

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

lipiec - wrzesień 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
➤ PARTNERSTWO INNOWACYJNE – rozwiązania prawne i schemat postępowania.....	3
➤ Opinia dotycząca relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.....	4
➤ Ogłoszenie postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex.....	4
➤ Komunikat dotyczący wypełnienia normy prawnej wynikającej z treści art. 41 ustawy Pzp w związku ograniczeniami w standardowych formularzach służących do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej	4
➤ Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2016 r.....	5
➤ Tekst jednolity ustawy – Prawo zamówień publicznych	7
➤ Prace nad nowym Prawem zamówień publicznych	7
➤ Przyjęcie przez Radę Ministrów Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.....	8
WYDARZENIA	8
➤ Podpisano Porozumienie o dofinansowanie projektu „E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”	8
➤ System zamówień publicznych - projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju. Debata nt. Środków Ochrony Prawnej	9
➤ Debata na temat raportu SPZP „Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE”	10
DZIAŁANIA EDUKACYJNE	11
➤ Warsztaty „Innowacyjne zamówienia publiczne - realizacja projektów wykorzystujących nowoczesne rozwiązania” w Belwederze	11
➤ Konferencje i seminaria w ramach projektu PO WER	12
Konferencja „Jak dobrze sporządzić SIWZ – doświadczenia praktyczne”	12
Seminarium „Najważniejsze czynności procesu udzielania zamówień publicznych w świetle doświadczeń instytucji kontrolujących ten proces	13

➤ Szkolenia w ramach projektu PO WER	14
Szkolenia dwudniowe dot. procedur zamówień publicznych na terenie całej Polski	14
Szkolenia dot. zrównoważonych zamówień publicznych	15
PRAWO EUROPEJSKIE	16
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	16
OPINIE PRAWNE	32
Czy informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa	32
Usuwanie skutków nawałnic z dnia 11 sierpnia 2017r. w świetle przepisów ustawy Pzp	34
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	36
Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące ogłoszeń o zamówieniu - wybrane zagadnienia w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP	36
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	48
ORZECZNICTWO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ dotyczące zagadnień omawianych w wyrokach TSUE: orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama	48
ANALIZY SYSTEMOWE	80
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2017 – 30.09.2017	80

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE

➤ PARTNERSTWO INNOWACYJNE – rozwiązania prawne i schemat postępowania

Mając na względzie wszechstronne wsparcie uczestników systemu zamówień publicznych w warunkach nowych przepisów wynikających z wdrożenia do polskiego prawa dyrektyw unijnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podejmuje szereg działań, mających na celu efektywne wsparcie zamawiających w udzielaniu zamówień publicznych.

Wsparcie to jest szczególnie istotne w odniesieniu do nowych przewidzianych w ustawie Pzp narzędzi. Szeroko zakrojone działania zostały zatem podjęte w związku z przewidzianym w Prawie zamówień publicznych **nowym trybem - partnerstwem innowacyjnym**. W działania te wpisują się konferencje i szkolenia organizowane przez Urząd w ramach własnego planu przedsięwzięć edukacyjnych, ale także w ramach projektu współfinansowanego z PO WER pt. „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Ponadto Urząd podjął działania dedykowane specjalnie zagadnieniu innowacyjnych zamówień publicznych oraz partnerstwa innowacyjnego, organizując we współpracy z Kancelarią Prezydenta RP pierwsze warsztaty poświęcone wyłącznie temu tematowi pt. „Innowacyjne zamówienia publiczne - realizacja projektów wykorzystujących nowoczesne rozwiązania”, które odbyły się 22 września 2017 r.

Rozszerzając jak najbardziej krąg odbiorców tych działań, udostępniamy Państwu materiały przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych, dotyczące partnerstwa innowacyjnego, w tym planowania postępowania, procedury i realizacji umowy partnerstwa.

Mamy nadzieję, że opracowane zagadnienia dotyczące rozwiązań prawnych oraz schematu postępowania w trybie partnerstwa innowacyjnego posłużą Państwu jako konkretna pomoc i skutecznie zachęcą do wykorzystywania nowoczesnych rozwiązań przewidzianych w ustawie Pzp, przyczyniając się tym samym do coraz bardziej efektywnego, sprzyjającego innowacyjności udzielania zamówień publicznych.

[PARTNERSTWO INNOWACYJNE - SCHEMAT ROZBUDOWANY](#)

[PARTNERSTWO INNOWACYJNE - SCHEMAT SKRÓCONY](#)

➤ **Opinia dotycząca relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

W dniu 4 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie *Esaprojekt* (C-387/14), w którym zmianie uległa dotychczasowa linia orzecznicza Trybunału w przedmiocie niektórych aspektów powoływania się wykonawcy na potencjał podmiotu trzeciego. Powyższe orzeczenie spowodowało konieczność aktualizacji opinii UZP ws. interpretacji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do wersji uwzględniającej wnioski płynące z orzeczenia Trybunału. Jednocześnie należy poinformować, że obszerny komentarz UZP do zapadłego orzeczenia został zamieszczony w poprzednim numerze Informatora UZP.

[Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych](#)
[Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2/2017](#)

➤ **Ogłoszenie postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex**

W dniu 13 lipca 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał orzeczenie w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu*, ECLI:EU:C:2017:557.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się w tej sprawie do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zagadnień związania wykonawcy ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wadium jako zabezpieczenia zobowiązań zawartych w ofercie.

Trybunał uznał, że odpowiedź na zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą pytania może być wywiedziona w sposób jednoznaczny z dotychczasowego orzecznictwa, w szczególności z wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, i orzekł w tej sprawie w drodze postanowienia z uzasadnieniem.

[Więcej informacji](#) wraz z analizą orzeczenia
[Pełen tekst orzeczenia na stronie internetowej Trybunału Sprawiedliwości](#)

➤ **Komunikat dotyczący wypełnienia normy prawnej wynikającej z treści art. 41 ustawy Pzp w związku ograniczeniami w standardowych formularzach służących do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej**

W świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579 t.j.) w postępowaniach, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, zamawiający zobowiązany jest przygotować ogłoszenia dotyczące prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji

Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych. Aktualnie obowiązujący interaktywny formularz ogłoszenia o zamówieniu, udostępniany przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej wprowadził ograniczenia w postaci limitów znaków dla poszczególnych sekcji informacyjnych. Powyższe może rodzić wątpliwości co do prawidłowego wypełnienia normy wynikającej z treści art. 41 ustawy Pzp, która określa minimalny zakres informacji, który powinien znaleźć się w ogłoszeniu.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest, aby zamawiający w przypadku, w którym nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp w odpowiedniej sekcji formularza ogłoszenia, wykorzystywali w tym celu również - przewidziane we wzorze ogłoszenia - sekcje dedykowane informacjom dodatkowym. Natomiast jeżeli z uwagi na charakter zamówienia, jego przedmiot lub wymagania zamawiającego, w dalszym ciągu niemożliwe jest opublikowanie w treści ogłoszenia wszystkich niezbędnych informacji, w tym także w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym, zasadnym może być również zamieszczenie w treści ogłoszenia odesłania do strony internetowej, na której opublikowana została treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej powyższe rozwiązanie stanowi wyjątek od zasady publikacji informacji określonych ww. przepisem i możliwe jest do zastosowania w szczególności z uwagi na ww. ograniczenia techniczne.

Biorąc pod uwagę wskazane ograniczenia co do ilości znaków w poszczególnych sekcjach ogłoszenia o zamówieniu, za wypełnienie normy wynikającej z art. 41 ustawy Pzp w zakresie obowiązku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia może być uznane przywołanie przepisów (jednostek redakcyjnych ustawy/rozporządzenia) bez przytaczania ich brzmienia.

Jednocześnie poniżej przedstawiamy stanowisko Ministerstwa Rozwoju przygotowane w uzgodnieniu z Urzędem Zamówień Publicznych skierowane do instytucji zaangażowanych w proces wdrażania programów operacyjnych szczegółowo odnoszące się do przedmiotowej kwestii.

[Stanowisko Ministerstwa Rozwoju przygotowane w uzgodnieniu z Urzędem Zamówień Publicznych skierowane do instytucji zaangażowanych w proces wdrażania programów operacyjnych](#)

➤ **Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2016 r.**

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych został opublikowany **raport pn. „Wyniki monitoringu stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych za 2016 r.”** opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych

w ramach realizacji obowiązków związanych z monitorowaniem realizacji „Zaleceń Rady Ministrów w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych” z 2015 roku. Dokument zawiera szczegółową informację na temat liczby i wartości społecznych zamówień publicznych udzielonych przez jednostki administracji rządowej objęte obowiązkiem sprawozdawczym z realizacji „Zaleceń Rady Ministrów w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych” z uszczegółowieniem klauzul społecznych oraz rodzaju zamówień publicznych je uwzględniających.

Zgodnie z treścią przedmiotowego raportu obowiązek sprawozdawczy z realizacji Zaleceń Rady Ministrów za 2016 r. wypełniły łącznie **473¹** podmioty. Na podstawie analizy informacji przekazanych przez jednostki administracji rządowej ustalono, iż w 2016 r. spośród 473 podmiotów, które wywiązały się z obowiązku sprawozdawczego, **395** zamawiających udzieliło zamówień publicznych z klauzulami społecznymi.

Klauzule społeczne zostały uwzględnione w **1855** zamówieniach publicznych udzielonych przez ww. jednostki administracji rządowej, a ich łączna wartość wyniosła **2.104.553.254,71** zł (bez podatku od towarów i usług). Szczegółowe dane w zakresie rodzaju zastosowanych klauzul społecznych prezentuje poniższa tabela:

Klauzula	łączna liczba klauzul społecznych	Udział % w ogólnej liczbie zastosowanych klauzul	Udział % w ogólnej liczbie zamówień uwzględniających klauzule społeczne
Wymóg zatrudnienia przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę	1571	78,75%	84,69%
Wymóg określenia aspektów społecznych związanych z realizacją zamówienia, w tym związanych z zatrudnieniem przy realizacji zamówienia osób defaworyzowanych	358	17,94%	19,30%
Zamówienie zastrzeżone – art. 22 ust. 2 ustawy Pzp	66	3,31%	3,56%
SUMA	1995	100%	107,55%

¹ Liczba obejmuje zarówno zamawiających, którzy udzieli zamówień publicznych z klauzulami społecznymi w oparciu o przepisy sprzed i/lub po nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r., jak i zamawiających którzy w ramach zamówień publicznych uwzględnili inne aspekty społeczne (z wyłączeniem klauzul społecznych), a także zamawiających, którzy nie uwzględnili klauzul społecznych w udzielonych zamówieniach w 2016 r., lecz wypełnili obowiązek sprawozdawczy nałożony Zaleceniami RM.

UWAGA: łączna liczba zastosowanych klauzul społecznych jest większa niż łączna ilość zamówień publicznych uwzględniających klauzule społeczne, ze względu na przypadki zastosowania więcej niż jednej klauzuli w jednym zamówieniu.

Pełna wersja raportu jest dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w Repozytorium Wiedzy / Zrównoważone zamówienia publiczne / Społeczne zamówienia / Przydatne dokumenty:

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0021/35193/Wyniki_monitoringu_stosowania_Zalecen_RM_w_2016_r.pdf

Skrócona informacja w zakresie stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych udzielonych w 2016 r. przez jednostki administracji rządowej została ujęta również w „Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.”, które zostało przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 7 sierpnia 2017 r.

➤ **Tekst jednolity ustawy – Prawo zamówień publicznych**

W Dzienniku Ustaw RP z dnia 24 sierpnia 2017 r. pod poz. 1579 zostało opublikowane Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 20 lipca 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Tekst jednolity ustawy Pzp

➤ **Prace nad nowym Prawem zamówień publicznych**

Ministerstwo Rozwoju i Urząd Zamówień Publicznych rozpoczęły wspólne prace nad nowym Prawem zamówień publicznych. Przepisy ma projektować nowo powołany zespół, w którego skład wejdą przedstawiciele obu instytucji. Pracami zespołu kieruje trzech wiceministrów rozwoju, odpowiedzialnych za kluczowe z punktu widzenia zamówień obszary, oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych Małgorzata Stręciwilk.

Nowa ustawa regulująca rynek zamówień publicznych jest elementem programu Polskie Inwestycje Publiczne.

Działania zmierzające do przygotowania projektu kompleksowego i spójnego aktu prawnego porządkującego system zamówień publicznych zostały zainicjowane przez Prezesa Urzędu, Panią Małgorzatę Stręciwilk, już w grudniu 2016 r. cyklem debat na temat kierunków oczekiwanych zmian w obszarze zamówień publicznych. Do dyskusji zaproszono przedstawicieli wiodących uczestników systemu zamówień publicznych, w tym zamawiających, wykonawców, instytucji kontrolnych, przedstawicieli świata nauki oraz innych wybitnych ekspertów w dziedzinie zamówień publicznych.

Założenia, które przyświecają pracom nad ustawą, to m.in.: wprowadzenie mechanizmów pozwalających lepiej przygotować postępowanie, zweryfikować potencjał wykonawcy

i sprawdzić, czy zamówienie realizowane jest zgodnie z umową; wprowadzenie zmian, które zachęcą do korzystania z innowacyjnych rozwiązań; zwiększenie udziału małych i średnich firm w zamówieniach; uporządkowanie przepisów dotyczących kontroli; uspołnienie przepisów, zapewniające jednolite stosowanie prawa przez zamawiających i sądy; uproszczenie procedur.

[Więcej informacji](#) w serwisie internetowym UZP.

➤ **Przyjęcie przez Radę Ministrów Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.**

W dniu 7 sierpnia 2017 r. Rada Ministrów, po rozpatrzeniu sprawy w trybie obiegowym, przyjęła *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.* Członkowie Rady Ministrów nie zgłosili uwag do ww. dokumentu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z przepisem art. 154 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazał przedmiotowe *Sprawozdanie* do właściwej komisji sejmowej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej.

[Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.](#)

WYDARZENIA

➤ **Podpisano Porozumienie o dofinansowanie projektu „E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”**

11 sierpnia 2017 r. Centrum Projektów Polska Cyfrowa oraz Ministerstwo Cyfryzacji działające w partnerstwie z Urzędem Zamówień Publicznych podpisały Porozumienie o dofinansowanie projektu „E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”, realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020, Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”.

Komunikat o zawarciu Porozumienia o dofinansowaniu projektu został zamieszczony na stronie internetowej Ministerstwa Cyfryzacji pod adresem:

<https://mc.gov.pl/aktualnosci/podpisano-z-cppc-porozumienie-o-dofinansowanie-na-realizacje-projektu-e-zamowienia>.

Podstawowe założenia projektu ilustruje [SCHEMAT GRAFICZNY](#).

➤ System zamówień publicznych - projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju. Debata nt. Środków Ochrony Prawnej

12 września 2017 r. odbyła się debata dotycząca środków ochrony prawnej w kontekście perspektyw i kierunków zmian w systemie zamówień publicznych.

Organizacja debaty była efektem postulatów zgłaszanych przez uczestników cyklu debat zainicjowanych przez Panią Prezes Małgorzatę Stręciwilk pt. *System zamówień publicznych - projektowane kierunki zmian i perspektywy rozwoju*, które odbyły się pod koniec 2016 i na początku 2017 r. Dyskusja podczas debat wskazała na celowość przeprowadzenia odrębnego spotkania poświęconego środkom ochrony prawnej w kontekście oczekiwanych zmian w tym obszarze. Potrzebę zorganizowania debaty na ten temat zgłosili wówczas uczestniczący w spotkaniu w dniu 3 lutego 2017 r. radcowie prawni i adwokaci, reprezentujący uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sporach zamówieniowych. Oni też, zgodnie ze zgłoszonym postulatem, mieli okazję przedyskutować ważne kwestie dotyczące systemu odwoławczego w debacie poświęconej wyłącznie temu zagadnieniu w dniu 12 września 2017 r. Do udziału w debacie zaproszono również Krajową Izbę Odwoławczą, którą reprezentowała Pani Małgorzata Rakowska, Prezes Izby, wraz z przedstawicielami KIO.

Dynamiczna dyskusja toczyła się wokół zasadniczych kwestii dotyczących funkcjonującego obecnie systemu środków ochrony prawnej, zmierzając do odpowiedzi na pytanie, na ile jest on wystarczający i w jakim zakresie potrzebne są ewentualne zmiany.

Uczestnicy spotkania prezentowali swoje stanowiska odnośnie regulacji dotyczących rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz czynności podejmowanych przez KIO na posiedzeniach, jak również kwestii dotyczących postępowania skargowego.

Reprezentanci stron i uczestników postępowań w sporach zamówieniowych uznali za wystarczające funkcjonujące obecnie w systemie zamówień publicznych dwa środki ochrony prawnej, tj. odwołanie i skargę. Dyskutowano m.in. na temat potrzeby wprowadzenia możliwości zawieszenia zawarcia umowy do czasu rozpatrzenia sprawy przez sąd, zakresu czynności zaskarżanych w zamówieniach poniżej wartości progów unijnych, wprowadzenia zasady prekluzji dowodowej w postępowaniu odwoławczym, doprecyzowania instytucji uwzględniania zarzutów odwołania i instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wskazywano również na potrzebę usprawnień w zakresie utrwalania (rejestrowania) przebiegu posiedzenia i rozprawy oraz sporządzania protokołu w formie elektronicznej. Pojawił się także postulat możliwości wnoszenia odwołań przez ePUAP bez konieczności używania podpisu kwalifikowanego.

W dyskusji dotyczącej postępowania skargowego zdecydowana większość uczestników spotkania opowiedziała się za ustanowieniem jednego sądu, który zajmowałby się sprawami zamówieniowymi; ewentualnie wskazania kilku sądów z odrębnymi wydziałami, które mogłyby zajmować się wyłącznie sprawami z zakresu zamówień publicznych. Wskazywano też na postulat obniżenie wysokości opłat od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO.

Debata poświęcona zagadnieniom środków ochrony okazała się celowa i owocna. Dyskusja wskazała na zasadność zachowania sprawdzonych już i dobrze działających aktualnych regulacji oraz czerpania z wypracowanego orzecznictwa. Uczestnicy spotkania nie wskazywali na potrzebę rewolucyjnych zmian w systemie odwoławczym, akcentowali natomiast zasadność zmian, które usprawnią w potrzebnym zakresie proces rozpoznawania spraw spornych w zamówieniach publicznych.

Poniżej udostępniamy materiał, zawierający stanowisko uczestników debaty w zakresie diskutowanych w jej trakcie bloków tematycznych.

MATERIAŁ OPRACOWANY NA PODSTAWIE DEBATY nt. ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ NA GRUNCIE USTAWY PZP

➤ Debata na temat raportu SPZP „Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE”

28 września 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pani Małgorzata Stręciwilk, wraz ze współpracownikami wzięła udział w debacie na temat procedur odwoławczych funkcjonujących w polskim systemie zamówień publicznych zorganizowanej przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych. Punktem wyjścia do debaty był przygotowany przez Stowarzyszenie raport pt. „Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE”. Pani Prezes wzięła udział w charakterze panelisty w sesji tematycznej skoncentrowanej wokół próby odpowiedzi na pytanie o potrzebę reformy instytucjonalnej polskiego systemu środków ochrony prawnej.

Zagadnienia te były już wcześniej tematem przewodnim dyskusji na poziomie naszych krajowych regulacji podczas cyklu debat zorganizowanych przez Prezesa UZP w ostatnich kilku miesiącach, w tym w szczególności ostatniej debaty z dnia 12 września 2017 r. dedykowanej specjalnie zagadnieniu środków ochrony prawnej.

Prezes UZP wskazała, że większość wniosków i ustaleń zawartych w przygotowanym przez SPZP raporcie potwierdza wcześniejsze ustalenia Urzędu Zamówień Publicznych i jest zbieżna ze stanowiskiem i działaniami podejmowanymi przez Prezesa Urzędu. Jednym z takich zagadnień jest kwestia wyznaczenia jednego sądu właściwego w sprawach skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Prezes Urzędu wystąpiła na początku bieżącego roku z wnioskiem i specjalnym raportem w tym zakresie do Ministra Sprawiedliwości.

Jednocześnie Pani Prezes zauważyła, że niektóre wnioski ujęte w Raporcie SPZP z pewnością powinny jeszcze zostać szeroko przedyskutowane i zweryfikowane (taki proces zainicjowany w ubiegłym roku przez Prezesa UZP jest właśnie w toku).

W debacie wzięła również udział Pani Małgorzata Rakowska, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, wraz z Wiceprezes KIO, Panią Magdaleną Grabarczyk.

Ponadto w panelu podejmującym dyskusję na temat obszarów potrzebnych zmian w postępowaniu odwoławczym uczestniczył Pan Bogdan Artymowicz, Dyrektor

Departamentu Prawnego UZP, natomiast w dyskusji dotyczącej jednolitości orzecznictwa i szybkości postępowań wzięła udział Pani Izabela Fundowicz, Z-ca Dyrektora Departamentu Prawnego UZP.

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ Warsztaty „Innowacyjne zamówienia publiczne - realizacja projektów wykorzystujących nowoczesne rozwiązania” w Belwederze

22 września 2017 r. w Belwederze odbyły się warsztaty pt. „Innowacyjne zamówienia publiczne - realizacja projektów wykorzystujących nowoczesne rozwiązania”, współorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych i Kancelarię Prezydenta RP.

Do udziału w przedsięwzięciu zostali zaproszeni przedstawiciele spółek skarbu państwa – podmiotów, które mogą odgrywać szczególną rolę w procesie stymulowania rynku w kierunku innowacyjności.

Spotkanie otworzył Pan Zdzisław Sokal, Doradca Prezydenta RP, oraz Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Pani Prezes, witając gości, wskazała na wysoki potencjał innowacyjnych zamówień publicznych dla rozwoju rynku i pobudzania innowacyjności gospodarki, podkreślając ważną rolę w tym procesie zamawiających, których świadome działania i właściwe wykorzystywanie narzędzi dostępnych przepisami prawa mogą przynieść bardzo korzystne efekty. Pani Prezes zapewniła również o wsparciu Urzędu Zamówień Publicznych dla uczestników rynku w zakresie procedur związanych z innowacyjnością czy wszelkiego rodzaju zaangażowania ukierunkowanego na rozwiązywanie ewentualnych wątpliwości i problemów wynikających z nowych regulacji prawnych.

Prelekcje wygłosili przedstawiciele Urzędu Zamówień Publicznych, a także jednostek prekursorskich w dziedzinie innowacyjnych zamówień publicznych, dysponujących już praktycznym doświadczeniem w tym zakresie.

Ustawowe instrumenty wsparcia innowacyjnych zamówień publicznych omówiła Pani dr Justyna Pożarowska, Radca Generalny z Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej Urzędu Zamówień Publicznych. Pani Doktor przybliżyła też uczestnikom doświadczenia innych państw członkowskich UE w zakresie partnerstwa innowacyjnego.

Zagadnienia dotyczące rozwiązań prawnych oraz schematu postępowania w trybie partnerstwa innowacyjnego zaprezentowała Pani dr Izabela Fundowicz, Zastępca Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych.

Podczas warsztatów na konkretnych przykładach przedstawione zostały dobre praktyki w zakresie innowacyjnych zamówień publicznych oraz doświadczenia związane

z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego.

Temat dobrych praktyk w zakresie innowacyjnych zamówień publicznych na przykładzie zamówienia na budowę nowej siedziby WFOŚiGW w Gdańsku przedstawił w imieniu Pana Prezesa Macieja Kazienko Pan Marcin Gregorowicz, ekspert z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Gdańsku.

Doświadczeniami praktycznymi związanymi z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego podzielił się Pan Bartosz Dziadecki, Kierownik Sekcji Zamówień Publicznych Narodowego Centrum Badań i Rozwoju.

Warsztaty wzbudziły ogromne zainteresowanie przedstawicieli zaproszonych instytucji. Spotkanie umożliwiło ciekawą wymianę świeżych wciąż doświadczeń w zakresie innowacyjnych zamówień publicznych i pozwoliło udzielić wsparcia zamawiającym w zakresie nowych rozwiązań wdrażanych do polskiego systemu zamówień publicznych.

[Materiały edukacyjne z warsztatów](#)

➤ **Konferencje i seminaria w ramach projektu PO WER**

Konferencja „Jak dobrze sporządzić SIWZ – doświadczenia praktyczne”

18 września 2017 r. w Warszawie odbyła się konferencja zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych pt. „*Jak dobrze sporządzić specyfikację istotnych warunków zamówienia – doświadczenia praktyczne*”.

Konferencja była drugą w cyklu trzech przewidzianych w bieżącym roku w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”. Wzięło w niej udział ok. 250 przedstawicieli administracji centralnej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

Obrady otworzyła Pani Prezes UZP Małgorzata Stręciwilk, sygnalizując zasadnicze obszary merytoryczne, będące przedmiotem spotkania.

Tematem pierwszej prelekcji był *Opis przedmiotu zamówienia ze szczególnym uwzględnieniem aspektów społecznych i środowiskowych*, który zaprezentowała Pani Magdalena Olejarz, Dyrektor Departamentu Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Następnie Pani mec. Irena Skubiszak – Kalinowska z Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych zapoznała uczestników z zagadnieniami *Postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących proinnowacyjnych aspektów udzielenia i realizacji zamówienia publicznego*.

Drugi blok tematyczny rozpoczął się prelekcją Pani mec. Anny Szymańskiej na temat *Przesłanki wykluczenia wykonawcy*.

Zagadnienia dotyczące *Określenia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne* przedstawiła Pani Ewa Wiktorowska, Prezes Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych.

Temat *Oświadczeń i dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców* zaprezentował Pan Arkadiusz Szyszkowski, Dyrektor Departamentu Koordynacji i Realizacji Zakupów w Narodowym Banku Polskim.

Wystąpienia konferencyjne zamknęła prelekcja Pani Izabeli Fundowicz, Z-cy Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, pt. *Kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*.

Przewidziany na koniec spotkania czas pytań i dyskusji został maksymalnie wykorzystany przez uczestników przedsięwzięcia. Uzyskali oni rzetelne wyjaśnienia i pomoc merytoryczną w zakresie zgłaszanych wątpliwości i pytań. Ożywiona dyskusja świadczyła o dużym zainteresowaniu prezentowanymi podczas konferencji zagadnieniami dotyczącymi praktycznych doświadczeń w sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Materiały z konferencji

Seminarium „Najważniejsze czynności procesu udzielania zamówień publicznych w świetle doświadczeń instytucji kontrolujących ten proces

14 września 2017 r. w Warszawie odbyło się seminarium zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych pt. **„Najważniejsze czynności procesu udzielania zamówień publicznych w świetle orzecznictwa i doświadczeń instytucji kontrolujących ten proces”**.

W przedsięwzięciu wzięło udział 150 przedstawicieli administracji centralnej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

Seminarium otworzyła prelekcja eksperta Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Pana Wojciecha Tokarskiego, pt. „Udzielanie zamówień publicznych przy uwzględnieniu rekomendacji CBA”, który zapoznał uczestników z rekomendacjami Centralnego Biura Antykorupcyjnego w zakresie udzielania zamówień publicznych, dotyczącymi poszczególnych etapów procesu udzielania zamówień publicznych, tj. przygotowania i prowadzenia postępowania oraz realizacji i odbioru zamówienia.

Następnie Pan Wojciech Dorabialski, Dyrektor Departamentu Ochrony Konkurencji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wygłosił prelekcję pt. „Zmowy przetargowe – jak im przeciwdziałać – doświadczenia UOKiK”, która zapoznała słuchaczy z istotnymi zagadnieniami w tym obszarze, w tym dotyczącymi roli zamawiających, Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak i legislatorów w zakresie przeciwdziałania znikom przetargowym. Przybliżył też trendy w wykrywaniu znom oraz nowości orzecnicze UOKiK.

Z kolei temat zamówień publicznych z perspektywy kontroli CUPT zaprezentowała Pani Agnieszka Pulikowska, Naczelnik w Departamencie Kontroli Centrum Unijnych Projektów Transportowych, która na konkretnych przykładach podzieliła się z uczestnikami cennym doświadczeniem, wynikającym z kontroli przeprowadzanej przez CUPT.

Kolejną prelekcję wygłosił Pan Przemysław Szellerski, Zastępca Dyrektora Biura Logistyki Ministerstwa Finansów oraz wieloletni członek Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, który przybliżył uczestnikom seminarium „Naruszenia dyscypliny finansów publicznych na przykładzie wybranych orzeczeń GKO”.

Dwie ostatnie prelekcje seminarium dotyczyły orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych. Pan Artur Kowalski, radca generalny w Urzędzie Zamówień Publicznych, zaprezentował wybrane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące zamówień publicznych.

Następnie Pani Katarzyna Prowadzisz, członek Krajowej Izby Odwoławczej, omówiła najważniejsze bieżące orzeczenia KIO dotyczące procedury udzielania zamówień publicznych.

Tematyka prelekcji budziła duże zainteresowanie uczestników seminarium, przyczyniając się do dyskusji oraz wymiany poglądów i doświadczeń dotyczących funkcjonowania w praktyce przepisów Prawa zamówień publicznych w kontekście doświadczeń płynących z kontroli procesu udzielania zamówień publicznych. Seminarium stanowiło więc cenną pomoc dla przedstawicieli zamawiających i instytucji kontroli w dążeniu do zapewnienia poprawności i efektywności udzielania zamówień publicznych.

[Materiały z seminarium](#)

➤ **Szkolenia w ramach projektu PO WER**

Szkolenia dwudniowe dot. procedur zamówień publicznych na terenie całej Polski

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 w trzecim kwartale 2017 r. dziewięć dwudniowych szkoleń dotyczących zamówień publicznych przyjaznych MSP, kryteriów oceny ofert, trybów negocjacyjnych, innowacji oraz elektronizacji zamówień publicznych.

Szkolenia odbyły się w Łodzi, Toruniu, Opolu, Krakowie, Szczecinie, Olsztynie, Poznaniu i Wrocławiu. W każdym ze szkoleń uczestniczyło 20 osób – przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej oraz instytucji kontroli.

[Terminarz szkoleń](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0016/34324/Terminarz_szkolen_2017.pdf) dostępny jest w serwisie internetowym UZP pod adresem https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0016/34324/Terminarz_szkolen_2017.pdf.

Szkolenia dot. zrównoważonych zamówień publicznych

W ramach ww. projektu odbywają się także szkolenia organizowane w Warszawie, dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych, tj. aspektów społecznych i środowiskowych w zamówieniach publicznych. W każdym z nich może wziąć udział 40 przedstawicieli instytucji zamawiających – reprezentantów administracji rządowej i samorządowej zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych oraz przedstawicieli instytucji kontrolujących udzielanie zamówień publicznych.

28 września 2017 roku w Warszawie odbyło się kolejne szkolenie poświęcone tematowi aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, organizowane przez 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. W szkoleniu wzięło udział 40 przedstawicieli instytucji zamawiających – przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej (w tym jednostek podległych), zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych oraz instytucji kontrolujących udzielanie zamówień publicznych.

Tematyka szkolenia obejmowała: aspekty społeczne w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców oraz zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

W trakcie szkolenia przedstawicielka Urzędu Zamówień Publicznych (p. Katarzyna Ołdak-Bułańska, reprezentująca Departament Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej) omówiła prawne regulacje ustawodawstwa unijnego i krajowego umożliwiające uwzględnianie aspektów społecznych na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE oraz Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowym zakresie oraz zasady związane z praktycznym stosowaniem społecznych zamówień publicznych. Mając również na uwadze wprowadzone nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku zmiany w zakresie udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, podczas szkolenia p. Katarzyna Ołdak-Bułańska zaprezentowała zasady udzielania tego typu zamówień wraz ze wskazaniem na praktyczne przykłady zapisów w dokumentacji zamówienia.

Natomiast zastosowanie wymogu zamówień zastrzeżonych na podstawie art. 22 ust 2 ustawy Pzp oraz udzielanie zamówień publicznych na usługi społeczne z punktu widzenia praktyki instytucji zamawiającej, przedstawiła Pani dr Karolina Jarosz, reprezentująca Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Kielcach.

Organizacja szkoleń promujących uwzględnianie aspektów społecznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wynika z realizacji Krajowego Planu Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017-2020.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. sprawie C-76/16 Ingsteel et Metrostav

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 ust. 1, 4 i 5 – Ekonomiczna i finansowa sytuacja oferenta – Dyrektywy 89/665/EWG i 2007/66/WE – Zaskarżenie do sądu decyzji o wykluczeniu oferenta z procedury przetargowej – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznego środka prawnego.

Przedmiotem sprawy C-76/16 był wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Ingsteel spol. s r. o. i Metrostav a.s. (zwanymi dalej łącznie „wykluczonym oferentem”) a Úrad pre verejné obstarávanie (urzędem zamówień publicznych, Słowacja) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Slovenský futbalový zväz (słowacki związek piłki nożnej, zwany dalej „instytucją zamawiającą”). Wniosek dotyczył wykładni art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 i 5 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.U. 2004, L 134, s. 114), art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 3 i 6–8 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), oraz art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”).

Postępowanie główne

W ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w dniu 16 listopada 2013 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg na realizację zamówienia publicznego dotyczącego przebudowy, modernizacji i budowy 16 stadionów piłkarskich (zwany dalej „przetargiem publicznym” lub „zamówieniem publicznym”). W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej ogłoszenie o zamówieniu, odsyłając do art. 27 ust. 1 lit. a) ustawy nr 25/2006, wymagało od każdego uczestnika przetargu złożenia oświadczenia słowackiego banku lub słowackiego oddziału zagranicznego banku o przyznaniu przez bank kredytu w kwocie co najmniej 3 mln EUR, którą ów uczestnik musi dysponować przez cały okres realizacji zamówienia publicznego. Zaświadczenie to miało mieć postać umowy pożyczki lub kredytu oraz musiało być wystawione przez osobę upoważnioną do zaciągania zobowiązań w imieniu instytucji bankowej, do której zwrócił się oferent. Wykluczony oferent aby wykazać, że spełnia opisane wymogi, przedstawił

zaświadczenie od banku z informacją o otwarciu kredytu w rachunku bieżącym na kwotę ponad 5 mln EUR oraz oświadczenie, w którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR w dniu zawarcia umowy na roboty i przez cały okres realizacji zamówienia. Wykluczony oferent podniósł obiektywną niemożność spełnienia w inny sposób ustalonych przez instytucję zamawiającą wymogów w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, opierając się na oświadczeniach słowackich banków składanych na zapytanie instytucji zamawiającej, że wiążące zobowiązanie udzielenia pożyczki, takie jak to żądane w ogłoszeniu o zamówieniu, jest możliwe jedynie wtedy, gdy transakcja kredytowa zostanie zatwierdzona i gdy zostaną spełnione wszystkie wymogi nałożone przez bank w celu zawarcia umowy pożyczki. Instytucja zamawiająca uznała, że wskazany oferent nie spełnił w szczególności wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, o których mowa w art. 27 ust. 1 lit. a) ustawy nr 25/2006, i postanowiła wykluczyć go z przetargu. Decyzję tę utrzymał w mocy urząd zamówień publicznych. Krajowy sąd w Bratysławie (sąd okręgowy w Bratysławie, Słowacja) oddalił skargę na tę decyzję wyrokiem z dnia 13 stycznia 2015 r., po czym wykluczony oferent zaskarżył ten wyrok do sądu odsyłającego, Najvyšší súd Slovenskej republiky (sądu najwyższego Republiki Słowackiej).

Pytania prejudycjalne i stanowisko Trybunału

Sąd odsyłający - Najvyšší súd Slovenskej republiky (sąd najwyższy Republiki Słowackiej) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy organ krajowy postępuje zgodnie z celem art. 47, a w szczególności jego ust. 1 lit. a) i ust. 4, dyrektywy [2004/18], w przypadku gdy stwierdza, że oferent biorący udział w zamówieniu, którego wartość szacuje się na 3 mln EUR, nie spełnia kryteriów kwalifikacji dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy dostarczone przez niego honorowe oświadczenie oraz przestana przez jego bank deklaracja świadczą o tym, że jest w stanie pobierać środki pieniężne na podstawie pożyczki bankowej bez określonego celu do limitu, którego wysokość przekracza wartość zamówienia?

2) Czy zachowanie banku w sektorze usług bankowych państwa członkowskiego, który w zobowiązaniu do udzielenia pożyczki uzależnia udostępnienie wnioskowanych funduszy od spełnienia warunków przyznania pożyczki, które nie zostały określone bardziej szczegółowo w umowie pożyczki w czasie procedury udzielania zamówienia, stanowi »uzasadnioną przyczynę« w rozumieniu art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 uniemożliwiającą oferentowi przedstawienie dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, wobec czego wspomniany oferent będzie mógł wykazać swoją sytuację ekonomiczną i finansową poprzez honorowe oświadczenie poświadczające, że umowa pożyczki między nim a jego bankiem jest wystarczająca?

3) Czy można uznać, że sąd krajowy ma do czynienia z obiektywną przeszkodą uniemożliwiającą mu zastosowanie się do art. 47 akapity pierwszy i drugi [karty] w związku z art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 3, 6, 6 i 8 dyrektywy [89/665], jeżeli musi wydać orzeczenie

w przedmiocie skargi wniesionej przez oferenta wykluczonego w drodze decyzji organu administracyjnego w dziedzinie zamówień publicznych, podczas gdy realizacja poszczególnych zamówień została prawie zakończona przez oferenta, którego oferta została wybrana?”.

W przedmiocie pytania pierwszego

Na wstępie Trybunał przypomniał, że art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę, jak w szczególności wynika z użytego w tym przepisie zwrotu „według ogólnych zasad”. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, w odróżnieniu od art. 48 omawianej dyrektywy, który ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczzone instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów, art. 47 ust. 4 wprost zezwala instytucjom zamawiającym na wybranie dokumentów poświadczających, które kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 28). Przy tym z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 wyraźnie wynika, że minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Co za tym idzie, wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, i muszą być dostosowane do wagi danego zamówienia w tym sensie, żeby obiektywnie stanowiły pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie mogą wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu (zob. podobnie wyrok z dnia 18 października 2012 r., *Édukövízig i Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, pkt 29).

Trybunał uznał, że wymóg uzyskania pożyczki celowej na realizację zamówienia jest obiektywnie właściwym środkiem zdobycia informacji o tym, że sytuacja ekonomiczna oferenta pozwala mu na właściwe wykonanie zamówienia. Jak bowiem wskazała Komisja Europejska, pożyczka celowa pozwala wykazać, że oferent faktycznie dysponuje środkami, których sam nie jest właścicielem, a które są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r., *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29). Jednocześnie wskazał, że to Sąd odsyłający powinien jeszcze upewnić się, że wymagana w ogłoszeniu o zamówieniu kwota jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia.

Z kolei jeśli chodzi o określony w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg dotyczący przyznania pożyczki na minimalną kwotę 3 mln EUR „w czasie realizacji zamówienia (48 miesięcy)” Trybunał, mimo że art. 47 dyrektywy 2004/18 nie stanowi wyraźnie, że instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, by środki niezbędne do wykonania zamówienia znajdowały się do jego dyspozycji przez cały czas realizacji zamówienia, uznał jednak, że zbadanie przestrzegania kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej przez

instytucję zamawiającą w ramach postępowania o udzielanie zamówienia oznacza, że powinna ona uzyskać pewność, iż oferent będzie rzeczywiście mógł korzystać z wszelkiego rodzaju zasobów, na których polega, w okresie objętym zamówieniem (zob. podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto utrzymanie w dyspozycji wymaganej kwoty przez czas realizacji zamówienia jest użytecznym elementem służącym ocenie, w konkretny sposób, sytuacji ekonomicznej i finansowej oferenta w stosunku do jego zobowiązań. Właściwe wykonanie zamówienia wiąże się bowiem nierozdzielnie z tym, że oferent będzie dysponował środkami finansowymi na jego realizację. W niniejszym przypadku warunek zobowiązujący oferenta do dysponowania środkami przez cały czas realizacji zamówienia może gwarantować osiągnięcie celów art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18. Jednocześnie wskazał, że to sąd krajowy powinien ocenić, czy dostarczone przez oferenta w tym celu dowody, w tym w szczególności umowa otwarcia linii kredytowej w rachunku bieżącym, mają istotny charakter.

Podsumowując, odpowiedź na pytanie pierwsze brzmi: art. 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z przetargu oferenta z tego powodu, że ów oferent nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

W przedmiocie pytania drugiego

Na wstępie Trybunał wskazał że artykuł 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 upoważnia oferentów, którzy z uzasadnionej przyczyny nie mogą przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, do udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni. W niniejszym przypadku wykluczony oferent złożył oświadczenie, w którym zaświadczał, że w przypadku wybrania jego oferty jego rachunek będzie zasilony kwotą co najmniej 3 mln EUR przez cały okres realizacji zamówienia, podnosząc, że nie ma możliwości uzyskać zaświadczenia z banku, w którym ten zobowiąże się do przyznania mu pożyczki na kwotę określoną w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zdaniem Trybunału w tym względzie to sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy wykluczony oferent obiektywnie nie miał możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów. Byłoby tak w szczególności, gdyby, oferent ten nie mógł otrzymać na Słowacji dokumentów o treści żądanej w ogłoszeniu o zamówieniu. Tylko gdyby sąd odsyłający stwierdził istnienie takiego obiektywnego braku możliwości, powinien on sprawdzić, czy instytucja zamawiająca zasadnie uznała, że oświadczenie, które przedstawił oferent, nie stanowi odpowiedniego dokumentu do celów wykazania jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Powinien także sprawdzić, zgodnie z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy w świetle jej motywu 39, że wymagany zakres informacji i zdolności jest związany

z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego oraz że kryteria kwalifikacji są stosowane w sposób niedyskryminujący.

W związku z powyższym odpowiedź na pytanie drugie brzmi następująco: art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę” w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej przy pomocy dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile oferent ten nie miał obiektywnie możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

W przedmiocie pytania trzeciego

Trybunał, biorąc pod uwagę fakt, że postanowienie odsyłające nie wskazuje żadnych przepisów krajowych mających na celu transpozycję przepisów dyrektywy 89/665 dotyczących postępowań odwoławczych i ich skutków, ze zmianami wprowadzonymi dyrektywą 2007/66, w szczególności, czy Republika Słowacka wprowadziła przepis, że – jak stanowi art. 2 ust. 6 tej dyrektywy – aby móc dochodzić odszkodowania, najpierw musi zostać stwierdzona nieważność kwestionowanej decyzji, czy też – jak zezwala art. 2 ust. 7 akapit drugi tej dyrektywy – że po zawarciu umowy uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań oraz jest nieprecyzyjne w zakresie stanu faktycznego sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, dotyczącego przedmiotu odwołania wniesionego przez wykluczonego oferenta oraz powodów, dla których postępowanie o udzielenie zamówienia toczyło się dalej, mimo że odwołanie od decyzji instytucji zamawiającej było w toku, nie był w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi na trzecie z przedstawionych pytań, które było w związku z tym niedopuszczalne.

Sentencja wyroku Trybunału

1) Artykuł 47 ust. 1 lit. a) i art. 47 ust. 4 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 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie wykluczeniu przez instytucję zamawiającą z przetargu oferenta z tego powodu, że ów oferent nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ustanowionego w ogłoszeniu o zamówieniu, odnoszącego się do przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia.

2) Artykuł 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy ogłoszenie o zamówieniu wymaga przedstawienia zaświadczenia z banku, który zobowiązuje się w nim do przyznania pożyczki w kwocie określonej w tym ogłoszeniu o zamówieniu i do zagwarantowania, że oferent będzie dysponował tą kwotą przez cały czas realizacji zamówienia, okoliczność, że banki, do których wystąpi oferent, nie uznają, że są w stanie wystawić oferentowi zaświadczenie w takim właśnie brzmieniu, może stanowić „uzasadnioną przyczynę” w rozumieniu tego przepisu, uprawniającą w odpowiednim razie tego oferenta do wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą dowolnego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni, o ile oferent ten nie miał obiektywnie możliwości przedstawienia żądanych przez instytucję zamawiającą dokumentów, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

2. Orzeczenie z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem – Zamówienia publiczne – Zasady udzielania zamówień – Równość traktowania oferentów – Termin związania ofertą i okres ważności wadium – Przedłużenie nieprzewidziane w wyraźny sposób – Wykluczenie z przetargu.

W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę utrzymania drogi ekspresowej wokół Poznania. Termin związania wykonawców ofertą w tym postępowaniu miał wynosić 90 dni. W toku postępowania zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o 60 dni. Następnie większość wykonawców samodzielnie przedłużała termin związania ofertą, przedłużając jednocześnie okres ważności wadium, aż do czasu rozstrzygnięcia postępowania. Zamówienie zostało udzielone Przedsiębiorstwu Budownictwa Drogowego S.A. i Zakładowi Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. Od tej decyzji zamawiającego odwołali się wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., podnosząc, że wykonawcy, którzy nie przedłużali samodzielnie terminu związania ofertą po upływie dodatkowych 60 dni, powinni byli zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza, przed którą zawiśł spór, zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, a także możliwości zawarcia umowy z takim wykonawcą, jak również dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, w świetle zasad udzielania zamówień publicznych wymienionych w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, tj. zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz

działania w sposób przejrzysty, i wynikającej z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: Traktat, zasady proporcjonalności.

Trybunał, na wniosek sędziego sprawozdawcy i po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, uznał, że odpowiedź na pytania postawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odesłaniu prejudycjalnym może być wywiedziona w sposób jednoznaczny z dotychczasowego orzecznictwa, w szczególności z wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl*, ECLI:EU:C:2016:404, i na podstawie art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem orzekł w tej sprawie w drodze postanowienia z uzasadnieniem.

W omawianym wyroku Trybunał w pierwszej kolejności zauważył, że pytania zadane przez sąd odsyłający należy rozpatrywać łącznie, i przeformułował je, uznając, że Izba dążyła w istocie do ustalenia, po pierwsze, czy art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w przypadku gdy wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności ustanowionego jako zabezpieczenie oferty wadium, bez możliwości przerwy, do dnia zawarcia umowy.

Trybunał następnie przypomniał, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich wykonawców były poddane tym samym warunkom. Poza tym zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na wykonawcach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z warunkami, na jakich prowadzone jest postępowanie, oraz mieć pewność, że takie same wymagania obowiązują wszystkich konkurentów. Trybunał przypomniał ponadto, że dyrektywa 2004/18/WE nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o podstawach wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (zob. załącznik VII A, część dotycząca ogłoszenia o zamówieniu, pkt 17), a także że zamawiający ma obowiązek przestrzegać ustalonych przez siebie kryteriów.

W ocenie Trybunału podstawa wykluczenia wykonawcy wynikająca z orzecznictwa i praktyki jest szczególnie niekorzystna dla wykonawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem wiedzy krajowych wykonawców.

W cyt. wyroku w sprawie *Pippo Pizzo* Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub z obowiązującej

krajowej ustawy, lecz z wykładni, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tym zakresie luk.

Trybunał zauważył, że z postanowienia odsyłającego wynikało, że wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie było wyraźnie przewidziane w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak podkreślał sąd odsyłający, mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających.

W konsekwencji w postanowieniu w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex* Trybunał uznał, że art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Omawiane postanowienie Trybunału oznacza zatem, że nie jest dopuszczalne wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli podstawa wykluczenia nie wynika z przepisów prawa ani warunków zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ocena skutków orzeczenia w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex* w polskim systemie prawnym

Powyższe ustalenie Trybunału w świetle obowiązujących w polskim porządku prawnym przepisów nie ma jednak odniesienia do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, a także możliwości zawarcia umowy z wykonawcą mimo upływu terminu związania ofertą, jak również dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przestanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (aktualnie odrzucenia jego oferty) zostały bowiem wprost przewidziane w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), dalej: ustawa.

Przed wskazaniem regulacji prawnych przewidzianych w przepisach ustawy, a odnoszących się wprost do problematyki związania ofertą, celem pełnego zobrazowania tej tematyki warto w pierwszej kolejności wskazać na przepisy Kodeksu cywilnego, które w świetle art. 14 ust. 1 ustawy mają zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego i wykonawców, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. I tak oferta została zdefiniowana w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego jako oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. W myśl art. 66 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać,

gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie, zaś oferta złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia. Z przytoczonych przepisów wynika, że Kodeks cywilny przewiduje związanie oferenta treścią złożonej oferty. Związanie jest zatem koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego. Stanowi to jeden z najważniejszych skutków prawnych oferty i oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy wyłącznie do drugiej strony (oblata). Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty oblat będzie mógł domagać się od oferenta wykonania zawartej umowy (zob. Wojewoda M. *Komentarz do art. 66 Kodeksu cywilnego* [w:] Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.), Giesen B., Katner W.J., Lewaszkiewicz-Petrykowska B., Majda R., Michniewicz-Broda E., Pajor T., Promińska U., Robaczyński W., Serwach M., Świdorski Z., Wojewoda M. „Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna”, LEX, 2014). Natomiast bezskuteczny upływ terminu związania ofertą przed jej przyjęciem jest równoznaczny z końcem bytu oferty jako takiej. Przenosząc powyższe na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia proponowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po złożeniu oferty decyzja o jej przyjęciu i zawarciu umowy należy do zamawiającego. Właśnie ze względu na stan związania, w razie przyjęcia oferty, zamawiający będzie mógł domagać się od wykonawcy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W piśmiennictwie wskazuje się, że oferta prawidłowo wybrana od razu przekształca się w swoistą umowę przedwstępną, zobowiązującą do zawarcia przyrzeczonej umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. Szostak R. *Charakter oferty przetargowej* [w:] Sadowy J. (red.), Jędrzejewski R., Niczyporuk J., Nowicki H., Nowicki P., Sołtyśńska A., Szostak R., Wierzbowski M. „System zamówień publicznych w Polsce”, UZP, 2013, str. 221 i nast.). Natomiast upływ terminu związania ofertą sprawia, że nie można już mówić o istnieniu tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Spośród przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych dla zagadnienia związanego z tematem związania ofertą poruszonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w odesłaniu prejudycjalnym istotne są zwłaszcza przepisy art. 85 i art. 89 ust. 1 pkt 7a, 7b i 8 ustawy. Przepis art. 85 ust. 1 ustawy wskazuje, że maksymalna długość okresu związania ofertą może wynosić 30, 60 albo 90 dni, w zależności od wartości zamówienia. Zarazem zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy wykonawca może – samodzielnie lub na wniosek zamawiającego – przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Przepis art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy precyzuje, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W myśl art. 85 ust. 4 zdanie drugiej ustawy, jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą

dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt 7a, 7b i 8 ustawy zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę w następujących przypadkach: (i) wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, (ii) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, (iii) oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Dodatkowo należy przypomnieć, że przed dniem 28 lipca 2016 r. obowiązywał przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, który przewidywał obowiązkowe wykluczenie z udziału w postępowaniu: (i) wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, (ii) wykonawcy, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą lub (iii) wykonawcy, który nie wniósł wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (tj. w sytuacji ponownego wniesienia wadium w szczególnej sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 3 w zw. z art. 46 ust. 1 ustawy), albo (iv) wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. W tym miejscu należy zauważyć, że wspomniany przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przestał obowiązywać wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Obecnie w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą. Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji.

Odnosząc się z kolei do możliwości zawarcia po upływie terminu związania ofertą umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana, zanim termin związania upływał, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że wybór oferty najkorzystniejszej, który nie został podważony, determinuje formalne udzielenie zamówienia publicznego poprzez podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy wynika, że celem postępowania jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Tym samym zawarcie umowy jest możliwe jedynie z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym względzie Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08, stwierdził jednoznacznie, że upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na marginesie można dodatkowo wskazać, że taka możliwość wynika wprost z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Nawet jeśli zamawiającemu nie przysługuje już roszczenie o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo złożona

w toku postępowania oferta przestała wiązać wykonawcę, nic nie stoi na przeszkodzie, by przedmiotowa umowa została zawarta, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, zanim termin związania upłynął, wyrazi taką wolę. O ile bowiem zamawiający jest związany wynikiem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego wyborem oferty najkorzystniejszej, o tyle w przypadku wykonawcy, którego oferta nie wiąże z powodu upływu terminu związania, z zasady autonomii woli stron wynika, że jeżeli wciąż jest zainteresowany zawarciem umowy w sprawie zamówienia, może taką umowę zawrzeć.

Z kolei wadium, uregulowane w art. 45 i 46 ustawy, ma na celu przede wszystkim zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych zamawiającego w przypadku uchylenia się wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, od zawarcia umowy. Na mocy art. 46 ust. 5 ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami w szczególności w przypadku, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto wadium zostanie zatrzymane, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dodatkowo przepis art. 46 ust. 4a ustawy przewiduje sankcję zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami w przypadku, gdy wykonawca, który został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu i spełnianie przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań zamawiającego lub pełnomocnictw, nie uzupełni tych oświadczeń czy dokumentów lub gdy wykonawca nie wyrazi zgody na poprawienie innych niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z uwagi na powyższe funkcje wadium powinno być ustanowione i utrzymywane przez cały okres związania ofertą. Na gruncie prawa cywilnego, w myśl art. 70⁴ Kodeksu cywilnego, wadium stanowi warunek udziału w aukcji albo przetargu, w związku z czym niewniesienie wadium powoduje, że udział w przetargu albo aukcji jest niemożliwy, a ewentualne oferty nie wywołują skutków prawnych (zob. Robaczyński W. *Komentarz do art. 70⁴ Kodeksu cywilnego* [w:] Książak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.) *op.cit.*). W postępowaniu o udzielenie zamówienia niewniesienie przez wykonawcę wadium powoduje, że jego udział w postępowaniu jest niemożliwy, przez co jego oferta podlega odrzuceniu. W obowiązującym stanie prawnym, w myśl art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, o ile zamawiający żądał wniesienia wadium.

Podsumowując, związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ustanowienie wadium ma na celu w szczególności zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z wynikających z oferty zobowiązań. Zarówno konieczność przedłużenia

terminu związania ofertą, jak i – w przypadkach gdy zamawiający wymaga wniesienia wadium – obowiązek jego ustanowienia bądź przedłużenia przez wykonawcę wynikają wprost z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i regulacji Kodeksu cywilnego. Z kolei możliwość zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą została już w 2010 r. potwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny. Nie można zatem w sposób zasadny twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim wykonawcą, czy żądanie przez zamawiającego, by wykonawca przedłużył okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Tymczasem pytania zadane przez sąd odsyłający opierały się na takim błędnym założeniu.

3. Orzeczenie z dnia 14 września 2017 r. w sprawie C-223/16 Casertana Costruzioni

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 – Oferent powołujący się na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia wymogów organu zamawiającego – Utrata przez wspomniane podmioty wymaganych zdolności – Uregulowanie krajowe przewidujące wykluczenie oferenta z postępowania przetargowego i udzielenie zamówienia konkurentowi

Przedmiotem sprawy C-223/16 był wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w ramach sporu pomiędzy Casertana Costruzioni Srl (zwaną dalej „Casertaną”) a Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (ministerstwem infrastruktury i transportu – międzyregionalnym urzędem ds. zamówień publicznych Kampanii i Molise, Włochy) i Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S. (kampańską regionalną agencją ochrony gruntów, Włochy) w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia na planowanie wykonawcze, koordynację bezpieczeństwa w fazie planowania i realizacji robót budowlanych związanych z projektem „La Bandiera Blu” regionu nadbrzeżnego Domizio. Wniosek dotyczył wykładni art. 47 i 48 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.U. 2004, L 134, s. 114), art. 63 dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

Postępowanie główne

W czerwcu 2013 r. międzyregionalny urząd ds. zamówień publicznych Kampanii i Molise, działając z upoważnienia regionalnej spółki Kampanii ds. ochrony gruntów, wszczął otwarte postępowanie przetargowe o zasięgu europejskim w celu udzielenia zamówienia na planowanie wykonawcze, koordynację bezpieczeństwa w fazie planowania i realizacji robót budowlanych związanych z projektem „La Bandiera Blu” regionu nadbrzeżnego Domizio.

W specyfikacji warunków zamówienia sprecyzowano, że dla udziału w postępowaniu przetargowym konieczne jest uzyskanie od Società Organismo di Attestazione (spółki certyfikacyjnej) zaświadczenia o kwalifikacjach wymaganych do świadczenia usług polegających na planowaniu i wykonywaniu należących do określonych kategorii. Casertana uczestniczyła w przetargu w ramach będącego w trakcie tworzenia tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw jako lider i pełnomocnik i oświadczyła, że jeżeli chodzi o kwalifikacje wymagane przez dekret ustawodawczy nr 163, może ona wskazać na kwalifikacje dwóch przedsiębiorstw pomocniczych, z których jednym było Consorzio Stabile GAP. W trakcie postępowania i po zakończeniu etapu dopuszczenia do przetargu wspomniane przedsiębiorstwo pomocnicze utraciło wymaganą dla danej kategorii usług klasyfikację, tak że musiało zostać zaklasyfikowane jedynie do niższej kategorii usług. Decyzją z dnia 8 października 2014 r. zamówienie zostało udzielone tymczasowemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw kierowanemu przez Consorzio Stabile Infratech, podczas gdy tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, na którego czele stała Casertana, zostało zaklasyfikowane na drugim miejscu. Ostatnia z wymienionych spółek wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalnego sądu administracyjnego dla Kampanii, Włochy), kwestionując pod wieloma względami sporną decyzję o ostatecznym udzieleniu zamówienia. Następnie tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, któremu udzielono zamówienia, wniosło skargę wzajemną zmierzającą do wykluczenia skarżącej w postępowaniu głównym, podnosząc, że powinna ona zostać wykluczona z przetargu z tego powodu, iż jej przedsiębiorstwo pomocnicze utraciło w trakcie postępowania przetargowego klasyfikację wymaganą dla uczestnictwa w przetargu. W obronie skarżąca w postępowaniu głównym podniosła, że owa utrata klasyfikacji przypisywana przedsiębiorstwu pomocniczemu stanowiła przypadek siły wyższej i nie mogła powodować automatycznego wykluczenia jej stowarzyszenia. Wyrokiem z dnia 27 marca 2015 r. Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionalny sąd administracyjny dla Kampanii) uznał skargę wzajemną złożoną przez tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, któremu udzielono zamówienia, poprzez uznanie pierwszego zarzutu, twierdząc, że utrata kwalifikacji dla wymaganego zaklasyfikowania przez przedsiębiorstwo pomocnicze w trakcie postępowania przetargowego skutkowałą wykluczeniem stowarzyszenia skarżącej w postępowaniu głównym z tego postępowania. Ponadto sąd ten uznał, że argumenty skarżącej w postępowaniu głównym dotyczące zaistnienia przypadku siły wyższej nie miały znaczenia. W dniu 8 lipca 2015 r. Casertana wniosła odwołanie od tego wyroku do Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy).

Pytanie prejudycjalne i stanowisko Trybunału

Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zastąpione przez art. 63 dyrektywy 2014/24 [...], stoją na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania, które wyklucza

– lub może być interpretowane w ten sposób, że wyklucza – możliwość wskazania przez podmiot gospodarczy, czyli podmiot uczestniczący w przetargu, innego przedsiębiorstwa w miejsce tego, które zostało pierwotnie wybrane jako »przedsiębiorstwo pomocnicze« i które utraciło w całości lub w części zdolności wymagane do udziału w tym przetargu, co powoduje wykluczenie tego wykonawcy z przetargu z powodu zdarzenia, którego nie można mu przypisać ani obiektywnie, ani subiektywnie?».

W przedmiocie zastosowania art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24

Na wstępie Trybunał przypominał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy w celu udzielenia zamówienia publicznego istnieje obowiązek wcześniejszego ogłoszenia przetargu. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83).

W sprawie głównej ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 7 czerwca 2013 r. do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i opublikowane w dniu 10 czerwca 2013 r. w *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (dzienniku urzędowym Republiki Włoskiej), podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta w dniu 26 lutego 2014 r., a w każdym razie termin na jej transpozycję upłynął zgodnie z jej art. 90 w dniu 18 kwietnia 2016 r. W tych okolicznościach, w czasie opublikowania spornego w postępowaniu głównym ogłoszenia o przetargu w czerwcu 2013 r., dyrektywa 2014/24 nie miała zastosowania *ratione temporis*. Jeżeli chodzi o to, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający w szczególności wspomnianemu art. 48 ust. 3, Trybunał zauważył, że przepis ten został sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie, w jaki sposób podmiot gospodarczy może powoływać się na zdolności innych podmiotów w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 87, 88). Z kolei art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że podmioty gospodarcze mogą powoływać się na środki i możliwości innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne” (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 89), oraz że „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”. Artykuł 63 dyrektywy 2014/24/UE wprowadza zatem istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na środkach i zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 90). W rzeczywistości bowiem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy

2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 91).

W tych okolicznościach Trybunał orzekł, że wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 92).

W przedmiocie art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18

Trybunał przypominał, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 35). Tym samym z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 36). Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia 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. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyroki: z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 37).

Odnosnie do zmian dotyczących wyłonionych podmiotów Trybunał orzekał już, że decyzja dotycząca zezwolenia na zmianę składu wyłonionej grupy oznacza zmianę w stosunku do decyzji o udzieleniu zamówienia, która może być uznana za istotną, o ile w świetle

szczególnych okoliczności odnośnego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dotyczy ona jednego z istotnych elementów wpływających na przyjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia. W tej sytuacji należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia (wyrok z dnia 8 maja 2014 r., *Idrodinamica Spurgo Velox i in.*, C-161/13, EU:C:2014:307, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto w dziedzinie umów koncesyjnych Trybunał orzekł, że zmiana podwykonawcy, nawet jeżeli przewidziano możliwość takiej zmiany w treści umowy, może w wyjątkowych wypadkach stanowić zmianę jednego z istotnych elementów umowy koncesyjnej, w sytuacji gdy skorzystanie z usług określonego podwykonawcy, nie zaś innego, stanowiło, zważywszy na cechy charakterystyczne świadczenia będącego przedmiotem umowy, czynnik rozstrzygający o zawarciu umowy (wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r., *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 39).

W związku z powyższym Trybunał wskazał, że nieprzewidziane przyznanie wyłącznie jednemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw możliwości zastąpienia należącego do tego stowarzyszenia przedsiębiorstwa trzeciego, które utraciło klasyfikację wymaganą pod sankcją wykluczenia, stanowiłoby istotną zmianę oferty i tożsamości samego stowarzyszenia. W rzeczywistości bowiem taka zmiana oferty zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do przystąpienia do nowych kontroli przy jednoczesnym przyznaniu korzyści konkurencyjnej temu stowarzyszeniu, które mogłoby usiłować zoptymalizować swoją ofertę w celu skuteczniejszego stawienia czoła ofertom konkurencyjnym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą równego traktowania, która nakazuje, aby oferenci mieli jednakowe szanse przy formułowaniu swych ofert, i wymaga, by oferty te podlegały tym samym warunkom dla wszystkich oferentów, oraz stanowiłaby zakłócenie zdrowej i skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami uczestniczącymi w przetargu.

Jeżeli chodzi natomiast o argument siły wyższej podniesiony przez Casertanę, Trybunał stwierdził, że o ile dyrektywa 2004/18, pozwala oferentowi na poleganie – oprócz swoich własnych zdolności – na zdolnościach jednego lub kilku podmiotów trzecich w celu spełnienia kryteriów ustalonych przez instytucję zamawiającą, o tyle jednak ów oferent pozostaje odpowiedzialny jako lider stowarzyszenia przedsiębiorstw za przestrzeganie przez te przedsiębiorstwa obowiązków i warunków uczestnictwa w przetargu ustanowionych przez instytucję zamawiającą w dokumentacji danego postępowania o udzielenie zamówienia.

Sentencja wyroku Trybunału

Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu wykluczającemu możliwość zastąpienia przez podmiot gospodarczy uczestniczący w przetargu przedsiębiorstwa pomocniczego, które utraciło wymagane kwalifikacje po złożeniu jego oferty, czego konsekwencją jest automatyczne wykluczenie tego podmiotu.

OPINIE PRAWNE

Czy informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (nazwa i adres wykonawcy, informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunki płatności zawarte w ofercie). Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, informacja ma charakter technologiczny, o ile dotyczy szeroko rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą (por.: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. – I CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. – I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. – I CKN 89/01).

Ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. W przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa czynność ta musi zostać poddana ocenie przez zamawiającego pod względem jej skuteczności. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji (por. wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1187/13). Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca zastrzegł oraz wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakaz ujawniania przez zamawiającego informacji, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi ograniczenie zasady jawności postępowania,

wskazanej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ograniczenie stosowania przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie z zamiarem utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom. Zamawiający ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. Jak wynika z uzasadnienia ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), „przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2017 r. (sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17) uznała, że udostępnienie na stronie internetowej wykonawcy powszechnie dostępnej listy klientów wyklucza uznanie takiej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Izba uznała, że dołączone przez wykonawcę referencje – z uwagi na fakt, że z istoty swej służą do prezentowania innym, potencjalnym kontrahentom wykonawcy jako profesjonalnego i rzetelnego partnera – nie mogą być powodem wyłączenia zasady jawności. W powyższym wyroku Izba uznała, że nie ma kategorii dokumentów, która z samej definicji podlegałaby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca jest zatem zobowiązany wykazać, że informacje te zasługują na ochronę. Niewykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do ich ujawnienia.

Z kolei w wyroku z dnia 13 października 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt: KIO 1835/16) wskazała, że wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że to na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę. Przebieg analizy i ostateczna decyzja zamawiającego w zakresie utajnienia zastrzeżonych dokumentów mogą się przy tym w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znacząco różnić – w zależności od treści żądań wykonawcy i wagi przedstawionych przez niego informacji.

Usuwanie skutków nawałnic z dnia 11 sierpnia 2017r. w świetle przepisów ustawy Pzp

Na wstępie należy zauważyć, iż jeśli określony podmiot jest zobligowany do stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 j.t.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, oraz nie zachodzą podstawy do wyłączenia stosowania tej ustawy przewidziane w art. 4 – 4d, to zamawiający zobowiązany jest udzielić zamówienia publicznego w jednym z trybów przewidzianych w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Należy także zaznaczyć, iż ustawa Pzp nie przewiduje instytucji wystąpienia o zwolnienie z procedur jej stosowania. Co do zasady zamawiający udziela zamówienia publicznego w jednym z trybów podstawowych, jakimi są przetarg nieograniczony i ograniczony. Natomiast jeżeli zaistnieją przesłanki określone w ustawie Pzp, zamawiający może także udzielić zamówienia publicznego w innym trybie, np. z wolnej ręki.

Zgodnie z artykułem 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jak wynika z brzmienia przepisu przytoczonego powyżej, ww. tryb ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych powodujących konieczność natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. W powyższym przepisie mowa jest zatem o wyjątkowej sytuacji, mającej charakter zewnętrzny, nieprzewidywalny, z której wynika obowiązek natychmiastowego działania kosztem zachowania przewidzianych ustawą terminów. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak: klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie,

niespodziewane wypadki itp. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie natomiast zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, także wynikłe na skutek zdarzenia nieprzewidywalnego, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny tryb uproszczony niż zamówienie z wolnej ręki, mianowicie tryb negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałań lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące ogłoszeń o zamówieniu - wybrane zagadnienia w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (j.t. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwana dalej „ustawą Pzp”, przewiduje, iż ogłoszenia zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych lub publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Ustawa Pzp przewiduje następujące rodzaje ogłoszeń, do których zaliczyć można:

- 1) ogłoszenia informacyjne określone w art. 13 ustawy Pzp, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oraz okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych określone w art. 135 ustawy Pzp;
- 2) ogłoszenie o zamówieniu dla poszczególnych trybów udzielania zamówień publicznych wszczynanych za pomocą wskazanego ogłoszenia – dla przetargu nieograniczonego (art. 40 ustawy Pzp), przetargu ograniczonego (art. 48 ustawy Pzp), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ustawy Pzp), dialogu konkurencyjnego (art. 60 c ustawy Pzp), partnerstwa innowacyjnego (art. 73 c ustawy Pzp), licytacji elektronicznej (art. 75 ustawy Pzp);
- 3) ogłoszenie o konkursie określone w art. 115 ustawy Pzp;
- 4) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia określone w art. 95 ustawy Pzp.

Celem publikacji wskazanych ogłoszeń jest zapewnienie jak najszerszemu kręgowi podmiotów występujących na rynku, powszechnie dostępnej informacji o aktualnie udzielanych zamówieniach, natomiast zamawiającemu uzyskanie dostępu do kręgu potencjalnych wykonawców, dla których publikacja ogłoszenia o zamówieniu jest podstawowym źródłem wiedzy o zamówieniach.

Ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszcza się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie

o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE (dostępne pod adresem <http://simap.ted.europa.eu/>) i ust. 3 załącznika IX do dyrektywy 2014/25/UE (dostępne pod adresem <http://simap.eu.int/>). Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, jest rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), zwane dalej „rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986”, które weszło w życie w dniu 18 kwietnia 2016 r. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 traci moc ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. Zatem obecnie zamawiający zobowiązani są przygotować ogłoszenie zgodnie z odpowiednim wzorem załącznika do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania stanowi naruszenie art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w związku z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986. Odnosząc się do art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wskazać należy, że obecnie obowiązuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. poz. 2263).

Platformą internetową Europejskich Zamówień Publicznych jest „eNotices” (dostępne pod adresem <http://simap.europa.eu/enotices/changeLanguage.do?language=pl>). Zgodnie z treścią informacji i wskazówek zamieszczonych na tej platformie: *„Jest to narzędzie online umożliwiające przygotowywanie ogłoszeń o zamówieniach publicznych i publikowanie ich w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. eNotices zapewnia dostęp do wszystkich standardowych formularzy używanych w europejskich zamówieniach publicznych. Ten bezpłatny serwis pozwala na pracę w warunkach spersonalizowanych oraz przyspiesza proces przygotowania i publikacji ogłoszeń o przetargach. (...) Aby korzystać z serwisu należy się zarejestrować. (...) Standardowe formularze ustanowione rozporządzeniem (UE) 2015/1986 i objęte zakresem dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE są już dostępne w aplikacji internetowej eNotices. Aby mieć dostęp do odpowiednich formularzy, proszę wybrać stosowne dyrektywy w swoim profilu użytkownika”*. Jak wynika z powyższego, platforma internetowa zapewnia dostęp do wszystkich standardowych formularzy używanych w europejskich zamówieniach publicznych, a praca poszczególnych zamawiających na tym portalu odbywa się w warunkach spersonalizowanych. W trakcie pracy informacje zawarte w profilu użytkownika są uwzględniane automatycznie w konfigurowaniu ogłoszenia. Portal ten udostępnia zarówno standardowe formularze ustanowione rozporządzeniem nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r., jak i formularze ustanowione rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986.

Ponadto, w dniu 17 kwietnia 2016 r. na stronie www.uzp.gov.pl zostały opublikowane zalecenia Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania wchodzących w życie z dniem

18 kwietnia 2016 r. dyrektyw UE, tj.: „Komunikat dotyczący obowiązywania dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku”. Zgodnie z treścią pkt. 5 ww. komunikatu w zakresie publikacji ogłoszeń została zamieszczona następująca informacja: „przesyłanie ogłoszeń do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej jest możliwe wyłącznie drogą elektroniczną, w formie przewidzianej przez Komisję Europejską w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy podkreślić, że od dnia wejścia w życie dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku, tj. od dnia 18 kwietnia 2016 r. platforma „eNotices” udostępnia formularze dotyczące ogłoszeń, zgodne z nowym stanem prawnym. Zamawiający winien każdorazowo stosować te dokumenty i formularze, które wynikają z obowiązującego stanu prawnego.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, zamieszczenie ogłoszeń, w sposób określony w ust. 5 ustawy Pzp, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w art. 11 ust. 7c ustawy Pzp, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Ponadto, ogłoszenia, o których mowa w art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, nie mogą zawierać innych informacji niż informacje zawarte w ogłoszeniach przekazanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W ogłoszeniach tych należy wskazać datę przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zamawiający jest obowiązany udokumentować zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w szczególności przechowywać dowód zamieszczenia lub przekazania tego ogłoszenia.

Ogłoszenia dotyczące zamówień o wartości, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, powinny być publikowane w jednolitym formacie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tak aby wykonawcy z wszystkich państw Unii Europejskiej mieli możliwość składania ofert dotyczących wskazanych zamówień. Powyższe ma na celu zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie Unii, co stanowi poszanowanie zasady równego traktowania wykonawców. Określona zasada nie zostałaby zachowana, gdyby na poziomie krajowym ogłoszenie było zamieszczone przed publikacją w unijnym publikatorze.

Zgodnie z dyspozycją art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie także do innych niż przetarg nieograniczony, trybów udzielania zamówień publicznych, zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Ponadto, zamawiający w zależności od wartości zamówienia zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, bądź przekazuje ogłoszenie o zamówieniu

Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Publikacja ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym stanowi poszanowanie głównych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Ogłoszenie o zamówieniu, wskazane w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącym przetargu nieograniczonego, stanowiącego jeden z podstawowych trybów udzielania zamówień, zawiera co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;
 - 2) określenie trybu zamówienia;
 - 3) adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia;
 - 4) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych;
 - 5) informację o możliwości lub wymogu złożenia oferty wariantowej;
 - 6) termin wykonania zamówienia;
 - 7) warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia;
- 7a) wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia;
- 8) informację na temat wadium;
 - 9) kryteria oceny ofert i ich znaczenie;
 - 10) termin składania ofert, adres, na który oferty muszą zostać wysłane, oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone;
 - 11) termin związania ofertą;
 - 12) informację o zamiarze zawarcia umowy ramowej;
 - 13) informację o zamiarze ustanowienia dynamicznego systemu zakupów wraz z adresem strony internetowej, na której będą zamieszczone dodatkowe informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
 - 14) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z adresem strony internetowej, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna;
 - 15) informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

Wskazany przepis zawiera wykaz informacji, które zamawiający powinien zamieścić w ogłoszeniu, tak aby potencjalni wykonawcy już na etapie ogłoszenia o zamówieniu byli w stanie ocenić możliwość swojego udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyszczególnione informacje, stanowią katalog otwarty, zatem zamawiający może zamieścić w ogłoszeniu dodatkowe informacje. Jednakże z uwagi na zawarte we wstępie do wyliczenia określenie „co najmniej” uznać należy, że zawarte w pkt.

od 1 – 15 informacje w zależności od okoliczności stanowią minimalny zakres informacji jakie zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w ogłoszeniu.

Wskazany minimalny zakres informacji, który powinien znaleźć się w treści ogłoszenia rodził wiele wątpliwości, co do prawidłowego wypełnienia normy wynikającej z treści art. 41 ustawy Pzp. W dniu 8 września 2017 r. na stronie www.uzp.gov.pl został opublikowany „Komunikat dotyczący wypełnienia normy prawnej wynikającej z treści art. 41 ustawy Pzp w związku ograniczeniami w standardowych formularzach służących do publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”. Ponadto na stronie internetowej Urzędu, zamieszczono stanowisko Ministerstwa Rozwoju z dnia 25 sierpnia 2017 r. przygotowane w uzgodnieniu z Urzędem Zamówień Publicznych skierowane do instytucji zaangażowanych w proces wdrażania programów operacyjnych szczegółowo odnoszące się do przedmiotowej kwestii.

Jak już wyżej wskazano, w zakresie postępowań, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, zamawiający zobowiązany jest przygotować ogłoszenia dotyczące prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych. Aktualnie obowiązujący interaktywny formularz ogłoszenia o zamówieniu, udostępniany przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej wprowadził ograniczenia w postaci limitów znaków dla poszczególnych sekcji informacyjnych. Jak wynika z ww. komunikatu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „(...) zasadnym jest, aby zamawiający w przypadku, w którym nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp w odpowiedniej sekcji formularza ogłoszenia, wykorzystywali w tym celu również - przewidziane we wzorze ogłoszenia - sekcje dedykowane informacjom dodatkowym. Natomiast jeżeli z uwagi na charakter zamówienia, jego przedmiot lub wymagania zamawiającego, w dalszym ciągu niemożliwe jest opublikowanie w treści ogłoszenia wszystkich niezbędnych informacji, w tym także w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym, zasadnym może być również zamieszczenie w treści ogłoszenia odesłania do strony internetowej, na której opublikowana została treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej powyższe rozwiązanie stanowi wyjątek od zasady publikacji informacji określonych ww. przepisem i możliwe jest do zastosowania w szczególności z uwagi na ww. ograniczenia techniczne. Biorąc pod uwagę wskazane ograniczenia co do ilości znaków w poszczególnych sekcjach ogłoszenia o zamówieniu, za wypełnienie normy wynikającej z art. 41 ustawy Pzp w zakresie obowiązku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia oraz wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia może być uznane przywołanie przepisów (jednostek redakcyjnych ustawy/rozporządzenia) bez przytaczania ich brzmienia.”

Ustawa Pzp przewiduje również możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu poprzez zamieszczenie sprostowania lub ogłoszenie zmian. W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Należy wskazać, iż w przypadkach, gdy zamawiający dokona zmiany ogłoszenia, które podlega publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, informacje o zmianie na stronie internetowej zamieszcza niezwłocznie po przekazaniu ogłoszenia o zmianie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej (art. 12a ust. 3 ustawy Pzp). Jeżeli informacja na stronie internetowej zostanie zamieszczona w dniu przekazania, wówczas należy mieć na uwadze, że jest to przepis szczególnie odnoszący się do zmiany ogłoszeń, a zatem w tym przypadku nie będzie miał zastosowania przepis art. 11 ust. 7d ustawy Pzp.

Zamawiający jest zobligowany do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. We wskazanym przypadku zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, bądź przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 95 ustawy Pzp, który reguluje kwestię ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej, w zależności od wartości zamówienia, zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Celem dokładnego zobrazowania wskazanego zagadnienia poniżej zaprezentowano naruszenia przepisów ustawy Pzp popełnione przez zamawiających.

Przykład nr 1 (KU/59/17/DKZP)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 9 maja 2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („*Ogłoszenie o zamówieniu*”) do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. *ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1564/2005* (Dz.U. L 222 z 27.08.2011). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r.

Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w akcie wykonawczym Komisji Europejskiej ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień

wydanym na podstawie art. 51 ust. 1, art. 75 ust. 3 i art. 79 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, art. 71 ust. 1, art. 92 ust. 3 i art. 96 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8. Aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania (tj. 11.05.2017 r.), było rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. *ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011* (Dz.U. L 296 z 12.11.2015), które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. Zgodnie z art. 8 rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986, rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 utraciło moc obowiązującą ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. Począwszy więc od daty 18 kwietnia 2016 r. zamawiający zobowiązani są do stosowania nowych formularzy ogłoszeń wprowadzonych rozporządzeniem wykonawczym nr 2015/1986.

Zamawiający zatem zobowiązany był w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania przygotować ogłoszenie o zamówieniu zgodnie ze wzorem załącznika nr II („*Ogłoszenie o zamówieniu*”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986. Natomiast, publikując ogłoszenie o zamówieniu na formularzu nieobowiązującym w dniu wszczęcia postępowania naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986.

Do przedmiotowej kontroli zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 2 (KU/25/17/DKZP)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 24 kwietnia 2017 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na druku stanowiącym załącznik nr II („*Ogłoszenie o zamówieniu*”) do rozporządzenia wykonawczego nr 2015/1986 i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015). Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2017 r. Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

W toku kontroli przedmiotowego postępowania ustalono, iż zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp do udzielania zamówień publicznych jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. inna, niż określone w pkt 1, osoba prawna, utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym

niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Należy także zauważyć, że przedmiotem kontrolowanego postępowania była budowa nowej sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej, co wskazywało, że zamówienie udzielane jest w celu tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami (art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) oraz jest związane z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków (art. 132 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Powyższe pozwoliło na stwierdzenie, że zamawiający ma status zamawiającego sektorowego, co zostało potwierdzone w toku prowadzonych czynności kontrolnych.

W toku kontroli uzyskano od zamawiającego wyjaśnienia, z których wynikało, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia prowadzone jest z zastosowaniem przepisów dotyczących zamówień klasycznych. Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie ustawa Pzp „(...) nie zakazuje stosowania przez zamawiającego sektorowego zamówień klasycznych w celu dokonania zamówienia, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamówienie będące przedmiotem kontroli uprzedniej jest jednym z elementów projektu, o którego współfinansowanie ze środków UE ubiega się zamawiający. Konkurs w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 działanie 2.3 Gospodarka wodno-ściekowa dopuszcza możliwość refundacji kosztów związanych między innymi z budową sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej. W celu uzyskania kwalifikowalności poniesionych kosztów zamawiający będzie musiał spełnić wymogi wynikające z umowy o dofinansowanie i stanowiące element jej wytycznych. (...) Dotychczasowe konkursy wymagały dla kwalifikowalności kosztów, stosowania zamówień klasycznych. Ze względów ostrożnościowych, zamawiający zdecydował się więc zastosować przepisy dotyczące zamówień klasycznych obwarowanych najwyższym reżimem prawnym, z zastosowaniem ogłoszenia w Dz. Urz. UE. Należy podkreślić, że zastosowany tryb z całą pewnością stanowi najlepszą formę realizacji zasad udzielania zamówień publicznych”.

Wskazując na powyższe ustalenia kontroli należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:

- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Z dyspozycji ww. przepisu wynika, iż adresatem normy zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, są podmioty inne niż określone w pkt 1-4 (a nie jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, tj. przed 28 lipca 2016 r. - w pkt 1 i 2). W obecnym stanie prawnym, obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, usunięto zatem wątpliwości zamawiających dotyczące podstawy prawnej ciążącego na nich obowiązku stosowania ustawy Pzp i wyeliminowano sytuacje, w których jeden i ten sam podmiot zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp w oparciu o różne przepisy ustawy.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, iż aktem wykonawczym ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń, w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, było ww. rozporządzenie wykonawcze nr 2015/1986, które weszło w życie w dniu 18.04.2016 r. W związku z powyższym, zamawiający publikując w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie o zamówieniu na wzorze formularza stanowiącego załącznik nr II do ww. rozporządzenia wykonawczego zamiast na obowiązującym go wzorze formularza stanowiącego załącznik nr V do przedmiotowego rozporządzenia wykonawczego, naruszył art. 11 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z przepisami rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986.

Do przedmiotowej kontroli zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 3 (KU/31/17/DKZP)

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2016 r. Niniejsze ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2016 r. Ponadto, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego od dnia 30 listopada 2016 r. oraz zamieszczone na tablicy ogłoszeń od dnia 2 grudnia 2016 r.

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej (tj. w inny sposób niż w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) ogłoszenie o zamówieniu przed publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i przed upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Natomiast stosownie do art. 11 ust. 7c ustawy Pzp zamawiający może dodatkowo zamieścić ogłoszenie w inny sposób niż określony w ust. 1, w szczególności w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Jak wynika z Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r. (sygn. akt: KIO/KU 31/17) „(...) przepis art. 11 ust. 7d Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Stanowi on, że ogłoszeń, o których mowa w art. 67–70, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją na mocy art. 71. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może tak czy inaczej mieć miejsce, gdy podmioty zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 7. Jak wskazano w wyroku TS UE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson), sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE). Brzmienie i cel przepisu art. 72 ust. 1 dyrektywy są jednoznaczne. Celem tym jest zapewnienie pierwszeństwa publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym. Powyższe ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, również na poziomie całej Unii. Skutek ten nie zostałby zapewniony, gdyby na poziomie krajowym treść ogłoszenia była publikowana wcześniej niż w oficjalnym unijnym publikatorze. Nie ulega także wątpliwości, że art. 72 dyrektywy dotyczy wszystkich ogłoszeń krajowych, o czym świadczy nie tylko jego brzmienie ale i tytuł przepisu „publikacja na poziomie krajowym”. Chcąc zatem zapewnić osiągnięcie celu i brzmienia art. 72 ust. 1 dyrektywy należy wyklądać przepis art. 11 ust. 7d Pzp w ten sposób, że zakaz publikacji ogłoszeń przed dniem publikacji ich w Dzienniku Urzędowym Unii (lub upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia) dotyczy wszystkich bez wyjątku ogłoszeń publikowanych na poziomie krajowym, zarówno ogłoszeń dobrowolnych jak i ogłoszeń obowiązkowych, w tym ogłoszeń z art. 40 ust. 1 Pzp.”

Uzasadniając powyższe, zarzut naruszenia art. 11 ust. 7d ustawy Pzp był w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasadny.

Do przedmiotowej kontroli zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 4 (KU/35/17/DKUE)

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca zobowiązany był do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego zdolności technicznej w zakresie potencjału kadrowego. Powyższe oznacza, że zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in. Kierownikiem robót mostowych – 3 (trzy) osoby – w części nr 2 zamówienia.

W wyniku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w dniu 13 stycznia 2017 r., zamawiający zmienił m.in. ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika robót mostowych. Wskazana zmiana polegała na:

- 1) zmniejszeniu liczby ekspertów na stanowisku Kierownika robót mostowych z wymaganych 3 osób na 2 osoby - w części nr 2 zamówienia,
- 2) zmianie zakresu wymaganego doświadczenia zawodowego jakim miał się wykazać Kierownik robót mostowych, dla każdej z części zamówienia - poprzez dodanie między nazwami obiektów inżynierskich wyrazu „lub”.

Udzieloną odpowiedź jako dotyczącą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zamieścił na stronie internetowej. Zamawiający nie dokonał natomiast zmiany powyższego warunku w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zamawiający nie zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu (w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu) informacji o zmianie warunku dotyczącego posiadanego potencjału kadrowego, przy jednoczesnym dokonaniu tej zmiany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Do przedmiotowej kontroli zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 5 (KU/35/17/DKZP)

W punkcie IV.2.6 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał dwumiesięczny – termin związania ofertą, natomiast w punkcie 16.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazano 90 - dniowy termin związania ofertą. Opisana powyżej niezgodność pomiędzy zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu związania ofertą istniała od początku trwania przedmiotowego

postępowania, aż do jego zakończenia. Stosownie natomiast do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, jeśli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie, który z ww. terminów związania ofertą miał zastosowanie w niniejszym postępowaniu oraz wyjaśnienie czy zamawiający dokonał ujednolicenia wskazanych terminów. W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, iż *„w niniejszym postępowaniu miał zastosowanie termin związania ofertą wynoszący 90 dni (...). Natomiast w treści ogłoszenia o zamówieniu omyłkowo wskazano nieprawidłową wartość w postaci 2 miesięcy, co nie przekłada się na termin oznaczony w dniach wskazany w pkt 16 Instrukcji dla Wykonawców. Rozbieżność pomiędzy postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie nie była skorygowana.(...)”*.

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

Do przedmiotowej kontroli zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ORZECZNICTWO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

dotyczące zagadnień omawianych w wyrokach TSUE:

orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt,

orzeczenie z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama

- 1) Potencjał podmiotu trzeciego – możliwość zastąpienia podmiotu, na którego powołuje się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 5 ustawy Pzp)**

Wyrok z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1183/17

„Na wstępie Izba, stwierdziła jednoznacznie, że dokumentowi JEDZ nie można przypisać charakteru dokumentu wstępnego, albowiem żaden z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy też dyrektywy, takiego charakteru temu dokumentowi nie przypisuje. Zatem wykonawca składający ten dokument, który stanowi jednocześnie jego oświadczenie, deklaruje/oświadcza zamawiającemu szereg różnych okoliczności, które mają potwierdzać m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca jest tym oświadczeniem związany i tylko w bardzo szczególnych okolicznościach mogą być składane względem tego oświadczenia wyjaśnienia, czy też zmiany. Powyższą tezę potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku, sygn. akt C-387/14, w którym Trybunał, odpowiadając na pytanie Izby udzielił jednoznacznej odpowiedzi:

„Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia”.

Przywołany fragment nie budzi najmniejszych wątpliwości co do oceny praktyki, jakiej dopuścił się w toku postępowania odwołujący, którą TSUE uznaje za niedopuszczalną zmianę oferty. Podkreślenia wymaga, że oceniana przez TSUE sytuacja jest identyczna z tą, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Również w tamtej sprawie

wykonawca pierwotnie wykazywał się doświadczeniem własnym, po czym, na etapie wyjaśnień, przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby fakt, iż omawiany wyrok zapadł na kanwie „starej” dyrektywy klasycznej pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy. Znajdzie on bowiem pełne zastosowanie również do postępowań prowadzonych w oparciu o „nową” dyrektywę, w której reguły uzupełnienia dokumentów pozostają identyczne (w „nowej” dyrektywie kwestię uzupełniania dokumentów reguluje art. 56 ust. 3 oraz 59 ust. 4).

W zakresie powyższego wyводу warto przytoczyć trafny fragment opinii Rzecznika Generalnego w niniejszej sprawie, cyt.: „Moim zdaniem podejście Trybunału można najlepiej ująć w formie pewnej metafory: przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedynie informacje i dokumenty już mieszczące się w obrębie obrazu mogą być uwzględniane przez instytucję zamawiającą. Nie uniemożliwia to jednak instytucji zamawiającej zbliżenia dowolnych szczegółów obrazu, które są nieco zamazane, bądź zażądania zwiększenia rozdzielczości obrazu w celu bardziej wyraźnego ujżenia danego szczegółu. Zarazem podstawowe informacje winny już znaleźć się w pierwotnej migawce, choć w mniejszej rozdzielczości. Kierując się powyższą logiką, uważam, iż co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu”.

Jednocześnie nie powinno budzić wątpliwości, że wyrokom TSUE należy przypisać moc wykraczającą poza tę właściwą do rozstrzygania jedynie jednostkowych przypadków, co potwierdza w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy: „Zdaniem Sądu Najwyższego istnieją ważne argumenty za uznaniem względnej mocy wiążącej erga omnes wyroków wykładniczych TSUE, w szczególności wobec sądów zobowiązanych do skierowania pytania prejudycjalnego na podstawie art. 267 tiret 3 TfUE, a takim jest Sąd Najwyższy orzekający w postępowaniu kasacyjnym” (Postanowienie Sądu Najwyższego, 7 sędziów z dnia 14 października 2015 r. I KZP 10/15). W orzeczeniu z dnia 30 września 2003 r. (w sprawie C-224/01 Kóbler przeciwko Austrii) TSUE stwierdził, że przesłanka wystarczająco poważnego naruszenia prawa wspólnotowego wystąpi, jeżeli sąd krajowy orzeknie wbrew wyraźnemu orzeczeniu TSUE w danej dziedzinie (orzeczenie to należy odnieść też do orzekających organów administracji państwowej).

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił zespół okoliczności i zasadnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepis art. 24aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia

warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu (możliwość zastosowania procedury odwróconej została przewidziana w pkt 20.1 IDW).

Złożony przez odwołującego wykaz narzędzi i urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do s.i.w.z.) w znacznym stopniu odbiegał nie tylko od oświadczeń zawartych w JEDZ odwołującego, w których poszczególni członkowie konsorcjum deklarowali dysponowanie sprzętem własnym, natomiast w wykazie narzędzi i urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do s.i.w.z.) zawarli oni oświadczenie, iż zamiast dysponowania własnego, dysponować będą narzędziami i urządzeniami podmiotu trzeciego - Leonhard Weiss GmbH. Okoliczność ta nie była podnoszona we wstępnym oświadczeniu JEDZ. Odwołujący nie dołączył do oferty żadnych dokumentów, a w szczególności dowodów, o których mowa w art. 22a ustawy Pzp wskazujących, iż na dzień składania ofert Leonhard Weiss GmbH udostępnił odwołującemu zdolność techniczną w postaci narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż odwołujący w toku składanych przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp (rażąco niska cena) zapewniał, iż podstawa kalkulacji ceny jest jego korzystna sytuacja przejawiająca się w dysponowaniu własnym sprzętem.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż odwołujący w sposób istotny dokonał zmiany w zakresie wykazywania warunku udziału w postępowaniu jakim jest zdolność techniczna, gdyż w JEDZ złożonym wraz z ofertą oświadczył, iż jest samodzielnym dysponentem urządzeń wskazanych w poz. 1-6, natomiast na wezwanie zamawiającego w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył oświadczenie, iż w zakresie zdolności technicznej polegającej na dysponowaniu wskazanymi w pkt 8.6.2 lit b urządzeniami będzie dysponował urządzeniami będącymi w dyspozycji podmiotów trzecich, dołączając w tym zakresie oświadczenie Leonhard Weiss GmbH datowane na dzień 27 stycznia 2017 roku wraz z JEDZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zmiana w zakresie dysponowania sprzętem musiała zostać uznana za niedopuszczalną i zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania, albowiem odwołujący przekazał zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta (oświadczenie zawarte w JEDZ)."

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1229/17

„Izba oczywiście ma na względzie treść orzeczeń TSUE w sprawach sygn. akt C-324/14 Dariusz Apelski i C-387/14 Esaprojekt oraz świadomość, że zostały one wydane pod rządami nieobowiązujących już dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, jednak wprowadzona zasada przejrzystości postępowania będzie dawała możliwość oceny prawnej zbieżnej z oceną

przyjętą przez TSUE dla postępowań prowadzonych na przepisach implementujących nowe dyrektywy. Tym samym Izba w tym składzie wyraża przekonanie, że wykładnia art. 26 ust. 3 ustawy wyrażona przez TSUE będzie aktualna w obecnym stanie prawnym. Zwłaszcza, że ewentualna zmiana w zakresie dowodów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczy wyłącznie sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu – art. 22a ust. 6 w związku z ust. 1 tegoż przepisu. W ocenie Izby jednak w tym przypadku ewentualna zmiana odbywa się nie z inicjatywy wykonawcy, ale na żądanie zamawiającego. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy nie ma zastosowania, gdy wykonawca samodzielnie wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

Tym samym w ocenie Izby ustalony stan faktyczny nadaje się do stwierdzenia, że zamawiający nie wypełnił obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, czym zaniechał czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1293/17

„W świetle tej okoliczności zachodzi podstawa do wezwania Konsorcjum X do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, które to wezwanie poprzedzać powinno decyzję o ewentualnym wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, jeżeli nie będzie on w stanie wykazać, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. W tym miejscu, w związku z argumentem Odwołującego wywiedzionym z orzeczenie ETS z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, o braku możliwości wezwania Konsorcjum X, w opisaney sytuacji, do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy i zastąpienia „złych” referencji prawidłowymi, dotyczącymi innego zadania, Izba wskazuje, że orzeczenie dotyczy stanu prawnego sprzed nowelizacji, a zatem nie może być odnoszone wprost do sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie. Przede wszystkim nie można pominąć zmiany brzmienia art. 22a ust. 6 Ustawy, w którym wskazano wprost na możliwość powołania się na potencjał (zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację ekonomiczną lub finansową) innego podmiotu, niż pierwotnie został wskazany w ofercie/wniosku lub zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze własne zdolności techniczne. Cały ten artykuł dotyczy sytuacji, w której wykonawca zamierzał wykazać się potencjałem podmiotu trzeciego, ale co ma znaczenie dla niniejszej sprawy to fakt, iż ustawodawca wprost dopuszcza w sytuacji, gdy ocena potencjału wykonawcy nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powołanie się na inny niż prezentowany wcześniej potencjał techniczny lub zawodowy (m.in. doświadczenie). W ocenie Izby, naruszającym zasady równego traktowania wykonawców, byłoby dopuszczenie takiej zmiany jedynie w odniesieniu do tych wykonawców, którzy zamierzali skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego, a odmówić możliwości wykazania się własnym, innym niż pierwotnie wskazany zamawiającemu potencjałem przez samego wykonawcę.

Przenosząc powyższe na stan sprawy, należy wskazać, iż stosując art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający musi mieć na uwadze możliwość jaką daje Ustawa - zstąpienia przez Wykonawcę błędnych, czy też nie potwierdzających spełnienie warunków udziału dokumentów i oświadczeń, innymi prawidłowymi, w tym znaczeniu że wykazującymi spełnienie warunku udziału dokumentami.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 18 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1380/17

„W odniesieniu natomiast do samej kwestii możliwości zmiany podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołał się składając ofertę (ewentualnie – jeśli oferta w ogóle nie zawierała danych w tym zakresie, a powołanie się nastąpiło w dokumentach przedstawianych w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w tym momencie), to kwestię tę rzeczywiście rozstrzyga powołany przez Zamawiającego wyrok TSUE sygn. C-387/14.

Jak podkreślał Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji, w wyroku tym Trybunał wskazał, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. (...)

W stanie faktycznym sprawy rozpatrywanej przez Trybunał wykonawca, podobnie jak w sprawie niniejszej, przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu składania ofert dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie – wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia – takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. Gdyby więc instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązek przejrzystości.

W powyższym wyroku Trybunał co prawda odnosił się do przepisów dyrektywy z 2004 r., jednak przede wszystkim rozpatrywał je pod kątem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a więc zasad, które są obecne również ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w dyrektywach z roku 2014 – przy czym nie ma podstaw do założenia, że rozumienie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania pomiędzy tymi dyrektywami uległo zmianie. Co prawda pojawił się przepis art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i analogiczny przepis art. 79 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający. Podmiot zamawiający może wymagać lub może zostać zobowiązany przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający.

Jednak przepis ten (co do którego notabene istnieją wątpliwości co do zgodności z przywołanymi zasadami) należy traktować jako wyjątek, którego nie można rozszerzać. Poza tym, zarówno w ww. dyrektywach, jak i ustawie Prawo zamówień publicznych procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3) i procedura wskazana w art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, są odmiennymi czynnościami zamawiającego o odmiennych skutkach, które nie mogą być sobą zastępowane, ponieważ wprowadzałyby to brak przejrzystości postępowania i możliwość wielokrotnego przedstawiania nowych dokumentów.

Co do możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu udostępniającego swoje zasoby, o którym mowa w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych – to oczywiście takie uprawnienie wykonawcy posiadają. Należy jednak zwrócić uwagę, że – w kontekście obowiązujących przepisów dyrektyw, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz orzecznictwa TSUE – uprawnienie to jest ograniczone pewnymi warunkami (wskazanymi m.in. w art. 22a ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i w czasie, tj. w chwili składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ewentualnie, jeśli nie było obowiązku takiego wskazania w ofercie lub wniosku – w chwili przedstawiania dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli wykonawca nie uczyni tego w tym momencie, uprawnienie to wygasa, zastąpione przez zakaz zmiany oferty.

W odniesieniu do sposobu zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy też zwrócić uwagę na regulację art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i analogicznego art. 74 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE oraz wyrok TSUE sygn. C-131/16.

Wskazane przepisy dyrektyw stanowią, że „jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, podmioty zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”. Należy tu zauważyć, że ustawodawca unijny – choć zasady te zostały już wyrażone we wcześniejszych przepisach i dotyczą wszystkich czynności zamawiającego bez wyjątku – w sposób wyjątkowy podkreślił tu obowiązek działania zamawiającego „przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”.

Podobnie w odpowiedzi na pytanie 1. w wyroku sygn. C-131/16 Archus Trybunał, powtarzając swoje stanowisko wyrażane we wcześniejszych orzeczeniach, wskazał, 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 specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł 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”.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 7 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1499/17

„W ramach swojej argumentacji podniesionej na rozprawie Odwołujący po zapoznaniu się z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie odwołał się do dwóch orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w postaci wyroków z dnia 04.05.2017 r. o sygn. akt C-387/14 oraz z dnia 11.05.2017 r. o sygn. akt C-131/16. Odwołujący wskazał, iż najistotniejszy jest wyrok o sygn. akt C-387/14, gdzie wystąpił identyczny stan faktyczny. Trybunał uznał taką zmianę za niedopuszczalną w kontekście art. 2 Dyrektywy wskazującego na zasadę niedyskryminacji oraz art. 51 Dyrektywy dotyczącego uzupełniania dokumentów.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazać należy, iż orzeczenia te zostały wydane w okresie obowiązywania uchylonych obecnie dyrektyw Unii Europejskiej, wskazane tam tezy oraz wzorce kontroli (w postaci przepisów art. 2 i art. 51) są przepisami nieobowiązującymi od dnia 18 kwietnia 2016 r. (...)

Przepisy, które stanowiły wzorce kontroli TSUE w ramach obu orzeczeń, zostały uchylone w wyniku wejścia w życie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

Ww. Dyrektywa dopuszcza wprost zastąpienie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią art. 63 ust. 1 drugi akapit zatytułowanego „Poleganie na zdolności innych podmiotów” Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

W wyniku implementacji powyższych przepisów w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) wprowadzono przepis art. 22a ust. 6 pkt 1 (powołany na rozprawie przez Przystępującego), który wprost dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż w ramach środków ochrony prawnej kontroli podlegają czynności podmiotu zamawiającego przy uwzględnieniu postawionych w odwołaniu zarzutów, ich podstaw faktycznych oraz ustaleń faktycznych poczynionych przez Izbę na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego (w tym wypadku dokumentacji postępowania obejmującej ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Przystępującego oraz korespondencje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego). Izba uwzględniając powyższy materiał dowodowy uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż wykonawca X potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. spełnił wszystkie wymagania SIWZ, które zostały zakwestionowane we wniesionym odwołaniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1581/17

„Przed wszystkim umknęło uwadze Zamawiającego (i Przystępującego), że choć powyższe trzy pytania zadane przez sąd krajowy zmierzały do uzyskania odpowiedzi dotyczącej szerszego zakresu zagadnień niż związanych ze stanem faktycznym rozstrzyganej przez siebie sprawy (czyli dopuszczalności uzupełnienia wykazu o inne dostawy niż objęte wykazem załączonym do oferty), Trybunał w ślad za rzecznikiem generalnym udzielił odpowiedzi

wyłącznie w odniesieniu kwestii możliwości takiego uzupełnienia w sytuacji zaistniałej w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli dopuszczalności powołania się po upływie terminu składania ofert na doświadczenie innego podmiotu, którego nie wskazał w pierwotnej ofercie.

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 wydaje się przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby swoistą zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki kierunek rozumowania wskazywał rzecznik generalny w swojej opinii {do tego odnosiło się obrazowe porównanie do fotografii oferty wg stanu jej złożenia, którą można jedynie powiększać, aby zobaczyć niewyraźne szczegóły}, a Trybunał w wyroku podzielił to stanowisko. Trybunał przesądził zatem, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku.

W powyższym wyroku Trybunał nie wywiódł z analizowanych na tle rozstrzyganego stanu faktycznego przepisów generalnego zakazu uzupełniania dokumentów o inne niż wykazane w ofercie zamówienia w każdej sytuacji, gdy okaże się, że nie są one wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału. Wręcz przeciwnie, choć nie było to przedmiotem rozważań Trybunału w powyższej sprawie, możliwość uzupełnienia, na przykładzie warunku doświadczenia, wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę, który w chwili składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach (co dotyczy Konsorcjum Electren w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego) wprost dopuszcza rzecznik generalny w swojej opinii {zob. pkt 34 opinii, gdzie po wskazaniu, że wykonawca nie może dopisywać do wykazu nowych przykładów doświadczenia nabytego przez inne podmioty, opatrzone następującym przypisem: „Pomimo iż nie jest to przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, nie wykluczam możliwości, że oferentowi można by zezwolić na wskazanie innych własnych doświadczeń”}.

Stanowisko wyrażone przez Trybunał i rzecznika generalnego jest również przydatne przy interpretacji przepisów aktualnie obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) {dalej: „dyrektywa 2014/24/UE”), w tym art. 56 ust. 3, zgodnie z którym, 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. Czyli nadal 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. Interpretację taką wzmacnia fakt, że dyrektywa 2014/24/UE w art. 63 ust. 1 akapit drugi reguluje wprost sytuację, w której wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, a te nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, nakazując wykonawcy zastąpienie podmiotu trzeciego. Jednocześnie dyrektywa 2014/24/UE nadal nie przewiduje 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 właśnie zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie Esaprojekt.

Nie sposób nie wziąć pod uwagę, odnośnie że według aktualnie obowiązującego art. 22a ust. 6 ustawy pzp (stanowiącym implementację przywołanego powyżej art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE), jeżeli m.in. zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek zażądać, aby wykonawca w określonym terminie: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe odpowiadające wymaganemu warunkowi. W konsekwencji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy pzp wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które w szczególności nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów, wynikający z aktualnie obowiązującego art. 26 ust. 3 ustawy pzp (stanowiącego z kolei implementację przywołanego powyżej art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE). W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego.

Zatem de lege lata powyższe przepisy wprost przewidują, jeżeli okaże się na etapie badania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, który polegał w tym zakresie na zdolnościach podmiotu trzeciego, obowiązek zamawiającego wezwania go do uzupełnienia dokumentów i prawo wykonawcy do złożenia dopiero na tym etapie dokumentów potwierdzających, że samodzielnie spełnia te warunki. Oczywiście jest, że musi się to wiązać ze złożeniem nowych dokumentów, a przede wszystkim pojawieniem się

zupełnie nowych informacji w stosunku do tych, które wynikały z dokumentów uprzednio złożonych. Tym bardziej nie ma zatem uzasadnienia odmawianie takiego uprawnienia wykonawcy, który niezmiennie wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o własne zdolności.

Odnosząc powyższe do ustalonych powyżej okoliczności, Izba zważyła, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby anulować wezwanie Konsorcjum X do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku wynikającego z pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 i.d.w., a w konsekwencji błędnie uznał, że Konsorcjum X nie spełnia tego warunku, nie biorąc w ogóle pod uwagę usługi oleśnickiej.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1602/17, KIO 1614/17

„W przedmiotowym postępowaniu określenie, czy prawnik spoza danej kancelarii będzie kwalifikowany jako „zasób własny”, czy też podwykonawca, jest dość trudne. O ile kancelaria prowadzona w formie spółki może być tylko podwykonawcą, to w przypadku prawników wykonujących swoją działalność jednoosobowo nie jest to jednoznaczne, ponieważ z jednej strony są oni przedsiębiorcami (przynajmniej mogą być, jeśli prowadzą kancelarię) i mogą być podwykonawcami, to z drugiej – są osobami fizycznymi, które można zatrudnić czy to na podstawie umowy o pracę, czy też o współpracę (jest to forma często stosowana przez kancelarie). Zatem, w zależności od przyjętej formy, mogą być zarówno podwykonawcami („kancelaria”), jak i zasobem własnym (pracownik/współpracownik). W stosunku do A na podstawie informacji zawartych w formularzu JEDZ, wiadomo, że prowadzi działalność w postaci „Kancelarii Radcy Prawnego B. A.”, a więc jednoosobowo, brak jest natomiast dalszych informacji w tym zakresie, które można by poddać ocenie.

W zakresie zaś informacji wskazanych w JEDZ na str. 73 oferty trudno jednoznacznie stwierdzić, co konkretnie może oznaczać opis zadań „udziela porad w zakresie realizacji zadania (...) poprzez świadczenie usług polegających na bieżących konsultacjach i doradztwie” w przypadku usługi, która zasadniczo sprowadza się do doradztwa prawnego.

Oczywiście w przypadku przedmiotowego zamówienia musi być to doradztwo dla Zamawiającego, a nie wykonawcy. Po pierwsze bowiem nie było sporne, że Zamawiający nie dopuścił podwykonawstwa w zakresie obsługi przez Prawnika Wiodącego, a po drugie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika wprost, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (innymi słowy: będą podwykonawcami).

Zatem przy realizacji niniejszej usługi z mocy prawa podmiot udzielający swoich zasobów nie może być jedynie doradcą czy konsultantem wykonawcy, a jednocześnie na mocy

postanowienia rozdz. XII ust. 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może też być podwykonawcą. Tym samym, aby powołanie się na zasoby X było skuteczne, musi on de facto być osobą, która będzie realizowała zamówienie – właśnie jako Prawnik Wiodący, jak to zostało wskazane w ofercie.

Natomiast JEDZ w zakresie informacji zawartej na str. 73 oferty należałoby wyjaśnić lub uzupełnić (zresztą jak całą sytuację X w ramach złożonej oferty).

Izba jednak nie zakwalifikowała działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C Radcowie prawni i doradcy podatkowi Sp. p. i D jako sankcjonowanego w sposób określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pomimo że same przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, jak choćby przyznanie ofercie punktacji, to rzeczywiście znaczenie odpowiedzi na pytanie 7g i jej powiązanie z poszczególnymi punktami specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogło wykonawcy umknąć bez jego zawinienia rozumianego choćby w znaczeniu niedbalstwa czy lekkomyślności. Natomiast ze względu na niedawne zmiany przepisów prawa i dopiero kształtującą się praktykę i linię orzeczniczą, którymi wykonawcy mogliby się posługiwać, ich pewne „potknięcia” w tym zakresie, jeśli widać ich staranie przy przygotowaniu oferty, trudno kwalifikować jako delikt o formach winy wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert Zamawiający powinien przede wszystkim ustalić prawidłowy stan faktyczny w zakresie wskazanego doświadczenia oraz potencjału osobowego, a następnie dokonać jego badania i oceny zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba zwraca też uwagę, iż pewne znaczenie przy dokonywaniu tej oceny mogą mieć poglądy Trybunału wyrażone w wyrokach C-324/14 Dariusz Apelski i C-387/14 Esaprojekt, które to poglądy powinien przy swoich czynnościach wziąć pod uwagę.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 28 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1611/17

„(...) z treści tego pisma Odwołującego w żaden sposób nie można wywieść, że Odwołujący cokolwiek oświadcza z zakresie postawionego warunku udziału, o którym mowa w wezwaniu, a także zasadne jest wywiedzenie, że Odwołujący raczej nie rozumiał treści wezwania i obowiązującej w tym zakresie procedury prawa zamówień publicznych. Świadczy o tym chociażby treść ww. odpowiedzi na wezwanie z 4 lipca 2017 roku, gdzie w wykonaniu wezwania Odwołujący podaje, cyt. ”T(...) ma bogate doświadczenie w dostarczaniu naszym klientom całego zestawu jako usług opisanych w specyfikacji przetargowej. Będziemy również współpracować z lokalnymi firmami budowlanymi w Polsce, aby zrealizować kompletny projekt CERAD”. Wskazać należy, iż w JEDZ wykonawca zaoferował, że całość

zamówienia wykona samodzielnie, a ww. piśmie jednoznacznie wskazuje, że roboty budowlane będą prowadzone przez firmy z Polski, czyli te firmy będą podwykonawcami. Zaznaczyć należy, iż po zmianach w Pzp wykonawca, który w JEDZ deklaruje samodzielne wykonanie zamówienia, nie może w ramach uzupełnienia JEDZa wskazać, że jednak wykonanie części zamówienia zostanie powierzone podwykonawcom.

Takie stanowisko wynika chociażby z orzeczeniem ETS z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, gdzie stwierdzono, że „art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta. Tym samym powołanie się na inny podmiot w celu wykazania przez wykonawcę, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu stanowi zmianę oferty i tym samym jest w świetle postanowień dyrektywy niedopuszczalne.

Jednakże istotą w tym postępowaniu jest przede wszystkim to, że wezwany wykonawca nie wykonał wezwania i nie przedłożył stosownego oświadczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, że już pierwsze wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego było prawidłowe i brak jego wykonania stanowił wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dlatego też Izba uznaje za nieistotne dla sprawy drugie wezwania, podniesione okoliczności z nim związane, w tym również wniosek Odwołującego (przy drugim wezwaniu) o wydłużenie o miesiąc terminu na wykonanie wezwania o treści niemalże identycznej jak wezwanie pierwsze. Dlatego też dalsze zarzuty podniesione w odwołaniu odnoszące się do drugiego wezwania Izba oceniła również jako niezasadne.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1661/17

„Nie było sporne pomiędzy stronami, że nowa dyrektywa 2014/24/WE dopuściła pewne przekształcenia o charakterze podmiotowym, co stanowiło novum względem poprzedniej dyrektywy. Rzeczywiście w art. 63 dyrektywy 2014/24 wskazano, że „instytucja zamawiająca wymaga, aby wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w art. 22a ust. 6 Pzp, który stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Jednakże dostrzeżenia wymagało, że z sytuacją opisaną w obu przepisach nie mamy do czynienia w analizowanej sprawie. Jest w nich mowa o zastąpieniu podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim względnie o zastąpieniu tego podmiotu samym wykonawcą. Przepisy te nie regulują zatem sytuacji, takiej jak w rozpatrywanej sprawie. Wbrew stanowisku przystępującego nie mamy tu do czynienia z żadną luką prawną w przepisach unijnych i krajowych, którą Izba miałaby wypełnić swoim orzecznictwem. Izba wyraża przekonanie, że jeżeli intencją prawodawcy unijnego i krajowego było dopuszczenie przekształcenia podmiotowego, takiego jak w analizowanej sprawie, to z pewnością zostałyby to również wyraźnie uregulowane. Podkreślenia wymaga także, że przepis art. 63 dyrektywy 2014/24/WE i art. 22a ust. 6 pzp stanowią wyjątek od zasady, jaką jest niezmiennalność ofert, w tym pod względem podmiotowym, wywodzona konsekwentnie przez Trybunał w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i która została wyraźnie wyartykułowana nie tylko w art. 7 ust. 1 Pzp, ale także w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Co więcej, w art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy wskazano wyraźnie, że „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”. Jak wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert prawodawca unijny w dalszym ciągu reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Wobec powyższego Izba nie podzieliła poglądu przystępującego i zamawiającego, jakoby na gruncie nowej dyrektywy należało odstąpić od zasady niezmiennalności ofert konsekwentnie wyrażanej przez Trybunał w kolejnych jego orzeczeniach. Skoro zaś przepisy o uzupełnianiu i poprawianiu ofert stanowią wyjątek od zasad, to nie mogą być wykładane rozszerzająco, jak wywodził przystępujący.

Izba nie podzieliła także stanowisk zamawiającego i przystępującego, którzy powoływali się na art. 22a ust. 6 Pzp i art. 63 dyrektywy 2014/24/WE i domagali się rozciągnięcia dobrodziejstwa tych przepisów także na sytuację w tym postępowaniu. Zamawiający i przystępujący domagali się takiego działania uzasadniając je koniecznością równego traktowania przystępującego i wykonawców, o których mowa w tych przepisach. Takie stanowisko należało uznać za chybione. Jak słusznie wskazał odwołujący, punktem odniesienia dla oceny sytuacji przystępującego powinna być sytuacja wykonawcy, który należycie wykonał swe obowiązki i przedstawił zamawiającemu prawidłową i kompletną ofertę niewymagającą żadnych uzupełnień. Dopuszczalność ewentualnego uzupełniania i poprawiania ofert powinna być oceniana przez pryzmat testu, czy nie doprowadzi się w ten

sposób do naruszenia równego traktowania względem takiego wykonawcy, których nie dopuścił się żadnych uchybień, postępując zgodnie z SIWZ, a nie względem wykonawców, którzy popełnili inne uchybienia, które można – na zasadzie wyjątku – konwalidować. Wzięto również pod uwagę, że przystępujący miał możliwość uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w miejsce nieprawidłowego doświadczenia własnego mógł powołać się na doświadczenie w wykonaniu innej zrealizowanej przez siebie dostawy.

Dostrzeżenia wymagało również, że stanowisko zbieżne z podglądem prawnym wyrażonym przez Izbę zostało przedstawione w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dostępna na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/relacja-art.-22a-ust.-6-do-art.-26-ust2.-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>). W opinii tej wskazano, że 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 2014/24/UE, 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. Tak też należy odczytywać regulację z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Podsumowując tę część rozważań Trybunału, należy podkreślić, że z orzeczenia w sprawie Esaprojekt wynika, że wykonawca, który w celu potwierdzenia spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, w sytuacji ustalenia, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie będzie uprawniony do

uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów podmiotów trzecich i tym samym powoływania się na zdolności podmiotów trzecich.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wobec nieskutecznego uzupełnienia przez przystępującego dokumentów celem wykazania spełnienia warunku z pkt 6.3. SIWZ przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – tj. z powodu niewykazania spełnienia ww. warunku. Zamawiający wybierając ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą naruszył zatem ww. przepis. Zamawiający, z przedstawionych wyżej względów dopuścił się także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości, wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1723/17

Z treści wezwania z dnia 26 czerwca 2017 r. wynika, że zamawiający zażądał uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj. potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co do zasady dotyczy to dokumentów potwierdzających wstępne oświadczenia załączone do oferty w szczególności w dokumencie JEDZ. Jak wyżej wskazano wykonawca nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie oświadczeń w JEDZ złożonym z ofertą (okoliczność niesporna).

Obydwie strony stoją na stanowisku, że wykonawca dokonał zmiany w zakresie podmiotu legitymującemu się realizacją prac referencyjnych z tym, że w ocenie odwołującego było to dopuszczalne zastąpienie, a w ocenie zamawiającego niedopuszczalne ze skutkiem w postaci podjętej przez niego decyzji o wykluczeniu z postępowania.

Skład orzekający zauważył, że oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli wykonawcy i znajdując oparcie przepisach kodeksu cywilnego oraz ustawy pzp, jest co do zasady niezmienna i wiążąca wykonawcę przez okres wymagany zadeklarowany w jej treści (tu 60 dni zgodnie z pkt 16 oferty w formularzu ofertowym). Ponadto, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, jedynie przed upływem terminu do składania ofert. Wymaga przypomnienia, że wyjątki od zasady niezmienności oferty tak w sensie rozumianym ściśle, tj. przedmiotowo, jak w szerokim rozumieniu, czyli z uwzględnieniem wymogów podmiotowych dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, są przewidziane w ustawie pzp wyłącznie jako możliwe do zastosowania z inicjatywy zamawiającego (por. art. 87 ust. 2, art. 26 ust. 3, art. 22a ust. 6 ustawy pzp).

Zgodnie z powyższym stwierdzić należy, że pomimo złożenia przez odwołującego dodatkowych dokumentów nie nastąpiła zmiana dokumentów ofertowych, zmiana oferty lub zamiana, jak stwierdza odwołujący, czy też wycofanie oświadczenia pierwotnego w ocenie zamawiającego, a w konsekwencji nie ma podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu. Skoro zatem wykonawca jest związany treścią oferty i nie ma prawa

jej zmienić, w rzeczywistości do żadnej zmiany nie doszło. Dokumenty z dnia 5 lipca 2017 r. zostały zatem złożone bezskutecznie, a jednocześnie wykonawca nie udzielił pozytywnej odpowiedzi na otrzymane wezwanie wystosowane do niego stosownie do nowej procedury wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. Z przepisu zastosowanego przez zamawiającego, tj. art. 26 ust. 2f, wynika, że zamawiający może wzywać wykonawców do złożenia określonych oświadczeń i dokumentów, jeżeli uzna to za niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Złożenie w tej procedurze oświadczeń i dokumentów jest w istocie czynnością analogiczną do składania dokumentów wraz z ofertą. Jeżeli zatem oświadczenia lub dokumenty, do złożenia których zamawiający wzywał, nie zostały złożone, a taka sytuacja nastąpiła w sprawie rozpatrywanej, ma zastosowanie procedura „naprawcza” przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Dlatego o obowiązku zastosowania wskazanego przepisu orzeczono w sentencji.

W kolejności skład orzekający stwierdza, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu można, zgodnie z art. 22a ust. 1, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, wykazać przez wskazanie zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W ust. 6 tego przepisu stwierdza się, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1/ zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2/ zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową, o których mowa w ust. 1.

Przepis rozumiany przez skład orzekający jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) może być zdaniem Izby stosowane jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska odwołującego co do możliwości zastąpienia (z przypomnieniem, że zawsze na wezwanie zamawiającego i w wyniku jego oceny, a nie z własnej inicjatywy wykonawcy) własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 14 września 2017 r., sygn. akt KIO 1751/17

W ocenie Izby z przedstawionego stanu prawnego oraz instrukcji wypełnienia JEDZa wynika, że po pierwsze ustawodawca krajowy dopuścił możliwość zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby, który podlega wykluczeniu lub nie potwierdził spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, na żądanie zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami lub aby wykonawca zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. W ocenie Izby przepis art. 22a ust. 6 ustawy nie jest sprzeczny z zd. 4 i 5 artykułu 63 Dyrektywy 2014/24/WE, który stanowi, że instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. Z przepisu dyrektywy bowiem nie wynika zakaz zastąpienia podmiotu udostępniającego zasób innym podmiotem udostępniającym zasób. Wytyczna zatem TSUE wynikająca z powołanego przez odwołującego wyroku w sprawie ESAPROJEKT nie może być rozpatrywana rozszerzająco, wykraczając poza stan faktyczny rozpoznawanej sprawy. TSUE wypowiedział się bowiem jednoznacznie i w ocenie Izby wyrok ten ma także odniesienie do interpretacji art. 63 aktualnie obowiązującej dyrektywy i dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca w ofercie pierwotnie zobowiązał się do samodzielnego wykonania zamówienia, jak również do samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dopiero wskutek wezwania go do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów zmienia to oświadczenie, zmieniając jednocześnie sposób realizacji zamówienia od strony podmiotowej i składa oświadczenie o tym, że potencjał w tym konkretnym przypadku doświadczenia zawodowego będzie wykazywał i spełniał za pomocą podmiotu udostępniającego zasób. W ocenie Izby zatem orzeczenie TSUE nie ma zastosowania w odniesieniu do sytuacji, w której wykonawca od początku polega na zasobach innego podmiotu w zakresie wskazanym we wstępnym oświadczeniu i jedynie w tym zakresie dokonywana jest zmiana tego podmiotu na inny lub ten zakres przechodzi do samodzielnego wykazania przez wykonawcę. Według Izby orzeczenie TSUE koresponduje z poglądami Izby dotyczącymi zakresu podwykonawstwa. Biorąc pod uwagę, że Izba wyraża przekonanie, że zakres podwykonawstwa (oczywiście chodzi tu o części zamówienia wskazywane we wniosku czy ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa, a nie o nazwy/firmy podwykonawców) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu wniosku czy oferty. Idąc dalej to art. 22a ust. 4 ustawy wskazuje, że określone zasoby wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi (a więc tak jak w niniejszym postępowaniu) mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające, a w konsekwencji art. 36b ust. 2 ustawy nakazuje zachowanie ciągłości spełniania warunków udziału w razie konieczności zmiany podwykonawcy. Tym samym przedmiotem oceny jest z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został udostępniony w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak we wniosku czy ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia. W kwestiach spornych w niniejszym postępowaniu odwoławczym problem realności udostępnienia zasobu nie był podnoszony. W ocenie Izby zakres udostępnienia zasobów w odniesieniu do A i B nie zmienił się – nadal jest to potencjał udostępniany przez inny

podmiot, zaś co do C i innej wskazanej przez wykonawcę X osoby, to jest to zmiana potencjału na potencjał własny wykonawcy, co sam odwołujący w odwołaniu uważał za dopuszczalne. Izba, analizując treść art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się także do oświadczeń składanych w JEDZach, wskazuje, że obecnie przepis ten nie zawiera już wskazania na jaką datę mają być aktualne oświadczenia uzupełniane lub poprawiane, nie mniej jednak należy przyjąć, że skoro JEDZ powinien być złożony wraz z wnioskiem, to aktualność jego odnosi się do momentu składania wniosku. Jednakże Izba uważa także, że mimo rezygnacji ustawodawcy z określenia terminu aktualności oświadczeń w art. 26 ust. 3 ustawy, nadal prawidłowa jest interpretacja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy obowiązująca na gruncie poprzedniego stanu prawnego, że dla oceny aktualności uzupełnienia na datę składania wniosków lub ofert nie jest istotna data wskazana na dokumencie składanym w wyniku uzupełnienia, ale okoliczności wynikające z tego dokumentu. W ocenie Izby jeśli odwołujący twierdził, że B czy osoba podana przez X nie były zasobami Y i X w dacie składania wniosku przez konsorcjum Z, to zgodnie z ciężarem dowodu wynikającym z art. 190 ust. 1 ustawy, odwołujący tę tezę powinien wykazać. Brak jest w zgromadzonym materiale dowodowym dowodu na to, że w dacie 20 lutego 2017 r. Y i X nie dysponowały osobami kierowanymi do wykonania zamówienia. Izba, co do zakresu stosowania wyroku ESAPROJEKT, w całości podziela i uznaje za własne stanowisko Izby zajęte w następujących orzeczeniach KIO 1380/17, KIO 1581/17, KIO 1661/17, KIO 1682/17, KIO 1755/17.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17

Izba, oceniając zarzuty dotyczący bezpodstawnego uznania wyjaśnień Przystępującego oraz złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Bezspornym jest, że przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane. Nie stanowi również sporu pomiędzy stronami to, że Przystępujący w złożonej ofercie wykazał spełnienie warunku określonego w pkt 5.2 SIWZ poprzez powołanie się na doświadczenie firmy X, jednocześnie Przystępujący w pkt 12 oferty wyraźnie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Dodatkowo Przystępujący w piśmie z dnia 5 lipca 2017 r. oświadczył Zamawiającemu, że w złożonej ofercie omyłkowo nie wpisał podwykonawcy, a firma X będzie realizowała 25% tego zamówienia.

Istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest przywołanie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca wprowadzonym - nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych

innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) - przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przesądził, budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest – w szczegółowo określonych sytuacjach – do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia – co zostało dostrzeżone przez Ustawodawcę - zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których podmiot trzeci musi czynnie uczestniczyć przy realizacji zamówienia. Zatem przywołany przepis dopuszcza możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich – z zastrzeżeniem jednak, że w robotach budowlanych i usługach – poleganie na potencjale podmiotów trzecich musi być realne, a wykonawca nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału – wyłącznie formalnie na potrzeby konkretnego postępowania – powoływać się na potencjał podmiotów trzecich, bez rzeczywistego zaangażowania tego podmiotu w realizację zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie - złożone przez Przystępującego wraz z ofertą – do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie było zobowiązaniem realnym, gdyż z jego treści wynikało, że podmiot udostępniający doświadczenie nie zrealizuje przedmiotowych robót budowlanych. Ponadto niniejsze udostępnienie miało nastąpić poprzez doradztwo techniczne i organizacyjne. Wykonawca w ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Powyższe potwierdzało również złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy X. Zatem wykonawca w sposób kategoryczny zadeklarował, że nie będzie posilkował się żadnym podmiotem przy realizacji tego zamówienia, deklarując że wykona opisane roboty budowlane samodzielnie.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że pierwotnie złożonego oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie – a odnoszącego się do samodzielnej realizacji zamówienia – w tym stanie faktycznym nie można było uznać za omyłkę pisarską. Zamiar wykonawcy – odnoszący się do niezaangażowania firmy X w realizację tego zamówienia – w sposób wyraźny znalazł swoje odzwierciedlenie w złożonej przez wykonawcę ofercie. Nie budziło żadnych wątpliwości, że o zawarciu umowy o podwykonawstwo (i jego zakresie) Zamawiający nie mógł w żaden sposób dowiedzieć się z oferty Przystępującego. Nie istniały żadne wątpliwości, co do intencji samodzielnego wykonania przez Przystępującego zamówienia, co potwierdza jego oświadczenie złożone w pkt 12 oferty, jak również złożone zobowiązanie. Nie można zgodzić się z Przystępującym, że składając oświadczenie woli w ofercie popełnił oczywistą omyłkę pisarską – oświadczając, że nie zamierza zrealizować tego zamówienia przy udziale podwykonawców.

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że działania Przystępującego wskazywały na świadome jego działanie – co do samodzielnej realizacji tego zamówienia - a zaakceptowanie zmiany oświadczenia woli wykonawcy dokonane pismem z dnia 5 lipca 2017 r. należało uznać jako zmianę oferty wykonawcy (istotną jej modyfikację), co w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać jako niedopuszczalne negocjacje wykonawcy z Zamawiającym. Zatem modyfikacja oświadczenia woli Przystępującego niewątpliwie w tym stanie faktycznym miała miejsce, wykonawca pismem z dnia 5 lipca 2017 r., zmieniając swoje poprzednie oświadczenie woli – wskazał, że firma X zrealizuje 25% wartości zamówienia, zatem po terminie składania ofert w sposób istotny dokonał zmiany pierwotnie złożonego wraz z ofertą oświadczenia woli.

Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać – co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert. Zatem zasadnym w tym miejscu wydaje się przywołanie wyroku w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), w którym to Trybunał wyraził pogląd, że artykuł 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 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP:

https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).

Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner Apelski Dariusz) o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób (...). Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova,

C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). (wyrok dostępny na stronie internetowej Uzp, https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0009/31320/Orzeczenie_C_324_14.pdf).

Wobec powyższego zgodzić należało się z Odwołującym, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Wykonawca dokonał istotnej zmiany (modyfikacji) swego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie - poprzez wyjaśnienie w piśmie z dnia 5 lipca 2017 r., że firma X będzie brała jednak udział w realizacji niniejszego zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że w tym stanie faktycznym nie znajduje zastosowanie przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w postaci ponownego powołania się przez Przystępującego na potencjał innego podmiotu trzeciego – niż wskazanego w ofercie – gdyż nie zostały spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o której mowa w ust. 1.

Zatem wskazany przepis zezwala na jego zastosowanie tylko w sytuacji, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Zgodzić należało się z Odwołującym, że podmiot udostępniający zasoby – firma X – co do istoty potwierdził spełnienie warunku udziału, jednak złożone zobowiązanie oraz oświadczenie woli wykonawcy złożone w pkt 12 oferty wskazywało, że wykonawca będzie realizował niniejsze zamówienia samodzielnie - bez udziału podwykonawców - zatem nie można zgodzić się z Zamawiającym, - wobec jasnej deklaracji wykonawcy, co do samodzielnego realizowania zamówienia, bez udziału jakiegokolwiek podmiotu – że możliwe było w tym stanie faktycznym zastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Niemniej jednak – skoro ze złożonej oferty wynikała wola wykonawcy zrealizowania zamówienia samodzielnie – co wykonawca potwierdził na rozprawie, wskazując, że jest w stanie sam zrealizować to zamówienie bez konieczności posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego – to wykonawca jako podmiot zamierzający samodzielnie wykonać niniejsze zamówienie nie wykazał spełnienia warunku opisanego w pkt 5.2 SIWZ poprzez wykazanie własnej wiedzy i doświadczenia (nie wykazał zasobu, stanowiącego jego

własność). Wobec tego w ocenie Izby zasadnym w tym stanie faktycznym jest nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Y prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Y z siedzibą w C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających samodzielne spełnienie przez ww. wykonawcę warunku udziału opisanego w pkt 5.2 SIWZ, z uwagi na jasną deklarację wykonawcy – co do realizacji niniejszego zamówienia bez udziału podwykonawców. Zatem kierowane przez Zamawiającego wezwanie o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp swym zakresem powinno odnosić się wyłącznie do uzupełnienia przez wykonawcę własnego doświadczenia celem wykazania spełnienia warunku z pkt 5.2. SIWZ.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1857/17

Co do zaniechania wezwania odwołującego, aby na podstawie przepisu art. 22a ust. 6 Pzp w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Jak przedstawiono powyżej odwołujący był wzywany wielokrotnie przez zamawiającego w trybie zarówno art. 26 ust. 3 i 4 pzp w związku z powołaniem się na zasób podmiotu trzeciego i wątpliwościami zamawiającego, w ocenie Izby uzasadnionymi, co do udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Przywoływany przepis art. 22a ust. 6 pzp jako podstawa żądania jest w przedmiotowej sprawie niewłaściwy, ponieważ nie stwierdzono w toku postępowania odwoławczego, aby podmiot trzeci nie spełniał warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego. W takim to tylko przypadku zamawiający żąda zastąpienia podmiotu innym podmiotem lub osobistego wykonania przez wykonawcę. Zaistniała przesłanka merytoryczna opisana w art. 22a ust. 6 pzp po stronie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego nie zaistniała. Natomiast wezwania zamawiającego (art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp) obejmowały wątpliwy udział w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, który wskazano w ofercie odwołującego. W związku z powyższym, że zamawiający nie stwierdził nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego przez podmiot trzeci, powoływanie się przez odwołującego na naruszenie art. 22a ust. 6 pzp jest nieuprawnione.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 1 września 2017 r., sygn. akt KIO 1708/17

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący charakteru dysponowania osobą Pana X, wskazanego przez wykonawców do pełnienia funkcji kierownika budowy. W wykazie osób wykonawcy wskazali, iż Pana X jest osobą współpracującą i załączyli jego pisemne zobowiązanie do pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie realizacji przedmiotowego zadania. Jednocześnie wykonawcy nie wskazali Pana X jako podwykonawcy w przedmiotowym zadaniu.

Ze złożonych przez wykonawców dokumentów nie sposób wywieść, jaki będzie charakter współpracy wykonawców i Pana X. Zamawiający w sporządzonym przez siebie wzorze wykazu osób zawarł informację, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, a podstawy dysponowania nie stanowi umowa o pracę, umowa o dzieło lub umowa zlecenie, wykonawca do oferty musi załączyć pisemne zobowiązanie takiej osoby, iż zgłasza ona gotowość do wykonywania na rzecz wykonawcy robót stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Wykonawcy w wykazie osób nie wskazali żadnego z trzech podanych przez zamawiającego rodzajów umów jako podstawy dysponowania osobą Pana X i załączyli jego pisemne zobowiązanie, co mogłoby oznaczać, iż jest to podmiot, na którego zasobach wykonawca polega. Zgodnie zaś z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, co oznacza, że powinny zostać wskazane w formularzu ofertowym jako podwykonawcy. W ocenie Izby istnieje zatem potrzeba wyjaśnienia wskazanych wątpliwości, wobec czego nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców do złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Izba nie nakazała zamawiającemu wzywania wykonawców do złożenia analogicznych wyjaśnień dotyczących Pana Y. W wykazie osób wykonawcy wskazali umowę zlecenie jako podstawę dysponowania osobą Pana Y, stąd też złożone przez Pana Y zobowiązanie nie było konieczne i nie wymaga wyjaśnienia.

[pełny tekst orzeczenia](#)

2) Doświadczenie zdobywane w ramach konsorcjum

Wyrok z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17

„Udostępniane doświadczenie powinno mieć charakter realny, a nie formalny. Od niego zależy bowiem możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez podmiot, który w tym celu wykorzysta te zasoby. Wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, 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 (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17

„Izba ma świadomość, iż w dniu 4 maja 2017 roku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-387/14 rozpatrywanej w wyniku odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, w którym w motywie 89 stwierdził, iż „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 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.” Niewątpliwie także opinia Rzecznika Generalnego TS, którą przywołał w odwołaniu Odwołujący 1 udostępniona został przed dniem wszczęcia postępowania.

Jednakże biorąc pod uwagę wyżej wskazane okoliczności, w tym przede wszystkim moment wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz obowiązujący stan prawny, Zamawiający nie musiał przewidywać dla określenia warunku, następnie zaś badania poziomu jego spełnienia, aby wykonawcy potwierdzili jaki był ich faktyczny udział przy pracach w ramach uczestniczenia w konsorcjum. Trudności wynikałyby także z niedostosowania krajowych przepisów prawa, w tym przede wszystkim rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający. Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego (w tym wypadku odmiennej reguły interpretacyjnej) odmiennego od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 (na tej bowiem podstawie prawnej oparte było odesłanie prejudycjalne) i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2. Co się zaś tyczy opinii Rzecznika Generalnego, to jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie jest ona dokumentem wiążącym i nie przedstawiała ostatecznego stanowiska Trybunału. Nie można także zapominać o obowiązującej w prawie polskim zasadzie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, do której to w wyroku TSUE w żaden sposób się nie odniósł kładąc, jak się zdaje, akcent na faktyczne wykonanie poszczególnych elementów zamówienia przez poszczególnych uczestników konsorcjum.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, zgodnie ze złożonymi przez X dokumentami mającymi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca wskazał konkretne zrealizowane inwestycje i przedstawił dowody potwierdzające należyte ich wykonanie bez szczegółowego rozgraniczenia, który z członków konsorcjum wykonywał określone prace jak dopuścił w postępowaniu Zamawiający. Tym samym zarzut Odwołującego 1 podlegał oddaleniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1854/17

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla którego w ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie Provincia di fermo (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05, podobnie wyrok, który przywołał w odwołaniu Odwołujący). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy.

Co do zasady Izba podziela stanowisko TSUE, że istnieje zatem możliwość różnicowania opisu warunków udziału w stosunku do wykonawców działających samodzielnie i konsorcjów. Pod uwagę należy wziąć więc specyfikę zamówienia i konieczność jego prawidłowej realizacji przez wyłoniony w trybie konkurencyjnym podmiot. Takiej możliwości jednak nie wprowadził Zamawiający - Gmina P. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem kontroli Izby. Co więcej, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający w przypadku prowadzonej inwestycji nie musiał przewidywać dla warunku wiedzy i doświadczenia, następnie zaś badania poziomu jego spełnienia, aby wykonawcy wykazujący

się doświadczeniem zdobytym przez udział w konsorcjum potwierdzili jaki był ich faktyczny udział przy pracach w ramach uczestniczenia w grupie wykonawców. Zazwyczaj modernizacją lub rozbudową obiektów o charakterystycznym przeznaczeniu zajmują się podmioty specjalizujące się w danej dziedzinie i doświadczenie zdobyte na innych, podobnych do opisanego przez Zamawiającego jest wystarczające, aby zapewnić należyte wykonanie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wykroczyłby poza zakres zapisów SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, gdyby po otwarciu ofert zdecydował, że badał będzie rzeczywisty udział poszczególnych członków konsorcjum w realizacji prac. Podstawy do takich działań nie zawierają przepisy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy. Gdyby SIWZ zawierała dodatkowe regulacje, konkretne zapisy związane z udziałem grupy wykonawców w postępowaniu, w jaki sposób badane będzie potwierdzenie doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum, wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu mogliby, po pierwsze, zweryfikować takie zapisy przed Izbą w początkowej fazie postępowania. Wówczas istniałaby także możliwość uzyskania i przygotowania odpowiednich dokumentów mających potwierdzać zdobyte doświadczenie oraz realność tego doświadczenia, na co uwagę w swoim orzeczeniu zwracał Trybunał Sprawiedliwości UE. W postępowaniu będącym przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izbą SIWZ podobnych regulacji nie zawierała. Nie można zapominać, że Zamawiający badając zdolność wykonawców do realizacji zamówienia i prawidłowość złożonych ofert porusza się w ramach ustalonych zapisów SIWZ, oczekiwanie po złożeniu ofert od wykonawców, innych, nie wymaganych wcześniej dokumentów, ocenianych według nieznanych im reguł należy uznać za przekroczenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z drugiej strony zapisy SIWZ nie przedstawiły wymagań nadmiernych dla wykonawców w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz możliwości organizacyjnych wykonawców i były wystarczające do zweryfikowania możliwości realizacyjnych podmiotu.

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 31 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1731/17

W ocenie Izby cytowane postanowienia SIWZ, pozostają w pełni zgodne z przywoływanymi przepisami Dyrektywy 2014/24/WE i art. 23 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że zapisy SIWZ w tym postępowaniu dopuszczają zsumowanie wartości kilku usług świadczonych przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - uzyskania określonej w warunku wartości usług podobnych, w tym usług świadczonych przez różnych członków konsorcjum.

Bezzasadne były założenia odwołującego, że w świetle załączonych do oferty zezwoleń usługę odbioru odpadów komunalnych z terenu Miasta X może wykonywać tylko Y – i oświadczenie o takiej treści konsorcjum powinno było złożyć w ofercie by wykazać

spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiednich kompetencji i uprawnień - a wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia posiada Z, (które samodzielnie spełniłoby ten warunek udziału w postępowaniu), ze względu na wartość usług referencyjnych - aby według odwołującego - mówić, że konsorcjum Y, Z wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia. W ramach danego warunku, sumowaniu mogła bowiem podlegać wartość usług referencyjnych, wykazanych przez poszczególnych członków konsorcjum.

Udział Z w realizacji zamówienia, nie ma cech pozorności, jak zarzucał odwołujący, jeżeli zważy się na fakty i argumentację przystępującego, że podmiot ten posiada udział w Polsce, działa w ramach grupy kapitałowej, posiada doświadczenie i wypracowane rozwiązania organizacyjne, które udostępnia uczestnicząc w przetargach, między innymi w tym przetargu. Realizacja przedmiotowego zamówienia, wymaga sprawnej organizacji po stronie wykonawcy, gdyż nie sprowadza się tylko i wyłącznie do czynności: odbierania, transportu, gromadzenia, czy przetwarzania odpadów.

Założenia prezentowane przez odwołującego przeczyłyby, bowiem samej idei - dopuszczenia do udziału w przetargach publicznych - konsorcjów mniejszych firm, [małych i średnich przedsiębiorców] opierających się na sumowaniu ich potencjału, potrzebnego do realizacji zamówienia. Sumowanie potencjału konsorcjum miało się, bowiem odbywać oddzielnie w zakresie każdego z warunków udziału w przetargu.

Odwołujący nie negował, że w sytuacji konsorcjum ubiegającego się o zamówienie - nie oznacza konieczności wykonywania przedmiotu zamówienia w każdym przypadku przez każdego z członków konsorcjum, z tym że każdy z członków konsorcjum musi uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia w sposób adekwatny do posiadanego przez siebie, „dawanego” konsorcjum potencjału, co zamawiający zapewnił poprzez zapisy SIWZ.

Jakkolwiek przywoływany wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14), dotyczy odmiennej sytuacji: „doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”, to jednak potwierdza, że „62) [...], gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców; której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

64) Wynika z tego, że 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”.

Odwołujący pominął, że takie właśnie warunki ustanowił zamawiający w postanowieniach SIWZ, Rozdział VII Szczegóły dotyczące składania dokumentów przez Wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie. Punkt 21. Oferta wspólna powinna spełniać następujące wymagania.

a) powinna być sporządzona zgodnie z SIWZ

b) wykonawcy powinni spełniać warunki udziału określone w rozdziale V ust. 3 punkt 1 -3 SIWZ, z uwzględnieniem rozdziału V ust. 15-20 SIWZ

23. Jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie została wybrana, zamawiający żąda przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców, zawierającej, co najmniej:

a) zobowiązanie do realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego w zakresie przedmiotu zamówienia,

b) określenia zakresu działania poszczególnych stron umowy w zakresie realizacji odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów.

Nie było więc podstaw do spełnienia żądań odwołującego, aby konsorcjum Y, Z już w ofercie podało podział ról, jakie poszczególni uczestnicy danego konsorcjum będą pełnić przy realizacji zamówienia, gdyż zamawiający żądał umowy konsorcjum z tymi postanowieniami - po wyborze oferty - przed zawarciem umowy o realizację przedmiotowego zamówienia.

Wyrok Izby, nie może odstępować od naczelnych zasad przyjętych w dyrektywie 2014/24/UE - art. 18 ust. 1, co do respektowania zasad przejrzystości postępowania i jego prowadzenia według wyznaczonych wcześniej i podanych w ogłoszeniu do wiadomości podmiotów zainteresowanych przetargiem warunków, które znalazły się wprost w obecnym brzmieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

[pełny tekst orzeczenia](#)

3) Uprawienie do złożenia odwołania

Wyrok z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1222/17, KIO 1224/17

„Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań, również Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia X oraz Y, nawet jeśli cena ich oferty przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz upłynął termin związania wykonawcy ofertą.

Uprawienie do złożenia odwołania w takiej sytuacji było już wcześniej, co do zasady, wyrażane w orzecznictwie krajowym, zostało też ostatecznie potwierdzone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 11 maja 2017 r., sygn. C-131/16 Archus et Gama. W wyroku tym Trybunał orzekł: „Dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą 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, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., 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 wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie <<danego zamówienia>> w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z powyższym Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia X oraz Z przysługuje prawo negowania wyboru oferty innego wykonawcy, nawet gdyby miało to skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 25 maja 2017 r., sygn. akt KIO 2691/15

„Co do zarzutu dotyczącego kwestii technicznych związanych z materiałami przedstawionymi przez Przystępującego, tj. iż przedstawiony w ofercie mikrofilm nie został wykonany z przedstawionego skanu, Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia w tej kwestii złożone przez Zamawiającego oraz powołanego przez niego eksperta, a także wyjaśnienia Przystępującego (m.in. str. 2-4 protokołu rozprawy z 5 stycznia 2016 r.).

Samo podniesienie takiego zarzutu przez Odwołującego w stosunku do Przystępującego Izba uznała za dopuszczalne, co potwierdza stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w odpowiedzi na pytanie w ww. wyroku z 11 maja 2017 r. o sygn. C-131/16. Trybunał orzekł w nim, 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 wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie <<danego zamówienia w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Trybunał zauważył, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 (tj. dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu

i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień) stanowi, iż państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Trybunał stwierdził, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu ofert pozostałych do celów uzyskania zamówienia bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli odwołanie. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem 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 ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a zamawiający wydał jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył 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 w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu zamówienia. Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. C-355/15, że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym również w zakresie zarzutu i żądania dotyczącego odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym środki ochrony prawnej w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 9/2017

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2017 – 30.09.2017

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	90 358	15 883	106 241
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	98	176	274
O udzieleniu zamówienia	80 434	15 492	95 926
O konkursie	85	26	111
O wynikach konkursu	56	153	209
O zmianie ogłoszenia	31 768	11 862*	43 630
O zamiarze zawarcia umowy	1 979	438	2 417
O zmianie umowy	1 436	187	1 623
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	664	664
O profilu nabywcy	-	57	57
Razem	206 214	44 938	251 152
Koncesje			
O koncesji	2	9	11
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	42	0	42
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	0	0
O zawarciu umowy koncesji	0	2	2
O zmianie umowy koncesji	0	0	0
Razem	44	11	55

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	46,72%	9,71%	41,09%
Dostawy	29,42%	52,90%	32,99%
Usługi	23,86%	37,39%	25,92%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,29%	97,70%	99,04%
Przetarg ograniczony	0,22%	1,50%	0,41%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,62%	0,12%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,15%	0,04%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,03%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,44%	-	0,38%

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%	20%	9%	9%
Cena i inne kryteria	98%	80%	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%	19%	22%
Cena i inne kryteria	89%	75%	81%	78%

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	306	0,73%
Dostawy	43	0,16%
Usługi	62	0,29%
Razem	411	0,45%

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	55	0,13%
Dostawy	58	0,22%
Usługi	115	0,54%
Razem	228	0,25%

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	38 771	92,57%
Dostawy	19 511	73,97%
Usługi	17 358	81,13%
Razem	75 640	83,72%

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	161	0,38%
Dostawy	106	0,40%
Usługi	103	0,48%
Razem	370	0,41%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	38,56%	7,21%	33,39%
Dostawy	33,06%	49,33%	35,75%
Usługi	28,38%	43,46%	30,86%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	91,41%	89,10%	91,04%
Przetarg ograniczony	0,28%	2,54%	0,65%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	1,29%	0,24%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,05%	6,90%*	1,16%
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,11%	0,02%
Wolna ręka	6,56%	-	5,50%
Zapytanie o cenę	1,23%	-	1,03%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,06%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,42%	-	0,35%

* - 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	3,14	1,71
Dostawy	2,14	1,39
Usługi	2,57	1,50
Średnio	2,48	1,52

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,38%
Administracja rządowa terenowa	2,44%
Administracja samorządowa	41,11%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	5,21%
Podmiot prawa publicznego	13,81%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,14%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	2,23%
Inny	32,70%

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	22,79%	26,91%	50,29%
Administracja rządowa terenowa	18,94%	43,78%	37,28%
Administracja samorządowa	52,69%	14,17%	33,14%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	44,46%	30,35%	25,20%
Podmiot prawa publicznego	12,34%	62,53%	25,13%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	31,50%	41,73%	26,77%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	20,48%	36,99%	42,53%
Inny	18,99%	52,36%	28,65%

**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	86,13	0,69	0,08	0,00	0,00	10,37	2,59	0,00	0,15
Administracja rządowa terenowa	83,78	0,90	0,11	0,16	0,00	11,74	2,00	0,00	1,32
Administracja samorządowa	92,54	0,28	0,02	0,03	0,01	5,74	0,79	0,00	0,59
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	91,58	0,18	0,00	0,14	0,00	6,30	1,62	0,00	0,18
Podmiot prawa publicznego	90,15	0,33	0,05	0,09	0,00	7,88	0,99	0,01	0,50
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	96,95	0,00	0,00	0,00	0,00	1,53	1,53	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	96,76	0,00	0,00	0,46	0,00	2,31	0,00	0,00	0,46
Inny	90,95	0,25	0,04	0,05	0,02	6,80	1,76	0,00	0,14

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	4	4 x usługi	12 077 350 EUR w części ogłoszeń brak danych
Czechy	14	9 x dostawy 5 x usługi	5 159 973 EUR w części ogłoszeń brak danych
Dania	2	1 x roboty budowlane 1 x usługi	536 445 EUR w części ogłoszeń brak danych
Estonia	2	2 x usługi	2 704 800 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	630 810 EUR
Francja	2	2 x dostawy	4 930 000 EUR
Grecja	2	1 x dostawy 1 x usługi	32 718 EUR
Holandia	4	4 x dostawy	8 295 688 EUR w części ogłoszeń brak danych
Irlandia	1	1 x dostawy	2 008 000 EUR
Litwa	3	3 x dostawy	672 915 EUR
Luksemburg	3	3 x usługi	21 774 535 EUR
Niemcy	7	2 x roboty budowlane 4 x dostawy 1 x usługi	2 734 783 EUR w części ogłoszeń brak danych
Rumunia	1	1 x dostawy	16 025 952 EUR
Szwecja	4	1 x roboty budowlane 2 x dostawy 1 x usługi	2 251 982 EUR w części ogłoszeń brak danych
Węgry	6	3 x dostawy 3 x usługi	6 564 244 EUR
Razem	56	4 x roboty budowlane 31 x dostawy 21 x usługi	86 400 195 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	6	7 755 898	1	9 018 686			9	104 105 840
Belgia			19	12 009 015					19	12 009 015
Chiny			1	368 586	2	80 399 600			3	80 768 186
Czechy			28	31 372 396	6	17 983 723			34	49 356 119
Cypr			2	3 637 500	2	6 341 900			4	9 979 400
Dania					5	22 551 088			5	22 551 088
Finlandia			2	42 331 200					2	42 331 200
Francja			13	11 770 422	26	224 725 302			39	236 495 724
Grecja					3	13 150 935			3	13 150 935
Hiszpania	3	133 418 056	1	757 338	6	64 944 997			10	199 120 391
Holandia	1	4 064 136	15	18 891 143	2	2 844 618			18	25 799 897
Irlandia			59	7 820 632	1	b.d.			60	7 820 632
Litwa	1	83 796 446	3	4 677 194					4	88 473 639
Malezja					1	4 279			1	4 279
Niemcy	4	806 756 567	65	1 451 377 132	14	35 100 568			83	2 293 234 267
Niger					1	1 318 560			1	1 318 560
Norwegia					3	8 091 972			3	8 091 972
Rosja					1	1 280 000			1	1 280 000
Słowacja			1	3 460 992					1	3 460 992
Słowenia			2	2 045 701					2	2 045 701
Szwajcaria			37	51 955 222	4	17 886 203			41	69 841 425
Szwecja			13	17 247 859	2	16 828 116			15	34 075 975
Turcja					2	1 458 000			2	1 458 000
USA			4	2 018 267 865	8	123 973 288	1	80 000	13	2 142 321 153
Węgry			1	1 474 658	1	b.d.			2	1 474 658
Wielka Brytania			81	53 831 887	4	4 589 114			85	58 421 001
Włochy	2	960 672 947	21	59 918 797	3	28 756 841			26	1 049 348 585
Razem	13	2 076 039 409	374	3 800 971 436	98	681 247 791	1	80 000	486	6 558 338 635

* - 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	188	
Zakończone	154	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	8	5%
Nie stwierdzono naruszeń	63	41%
Stwierdzono naruszenia	83	54%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	10	12%
zalecenie usunięcia naruszeń	7	8%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	66	80%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	72	
Zakończone	50	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	4	8%
Stwierdzono naruszenia	46	92%
W tym: zawiadomienie RDFP	13	-

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:		
uchybień formalne	6	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	9	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	291	
Zakończone	278	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	75	27%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 052	
Rozpatrzono ogółem	2 069	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	160	8%
Odrzucone	115	6%
Umorzone postępowanie	432	21%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	350	17%
Oddalone	630	30%
Uwzględnione	382	18%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2017 r.	2016 r.
Roboty budowlane	25%	23%
Dostawy	36%	31%
Usługi	39%	46%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2017 r.	2016 r.
Liczba wniesionych skarg	130	89
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	6%	5%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Izabela Fundowicz Joanna Orzel

Wojciech Michalski Kinga Mierzwińska

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