzupełnienia JEDZ, przedstawiając w tym zakresie informacje własne, konsorcjanta lub podmiotów trzecich. Nawet gdyby wykonawca na tym etapie zmienił treść JEDZ w zakresie personelu czy doświadczenia np. wskazując inny niż pierwotnie podmiot trzeci, na którego zasobach polega, to Zamawiający, przy założeniu że tak sporządzony JEDZ można byłoby uznać za wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków, uznałby go za prawidłowy.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób wskazany w wezwaniu do uzupełnienia było stwierdzenie, że wykonawca nie złożył dokumentu zawierającego wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę, zgodnie z ust. 4 tego artykułu uznano za odrzuconą. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania dalszej oceny tej oferty, a tym bardziej do uznawania, że oferta ta może być najwyższej oceniona. Stąd w konsekwencji konieczności uznania tej oferty za odrzuconą, Zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł ten nakazuje Zamawiającemu, przed zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została najwyższej oceniona żądać złożenia przez tego wykonawcę aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w niniejszym postępowaniu wykonawca tych warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ – we wstępnym oświadczeniu - nie wykazał, zatem nie było podstaw do wzywania go o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro już na etapie wstępnego oświadczenia wykonawcy okazało się, że nie spełnia on wymagań Zamawiającego.

Zatem – mając na względzie powyższe rozważania - Zamawiający w świetle art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do wezwania o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wówczas gdy wykonawca - którego oferta została oceniona najwyższej - spełnia wymagania nakreślone przez Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W niniejszym postępowaniu – co zostało zauważone - Odwołujący w JEDZ złożonym wraz z ofertą nie wykazał zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, że spełnia wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz, że spełnia wymagania w zakresie potencjału osobowego. Wykonawca nie przedstawił bowiem w JEDZ wymaganych przez Zamawiającego wykazów - pomijając je. Wskazał natomiast w złożonym przez siebie JEDZ – na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp - iż wykazy przedstawi Zamawiającemu dopiero na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (a więc dopiero na etapie wezwania kierowanego wobec wykonawcy najwyżej ocenionego). W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego – jak żądał tego Odwołujący - należałoby uznać za sprzeczne z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz wymaganiami zawartymi w SIWZ, ponieważ Zamawiający jasno określił w specyfikacji, *„żeby treść informacji dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych i zawodowych była przedstawiona przez Wykonawcę w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia JEDZ w postaci tabelarycznej tj. wykazów. Treść wykazów została określona w ww. dokumencie”*.

Za istotną należy również uznać argumentację Zamawiającego – przy dokonywaniu interpretacji ww. przepisów - że gdyby zatem było tak jak twierdzi Odwołujący, że weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podstaw do wykluczenia odbywać miałyby się dopiero na etapie weryfikacji oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, to powyższe podważałoby istotę i sens wprowadzenia wymagań JEDZ, a jego istnienie ograniczyłoby się do obowiązku wymagania złożenia oświadczenia jedynie na poziomie bardzo ogólnym, co jednoznacznie należałoby uznać za sprzeczne z treścią art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość doprecyzowania zakresu wstępnego oświadczenia, a wykonawca – nie kwestionując tych postanowień – ma obowiązek się do nich zastosować.

Zatem niezastosowanie się Odwołującego do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania - skutkować mogło jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał obowiązku wzywania o dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykonawca nie wykazał we wstępnym oświadczeniu – odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu - że takowe warunki spełnia.

Odnosząc się jeszcze do argumentacji Odwołującego, że w niniejszej sprawie Zamawiający zobowiązany był do zastosowania treści art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zgodzić należało się z Zamawiającym, że treść art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie ustanawia odrębnej procedury wzywania wobec art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp – jak słusznie zauważył Zamawiający – daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem – jak słusznie zauważono – art. 22a ust. 6 ustawy Pzp daje wykonawcy prawo do zastąpienia - potencjału przez siebie wskazanego – innym podmiotem, a obowiązkiem Zamawiającego jest przyjęcie w tym zakresie decyzji wykonawcy w świetle art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp skierowany jest do wykonawcy i pozostawia mu możliwość zastąpienia potencjału podmiotem trzecim - ale niewątpliwie nie jest to jego obowiązek - i powyższego Zamawiający nie musi domyślać się w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, a zastosowanie dodatkowego wezwania przez Zamawiającego (wobec precyzyjnego wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp) – którego domagał się Odwołujący – prowadziłoby do złamania – wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp - zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. , sygn. akt KIO 707/17 – warunki, polisa OC, uzupełnienie dokumentów

„Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że aktualna treść art. 26 ust. 3 Pzp pozwala uznać, że ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby składane na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały - spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu [czy spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - stan z dnia, w którym upłynął termin składania ofert. Także w aktualnym stanie prawnym, wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, do którego odwołuje się wskazany art. 26 ust.3, dokument JEDZ jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenie dotyczy stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki. Nie można zatem przepisu art. 26 ust.1 oraz art. 26 ust.3 ustawy Pzp i „aktualności” wymaganych dokumentów interpretować w oderwaniu od złożonego oświadczenia. Wprowadzenie rozwiązania, opierającego się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w JEDZ, bez wątplenia miało na celu odformalizowanie postępowania i zwolnienie wykonawców od kompletowania dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia, o które ubiega się wykonawca, jednakże wykonawca wezwany jest zobowiązany potwierdzić stosowne fakty, których dotyczy oświadczenie, wymaganymi w postępowaniu dokumentami o treści korespondującej z terminem składania ofert. (...)

W niniejszej sprawie, w przypadku takiego dokumentu jak polisa OC, wykonawca dla udokumentowania spełniania warunku mógł przedstawić inny dokument ubezpieczeniowy, jednakże dotyczący ochrony ubezpieczeniowej od 4 stycznia 2017 r. lub dokument potwierdzający ciągłość takiej ochrony. Aneks obowiązujący od daty 16 marca 2017 r. nie stanowi potwierdzenia ciągłości ochrony ubezpieczeniowej od 4 stycznia br w ramach Polisy (...). Odwołujący przyznał w odwołaniu, że do dnia 16 marca 2017 r. nie posiadał i nie posiada innej polisy OC, ponad tą, która została przesłana Zamawiającemu.

Reasumując, Izba stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2017 r. w związku z wyrokiem KIO z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 354/17 i KIO 379/17, nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, co do wymaganego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 8.000.000 zł na dzień składania ofert.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1028/17 – proporcjonalność warunków, zasada równego traktowania

„Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie wartym zauważenia jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 08.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż *„Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całokształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”.*

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w

jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 15 maja 2017 r., sygn. akt KIO 714/17 – proporcjonalność warunków

„Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolnością.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C – 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych

dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. (...)

Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1104/17 – dokumenty przedmiotowe

„Zdaniem Izby powyższy Arkusz cenowy nie podlega uzupełnieniu w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, a takie uzupełnienie stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty, o której mowa w art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp.

Izba stanęła na stanowisku, że interpretacja Odwołującego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp nie jest trafna. Powyższy przepis stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są

niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W świetle powyższego przepisu, Izba uznała, że Arkusz cenowy jako część oferty nie mieści się w kategorii oświadczenia, o którym mowa w art.25a ust.1 ustawy Pzp stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu lub spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Poza tym, w ocenie Izby - dokument ten nie miał tylko na celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia,
- lecz stanowił przed wszystkim istotne postanowienia umowne.

Wreszcie, Izba uznała, że Arkusz cenowy nie stanowi innego dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania.

Przyjmując inną wykładnię należałoby przyjąć, że również takie dokumenty przedmiotowo istotne, jak przykładowo formularz cenowy, harmonogram wykonania przedmiotu zamówienia, gwarancja wadialna mogą być uzupełniane w trybie przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp, co byłoby równoznaczne z możliwością zmiany treści oferty i dopuszczalnością prowadzenia negocjacji.

Wobec tego należało uznać, że Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba wyraziła pogląd, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt KIO 954/17 - treść oferty, karty katalogowe

„(...) w omawianej sprawie strony nie były zgodne co do tego, jaki charakter posiada karta katalogowa, powołana w pkt A.3.4 w pkt 5 PFU (str. 17). Izba stoi na stanowisku, że tego rodzaju dokumenty co do zasady mają charakter przedmiotowy i są przedkładane przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom, określonym przez Zamawiającego.

Jednak w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również w treści SIWZ, nie sprecyzował żądania jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, mających potwierdzać, że oferowane roboty budowlane

odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Powyższe wyraźnie wskazuje na intencję Zamawiającego, a mianowicie uczynienia rzeczowej karty katalogowej treści oferty.

Izba całkowicie podziela ocenę zaprezentowaną przez skład orzekający KIO w tym przedmiocie w wyroku z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 318/17 i KIO 329/17, gdzie wskazano: „*W ocenie Izby tak ukształtowane postanowienia siwz z całą pewnością pozwalają stwierdzić, iż żądanej przez Zamawiającego karty katalogowej uchwytów mocujących nie można zaliczyć do katalogu dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, opisanych w § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Izba zwraca uwagę, że powołany powyżej przepis rozporządzenia nie zawiera katalogu zamkniętego, gdyż w jego treści ustawodawca odwołał się do określenia „w szczególności”. Tym samym wskazane w nim dokumenty mają charakter jedynie przykładowy.*

W tym miejscu zaznaczyć należy, że tak ukształtowane postanowienia ogłoszenia oraz siwz nie były przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kwestionowane w terminie uprawniającym do ich skutecznego zaskarżenia. Wobec tego na tym etapie postępowania należy uznać je za obowiązujące i wiążące dla wykonawców ubiegających się o zamówienie”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w przypadku wystąpienia błędu w karcie katalogowej, dotyczącej naczynia przeponowego nie jest możliwe jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ ww. karta nie jest dokumentem przedmiotowym, opisanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, skoro Odwołujący zaoferował naczynie przeponowe, które nie spełnia wymagań Zamawiającego i oferta Odwołującego w tym zakresie nie podlega poprawieniu na zasadzie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to tym samym zaktualizowały się podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w zakresie naczynia przeponowego).”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1070/17 – termin związania ofertą

„Znaczące dla sprawy ma sformułowanie zawarte w piśmie odwołującego o treści:

„/.../niniejszym przedłużamy o 60 dni termin związania ofertą złożoną w postępowaniu, z zastrzeżeniem, że terminy umowne zostaną dopasowane do daty zawarcia umowy (np. w trybie art. 60f Prawa zamówień publicznych). Jednocześnie przedłużamy o 60 dni okres ważności wniesionego wadium.”

W ocenie składu orzekającego treść oświadczenia wykonawcy przesądza o tym, że zgoda na przedłużenie terminu związania oferta została złożona łącznie z jednoznacznym zastrzeżeniem – tak literalnie sformułowanym - że terminy umowne zostaną dopasowane /.../. Trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż oświadczenie złożono bez

zastrzeżeń, a jedynie z zapowiedzią lub sygnalizacją konieczności modyfikacji terminów umownych. Przeciwnie, z treści oświadczenia wywieść należy, że brak zmiany terminów realizacji, tj. niezgodnienie takiej zmiany, skutkować powinno uznaniem zgody za niebyłą.

W orzecznictwie niesporne jest, że zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie może być złożona z jakimkolwiek zastrzeżeniem lub pod warunkiem. W takim stanie rzeczy uznać należy, że zgoda na przedłużenie związania ofertą nie została wyrażona. Odnosnie zarzutu naruszenia zasad wykładni w związku z art. 60 f ustawy pzp, należy zauważyć, że przepis ten nie ma zastosowania na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, generalnie ma on charakter fakultatywny, a o jego zastosowaniu po wyborze oferty decyduje zamawiający. Dyspozycja przepisu rodzi po stronie zamawiającego wyłącznie uprawnienie do podjęcia negocjacji z wykonawcą. Analiza złożonego oświadczenia prowadzi do wniosku, że zaakceptowanie przedmiotowej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w sposób bezpośredni wpływa na skutek ewentualnie poczynionych negocjacji – bowiem przesądza o fakcie, że tego typu negocjacje musiałyby się odbyć, a co więcej – odpowiednie terminy umowne musiałyby zostać przedłużone.

Należy podkreślić, że uzależnienie przez wykonawcę wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą od zaakceptowania przez zamawiającego „dopasowania terminów umownych do daty zawarcia umowy”, nie jest wymaganą formą oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą i skutkuje de facto podjęciem negocjacji na podstawie art. 60 f pzp jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty, co stoi w sprzeczności z treścią przepisu.

Przyznając rację odwołującego o zamiarze złożenia skutecznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przy zastosowaniu wykładni z art. 65 § 1 kc nie można pominąć rzeczywistej całościowej treści cytowanego oświadczenia zawierającego niewątpliwie klauzulę zastrzeżenia o oczekiwanych zmianach terminów realizacji umowy.

Wobec powyższego, zważywszy że oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie może zostać złożone pod warunkiem czy z zastrzeżeniem, a takie zastrzeżenie zostało sformułowane, uznać należy, że przedmiotowe Oświadczenie nie było zatem jednoznaczne i złożone bez zastrzeżeń.

Prawidłowo więc zamawiający uznał, że odwołujący przez sposób sformułowania własnego oświadczenia woli de facto nie złożył oświadczenia, w którym zgodziłby się na przedłużenie terminu związania ofertą.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 18 maja 2017 r., sygn. akt KIO 884/17 – zmiana oferty, kryteria oceny ofert

„W sprawie rozpatrywanej, o ile dopuszczalne było uwzględnienie kwalifikacji kolejnej osoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (warunku podmiotowego), to brak jest podstaw do uznania wykazu doświadczenia tej osoby (Pana T. K.) w celu przyznania określonej liczby punktów z tytułu kryterium oceny ofert.

Działanie takie byłoby nieuprawnione. Oświadczenie odnośnie doświadczenia stanowi oświadczenie podlegające ocenie w ramach kryterium oceny oferty. Zmiana w

przedmiotowym zakresie nie jest dopuszczalna, bowiem prowadziłaby do zmiany treści oferty niewątpliwie z naruszeniem art. 87 ustawy pzp. Biorąc pod uwagę kształt postanowienia SIWZ informacja o doświadczeniu kierownika robót nie jest dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Skoro sam Zamawiający określił, iż doświadczenie kierownika robót stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 692/17 – wadium, franczyza redukcyjna

„Zastosowanie franszyzy redukcyjnej w umowie ubezpieczenia, wskazanej w polisie powoduje, że wykonawca przy ubezpieczeniu na sumę gwarancyjną 4 000 000 zł, otrzyma odszkodowanie pomniejszone o wartość franszyzy redukcyjnej, tj. w wysokości maksymalnie 3 999 500 zł. Wartość franszyzy redukcyjnej stanowi udział własny przedsiębiorcy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, występowanie franszyzy redukcyjnej ogranicza odpowiedzialność odszkodowawczą ubezpieczyciela, co nie zmienia faktu, że suma gwarancyjna ubezpieczenia wskazana w polisie spełnia wymaganie określone przez Zamawiającego w brzmieniu określonym w treści warunku udziału w postępowaniu - w SIWZ. Należy zauważyć, że przy braku szczegółowych zastrzeżeń i wymagań zawartych w SIWZ, zastrzeżenie franszyzy redukcyjnej nie dyskwalifikuje polisy, stanowiąc element nieodłączny i powszechnie stosowany w umowach ubezpieczenia. Jeśli więc Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, nie wymagając pozbawionego określonych ograniczeń ubezpieczenia, takich jak franszyzy redukcyjne, czy wymaganie możliwości skorzystania z całej sumy ubezpieczenia przez dany podmiot, to nie sposób czynić zarzutu sprzeczności z treścią warunku udziału w postępowaniu wobec złożonej w postępowaniu polisy, która takie klauzule zawiera.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 22 maja 2017 r., sygn. akt KIO 921/17 – interes w uzyskaniu danego zamówienia

„W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W myśl art. 179 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym, skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta została uznana za odrzuconą, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. W ustawie Prawo zamówień publicznych odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu. (...)

Należy zatem, opisane w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki materialnoprawne traktować w postępowaniu odwoławczym w powiązaniu z sytuacją wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarną możliwością uzyskania przez niego danego zamówienia oraz poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa. Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 Pzp oznaczałoby możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia nawet jeśli podmiot, który zainicjuje postępowanie odwoławcze pozostaje bez realnej możliwości udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia itp. warunków postępowania. Jednocześnie należy zauważyć, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Dane zamówienie - to konkretne zamówienie – konkretny przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji oraz inne elementy charakteryzujące świadczenie, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 3 maja 2010 r. o sygn. akt XIX Ga 148/10 wskazując, że przez interes wykonawcy należy rozumieć szanse na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania dojdzie do unieważnienia postępowania, co otworzy mu drogę do uczestnictwa w kolejnym postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia na dostawę będącą przedmiotem niniejszego przetargu. Słusznie w tym zakresie wskazywał Zamawiający, że po unieważnieniu danego postępowania wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie o wszczęcie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Nie ma żadnej pewności, że nowe postępowanie zostanie wszczęte na tych samych warunkach i zasadach.

Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Nie może ona zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, aby uzyskać dane zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że wykonawca ostatecznie wykluczony z postępowania nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty. Szkada musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co oznacza, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musiałby zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Takie okoliczności, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, nie zostały przez Odwołującego w niniejszej sprawie wykazane.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt VIII Ga 43/17 (KIO 8/17) – ocena zdolności zawodowej

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Toruniu z dnia 29.05.2017 r. sygn. akt VI Ga 78/17 (KIO 36/17) – koszty postępowania odwoławczego

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Legnicy z dnia 24.04.2017 r. sygn. akt VI Ga 62/17 (KIO 2426/16) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Katowicach z dnia 20.04.2017 r. sygn. akt XIX Ga 202/17 (KIO 160/17) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Opolu z dnia 40.04.2017 r. sygn. akt VI Ga 56/17 (KIO 200/17) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Warszawie z dnia 21.04.2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1517/16 (KIO 1599/16) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Olsztynie z dnia 23.05.2017 r. sygn. akt V Ga 2/17 (KIO 2283/16) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Olsztynie z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt V Ga 69/17 (KIO 210/17) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Lublinie z dnia 25.05.2017 r. sygn. akt IX Ga 35/17 (KIO 2026/16) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Poznaniu z dnia 10.05.2017 r. sygn. akt X Ga 1071/17 (KIO 2162/16) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sąd Okręgowego w Kielcach z dnia 09.06.2017 r. sygn. akt VII Ga 1391/17 (KIO 343/17) – wybór oferty najkorzystniejszej; postępowanie poniżej progów

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 6/2017

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2017 – 30.06.2017

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	56 424	9 912	66 336
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	72	118	190
O udzieleniu zamówienia	48 412	9 691	58 103
O konkursie	60	17	77
O wynikach konkursu	38	112	150
O zmianie ogłoszenia	20 585	7 592*	28 177
O zamiarze zawarcia umowy	1 076	290	1 366
O zmianie umowy	706	79	785
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	523	523
O profilu nabywcy	-	23	23
Razem	127 373	28 357	155 730
Koncesje			
O koncesji	2	7	9
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	40	0	40
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	0	0
O zawarciu umowy koncesji	0	1	1
O zmianie umowy koncesji	0	0	0
Razem	42	8	50

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	44,50%	10,13%	39,25%
Dostawy	30,42%	52,45%	33,78%
Usługi	25,08%	37,42%	26,97%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,25%	97,54%	98,99%
Przetarg ograniczony	0,24%	1,51%	0,43%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,78%	0,14%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,14%	0,04%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,03%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,46%	-	0,39%

Kryteria oceny ofert – BZP

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	21%	9%	9%
Cena i inne kryteria	98%	79%	91%	91%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	11%	25%	18%	21%
Cena i inne kryteria	89%	75%	82%	79%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	144	0,58%
Dostawy	23	0,14%
Usługi	41	0,29%
Razem	208	0,37%

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	29	0,12%
Dostawy	33	0,19%
Usługi	82	0,59%
Razem	144	0,26%

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	22 949	92,55%
Dostawy	12 472	73,57%
Usługi	11 311	80,91%
Razem	46 732	82,83%

Postępowania, w których przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	75	0,30%
Dostawy	47	0,28%
Usługi	43	0,31%
Razem	165	0,29%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	32,05%	5,12%	27,44%
Dostawy	36,36%	48,47%	38,43%
Usługi	31,59%	46,41%	34,13%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	90,81%	88,92%	90,49%
Przetarg ograniczony	0,29%	2,29%	0,62%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,81%	0,16%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,04%	7,83%*	1,35%
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,10%	0,02%
Wolna ręka	6,89%	-	5,74%
Zapytanie o cenę	1,47%	-	1,23%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,05%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,46%	-	0,38%

* - w tym wolna ręka

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	3,91	1,86
Dostawy	2,19	1,41
Usługi	2,62	1,50

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Średnio	2,62	1,56

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,10%
Administracja rządowa terenowa	2,30%
Administracja samorządowa	39,72%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	4,49%
Podmiot prawa publicznego	14,55%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,16%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	2,17%
Inny	34,50%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	18,84%	27,67%	53,49%
Administracja rządowa terenowa	13,13%	43,01%	43,86%
Administracja samorządowa	46,52%	15,89%	37,59%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	34,92%	36,34%	28,74%
Podmiot prawa publicznego	10,27%	63,53%	26,20%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	24,73%	43,01%	32,26%
Zamawiający sektorowy	15,10%	38,69%	46,20%
Inny	14,01%	54,39%	31,60%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień

według kategorii zamawiających

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	84,74	0,27	0,14	0,00	0,00	12,13	2,45	0,00	0,27
Administracja rządowa terenowa	81,54	1,04	0,09	0,09	0,00	13,18	2,82	0,00	1,22
Administracja samorządowa	91,63	0,32	0,01	0,02	0,00	6,45	0,93	0,00	0,64
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	92,02	0,19	0,00	0,08	0,00	5,33	2,18	0,00	0,19

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2017

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Podmiot prawa publicznego	97,92	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	2,08	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	95,54	0,00	0,00	0,89	0,00	2,68	0,00	0,00	0,89
Zamawiający sektorowy	89,68	0,39	0,07	0,05	0,00	8,16	1,06	0,02	0,57
Inny	90,74	0,18	0,04	0,05	0,02	6,69	2,11	0,00	0,18

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	3	3 x usługi	9 177 250 EUR w części ogłoszeń brak danych
Czechy	6	3 x dostawy 3 x usługi	3 881 423 EUR w części ogłoszeń brak danych
Dania	2	1 x roboty budowlane 1 x usługi	536 445 EUR w części ogłoszeń brak danych
Estonia	1	1 x usługi	4 800 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	630 810 EUR
Francja	2	2 x dostawy	4 930 000 EUR
Grecja	1	1 x usługi	30 343 EUR
Holandia	1	1 x dostawy	brak danych
Litwa	1	1 dostawy	2 400 EUR
Niemcy	3	2 x dostawy 1 x usługi	1 325 752 EUR
Szwecja	4	1 x roboty budowlane 2 x dostawy 1 x usługi	2 251 982 EUR w części ogłoszeń brak danych
Węgry	2	2 x usługi	2 361 000 EUR
Razem	27	2 x roboty budowlane 12 x dostawy 13 x usługi	25 132 205 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria	2	87 331 257	5	6 360 191	1	9 018 686			8	102 710 134
Belgia			8	7 712 804					8	7 712 804
Chiny			1	368 586	1	78 400 000			2	78 768 586
Czechy			14	23 342 469	4	14 254 723			18	37 597 192
Cypr			1	1 545 000	1	2 167 000			2	3 712 000
Dania					2	18 148 595			2	18 148 595
Francja			9	10 900 186	14	159 779 388			23	170 679 574
Grecja					1	626 235			1	626 235
Hiszpania	2	55 313 049			3	18 353 827			5	73 666 876
Holandia	1	4 064 136	8	17 556 106	2	2 844 618			11	24 464 860
Irlandia			48	6 042 832	1	b.d.			49	6 042 832
Litwa	1	83 796 446	3	4 677 194					4	88 473 639
Malezja					1	4 279			1	4 279
Niemcy	2	776 689 963	47	136 365 855	8	24 745 049			57	937 800 868
Rosja					1	1 280 000			1	1 280 000
Słowenia			2	2 045 701					2	2 045 701
Szwajcaria			23	42 842 089	1	0			24	42 842 089
Szwecja			9	3 038 634	1	13 378 116			10	16 416 750
Turcja					1	600 000			1	600 000
USA			3	2 017 564 865	5	83 394 859	1	80 000	9	2 101 039 724
Węgry			1	1 474 658	1	0			2	1 474 658
Wielka Brytania			52	40 749 334	3	4 589 114			55	45 338 448
Włochy	1	605 580 963	17	46 690 242	1	1 335 968			19	653 607 172
Razem	9	1 612 775 813	251	2 369 276 744	53	432 920 457	1	80 000	314	4 415 053 014

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	101	
Zakończone	81	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	35	43%
Stwierdzono naruszenia	46	57%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
zalecenie usunięcia naruszeń	2	4%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	44	96%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	54	
Zakończone	41	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	3	7%
Stwierdzono naruszenia	38	93%
W tym: zawiadomienie RDFP	6	-

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	6	
Zakończone	6	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	6	100%

w tym:		
	6	100%
uchybień formalne	0	0%
zalecenie unieważnienia	5	-
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	193	
Zakończone	190	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	57	30%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 344	
Rozpatrzone ogółem	1 340	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	112	9%
Odrzucone	95	7%
Umorzone postępowanie	255	19%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	215	16%
Oddalone	406	30%
Uwzględnione	257	19%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2017 r.	2016 r.
Roboty budowlane	24%	22%
Dostawy	34%	30%
Usługi	42%	48%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej

wniesionych do sądów

Skargi	2017 r.	2016 r.
Liczba wniesionych skarg	99	57
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	7%	5%

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

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

KONTAKT:

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