

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

kwiecień - czerwiec 2018 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	3
➤ Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych	3
➤ Ankieta dotycząca rozwiązań proponowanych w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych	3
➤ Standardy Usług i Danych dla Platformy e-Zamówienia	3
➤ MiniPortal	4
➤ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r. przyjęte przez Radę Ministrów	5
REGULACJE PRAWNE I WYTYCZNE	5
➤ Ogłoszenie tekstów jednolitych dwóch rozporządzeń z zakresu zamówień publicznych	5
➤ Wejście w życie rozporządzenia w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków	6
➤ RODO w zamówieniach publicznych	7
➤ Wytyczne w sprawie zamówień publicznych na innowacje	8
ORZECZNICTWO	9
➤ Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej dla konsorcjum	9
DZIAŁANIA EDUKACYJNE	10
➤ Konferencje konsultacyjne dotyczące Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych	10
➤ Prawo do przedsiębiorczości - małe firmy, wielkie zmiany	11
➤ Konkurs na najlepszą pracę magisterską z zakresu zamówień publicznych	11
➤ Konferencje i seminaria w ramach PO WER	12
PRAWO EUROPEJSKIE	14
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	14
OPINIE PRAWNE	26
Czy podpis profilem zaufanym e-PUAP może być uznany za równoważny podpisowi kwalifikowanemu (w kontekście składania JEDZa po 18.04.2018 r.)?	26

Czy odpowiadając na pytania do SIWZ zamawiający może udzielić bezpośredniej odpowiedzi podmiotowi, który sformułował to pytanie?	27
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	28
Jawność postępowania a tajemnica przedsiębiorstwa - przykłady naruszeń przepisów ustawy Pzp w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP.....	28
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	51
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	51
ANALIZY SYSTEMOWE	67
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 30.06.2018	67

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

➤ **Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych**

Zespół przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych oraz Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii przygotował [Koncepcję nowego Prawa zamówień publicznych](#). Dokument został zaprezentowany przedstawicielom mediów w dniu 6 czerwca 2018 r. podczas spotkania, w którym uczestniczyli Pani Jadwiga Emilewicz, Minister Przedsiębiorczości i Technologii, Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz Pan Mariusz Haładyj, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Przedsiębiorczości i Technologii.

Koncepcja została opracowana przy uwzględnieniu konsultacji z różnymi środowiskami zainteresowanymi sferą zamówień publicznych zapoczątkowanych debatami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. i 2017 r. Przewiduje ona szereg nowych rozwiązań i usprawnień w sferze zamówień publicznych, które są poddawane procesowi szeroko zakrojonych konsultacji i dyskusji. W ramach procesu konsultacji odbył się [cykl otwartych spotkań](#) z uczestnikami rynku zamówień publicznych w różnych miastach Polski.

[KONCEPCJA nowego Prawa zamówień publicznych](#)

➤ **Ankieta dotycząca rozwiązań proponowanych w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych**

Dbając o jak najszersze zapewnienie możliwości zgłaszania uwag *do Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych przygotował [ankietę](#), która umożliwi powyższe wszystkim zainteresowanym. Ankieta została udostępniona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

[Ankieta dotycząca rozwiązań proponowanych w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych](#)

➤ **Standardy Usług i Danych dla Platformy e-Zamówienia**

Na stronie internetowej Ministerstwa Cyfryzacji udostępnione zostały wypracowane przez Wykonawcę, Urząd Zamówień Publicznych i Ministerstwo Cyfryzacji Standardy Usług i Danych dla Platformy e-Zamówienia. Standardy dostępne są pod adresem:

<https://www.gov.pl/cyfryzacja/e-zamowienia-standardy-uslug-i-danych>

➤ MiniPortal

Przewidując ryzyko, iż do dnia 18 października 2018 r. pełne wdrożenie kompleksowego rozwiązania pozwalającego na profesjonalne i w pełni zautomatyzowane prowadzenie całego procesu udzielenia zamówienia publicznego łącznie z jego monitoringiem (wdrożenie centralnej Platformy e-Zamówień i Portali e-Usług) może okazać się niemożliwe, podjęte zostały działania zmierzające do udostępnienia przyjaznego i nieodpłatnego rozwiązania umożliwiającego komunikację elektroniczną między zamawiającym i wykonawcami, w szczególności elektroniczne składanie ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, w tym jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w zgodzie z wymogami określonymi przez dyrektywę UE.

Zaawansowane działania związane z przygotowaniem Miniportalu prowadzone są przez Urząd Zamówień Publicznych, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Ministerstwo Cyfryzacji.

Projektowane rozwiązanie będzie rozwiązaniem ogólnodostępnym, uniwersalnym i nieodpłatnym, szczególnie przydatnym zamawiającym, którzy nie posiadają własnych narzędzi informatycznych do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Dzięki wdrożeniu tego rozwiązania wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego będą mogli składać do zamawiających w sposób bezpieczny, przede wszystkim oferty, jak również wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferty wstępne.

Projektowane rozwiązanie oparte będzie na efektywnym wykorzystaniu narzędzi elektronicznych i publicznych usług funkcjonujących w państwowych zasobach, tj. Biuletynu Zamówień Publicznych i usług e-PUAP.

Od dnia 1 października 2018 r. z Miniportalu będą mogli korzystać wszyscy zamawiający. Powyższe rozwiązanie będzie funkcjonować do momentu pełnego wdrożenia modelu docelowego.

Udostępniamy Państwu prezentację multimedialną dotyczącą miniPortalu, który jest budowany przy współpracy Urzędu Zamówień Publicznych, Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii oraz Ministerstwa Cyfryzacji. MiniPortal będzie narzędziem przejściowym, wykorzystującym dotychczasowe konta zamawiających zarejestrowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wykorzystując miniPortal i ePuap, będzie można bezpłatnie przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oraz możliwa będzie bezpłatna komunikacja między zamawiającym a wykonawcą.

Powyższe rozwiązanie udostępnione zostanie Państwu od 1 października 2018 roku do czasu uruchomienia Platformy e-Zamówienia.

[Prezentacja MiniPortalu](#)

➤ **Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r. przyjęte przez Radę Ministrów**

20 lipca 2018 r. Rada Ministrów przyjęła *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*

Zgodnie z przepisem art. 154 pkt 16 ustawy – Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu przekazał przedmiotowe Sprawozdanie Marszałkowi Sejmu w celu przekazania właściwej komisji sejmowej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej.

Sprawozdanie przedstawia dane liczbowe oraz informacje dotyczące funkcjonowania systemu zamówień publicznych w roku 2017, działalności Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz wnioski i rekomendacje na przyszłość. Zachęcamy do zapoznania się z treścią dokumentu:

[Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.](#)

Podkreślenia wymaga fakt, że po raz pierwszy w rocznym Sprawozdaniu Prezesa Urzędu zaprezentowane zostały również wyniki monitoringu stopnia uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych udzielanych przez jednostki administracji rządowej. Powyższe wynika z [Zaleceń Rady Ministrów z dnia 29 marca 2017 r. w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych.](#)

W tym zakresie przedstawiono także informacje na temat działań podejmowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach obowiązków nałożonych wskazanymi Zaleceniami w zakresie działań związanych z realizacją planu koordynacji wykonania Zaleceń, działań promocyjnych i edukacyjnych, a także w zakresie upowszechniania dobrych praktyk i wzorcowych zapisów w dokumentacji przetargowej a odnoszących się do uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych.

REGULACJE PRAWNE I WYTYCZNE

➤ **Ogłoszenie tekstów jednolitych dwóch rozporządzeń z zakresu zamówień publicznych**

W dniu 22 maja 2018 r., w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 972 został ogłoszony tekst jednolity rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. poz. 238), a pod pozycją 958 - tekst jednolity rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 sierpnia 2006 r. w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie

prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony (Dz. U. poz. 1063).

Teksty jednolite rozporządzeń uwzględniają teksty pierwotne rozporządzeń wraz ze zmianami wprowadzonymi odpowiednio rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony (Dz. U. z 2017 r. poz. 48) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r. poz. 47), mającymi na celu dostosowanie treści obecnie obowiązujących rozporządzeń do zmian wprowadzonych przez nowelizację ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych dokonaną przez ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020, 1579 i 1920) wdrażającą do polskiego porządku prawnego nowe dyrektywy unijne regulujące system zamówień publicznych, tj. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) oraz dyrektywę 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, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.).

[Tekst jednolity rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 1 sierpnia 2006 r. w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony.](#)

[Tekst jednolity rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.](#)

➤ **Wejście w życie rozporządzenia w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków**

W dniu 13 lipca 2018 r. zostało ogłoszone w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1357 **rozporządzenie Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposobu przedstawiania informacji o tych kosztach.**

<http://www.dziennikustaw.gov.pl/DU/2018/1357>

Podstawą wydania rozporządzenia jest art. 91 ust. 7c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018).

Rozporządzenie reguluje metodę kalkulacji kosztów cyklu życia mającą obligatoryjne zastosowanie w odniesieniu do budynków w przypadku, gdy w myśl art. 91 ust. 3b ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający określi kryterium kosztu z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia.

Rozporządzenie weszło w życie z dniem 14 lipca 2018 r.

➤ **RODO w zamówieniach publicznych**

25 maja 2018 r. zaczęło obowiązywać rozporządzenie o ochronie danych (RODO), tj. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679.

Jego przepisy mają także **zastosowanie do udzielania zamówień publicznych**, konkursów i do zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi.

W celu wsparcia zamawiających i wykonawców w zakresie prawidłowego wywiązania się z nowych obowiązków z inicjatywy **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** zostały podjęte prace, mające na celu opracowanie konkretnych wskazówek i wzorcowych klauzul do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w związku z regulacjami wynikającymi RODO.

Biorąc pod uwagę konieczność wsparcia zamawiających i wykonawców w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał Zespół zadaniowy do spraw związanych z nowymi regulacjami dotyczącymi ochrony danych osobowych. Celem prac Zespołu było nie tylko odpowiednie przygotowanie Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej do właściwego wdrożenia nowych regulacji – tak na poziomie unijnym, jak i krajowym - dotyczących ochrony danych osobowych, ale również opracowanie praktycznych wytycznych dla zamawiających i wykonawców, istotnych z punktu widzenia zachowania się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sposób, aby chronić dane osobowe zgodnie z nowymi regulacjami RODO. Efektem prac Zespołu będą zatem m.in. zalecenia dla zamawiających i wykonawców dotyczące stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w aspekcie ochrony danych osobowych. Założeniem Urzędu Zamówień Publicznych było, aby owe zalecenia zostały uzgodnione z właściwym w tym zakresie organem, tj. do dnia 24 maja br. - Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych, a od 25 maja br. - z Prezesem Urzędu Ochrony Danych Osobowych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podjął również inicjatywę legislacyjną w zakresie dostosowania przepisów ustawy Pzp i ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi do wymagań RODO. Propozycje legislacyjne Prezesa UZP znajdują swoje

odzwierciedlenie w projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679, dla którego organem wnioskującym jest Minister Cyfryzacji. Wskazany projekt ustawy jest obecnie procedowany. Konkretnie propozycje w zakresie zmiany ustawy Pzp dotyczą przede wszystkim realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ustawy Pzp) oraz dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 96 ustawy Pzp), a także przechowywania dokumentacji z postępowania (art. 97 ustawy Pzp). W ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, zmiany są analogiczne i dotyczą: udostępniania informacji związanych z postępowaniem o zawarcie umowy koncesji (art. 13 ust. 2a), okresu przechowywania dokumentacji postępowania (art. 13a) oraz sposobu realizacji obowiązków wynikających z RODO (art. 16a i art. 18a).

Mając na uwadze okoliczność, iż prace legislacyjne nad projektem ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 pozostają w toku, ostateczna wersja zaleceń Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostanie Państwu udostępniona po zakończeniu procesu legislacyjnego i po uzgodnieniu treści zaleceń z Urzędem Ochrony Danych Osobowych.

Aktualnie jednak, uznając potrzebę wyjścia naprzeciw potrzebom w pierwszej kolejności zamawiających, Urząd Zamówień Publicznych opracował [Wskazówki dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem regulacji RODO](#), przygotowując w tym zakresie także konkretne wzorcowe klauzule, które mogą okazać się pomocne począwszy od dnia 25 maja br. zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mamy nadzieję, że przedstawiony materiał będzie Państwu pomocny w praktyce prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w początkowym okresie obowiązywania RODO, jeszcze przed wejściem w życie regulacji krajowych, które mają zapewnić właściwe stosowanie RODO w oparciu o przepisy samej ustawy Pzp.

[Wskazówki dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem regulacji RODO](#)

[Przykładowa klauzula informacyjna z art. 13 RODO do zastosowania przez zamawiających w celu związanym z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego](#)

[Wzór oświadczenia wymaganego od wykonawcy w zakresie wypełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 13 lub art. 14 RODO](#)

➤ **Wytyczne w sprawie zamówień publicznych na innowacje**

Komisja Europejska opublikowała na swojej stronie internetowej Wytyczne w sprawie zamówień publicznych na innowacje C(2018) 3051 final. Dokument ma formułę „Commission notice” i niewiązący charakter. Poszczególne części Wytycznych odnoszą się do znaczenia

pojęcia zamówień publicznych na innowacje, polityki publicznej sprzyjającej takim zamówieniom, relacji z biznesem – szczególnie start-upami i innowacyjnymi MŚP oraz wskazują podstawowe narzędzia prawne służące udzielaniu zamówień publicznych na innowacje. Dokument zawiera także przykłady zamówień publicznych na innowacje. Komisja Europejska informuje, że Wytyczne mogą stanowić inspirację dla zamawiających, finalnych użytkowników innowacji, dla osób zaangażowanych w tworzenie publicznych polityk powiązanych z tematyką zamówień publicznych na innowacje jak i dla innowacyjnych wykonawców.

Zachęcamy do zapoznania się z dokumentem.

Wytyczne dostępne są pod adresem https://ec.europa.eu/growth/content/commission-advises-public-buyers-how-capitalise-innovation_en

ORZECZNICTWO

➤ **Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego wydanego w sprawie ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej dla konsorcjum**

Na stronie internetowej Sądu Najwyższego został opublikowany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. akt: IV CSK 86/17) z uzasadnieniem, wydany w wyniku uwzględnienia skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2016 r. (sygn. akt: XII Ga 697/15).

http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx?ItemSID=29738-57a0abe2-a73c-441d-9691-b79a0c36be5c&ListName=Orzeczenia3

W uzasadnieniu wydanego wyroku Sąd Najwyższy podkreślił, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za jego wykonanie, a dla skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w treści której wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, decydujące znaczenie powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp).

Treść wyroku Sąd Najwyższego została zamieszczona na stronie internetowej Urzędu w następujących zakładkach: [Repozytorium wiedzy/Orzecznictwo/Orzecznictwo krajowe/Sąd Najwyższy/Najnowsze orzeczenia Sądu Najwyższego \(od roku 2011\)](#) oraz [Repozytorium wiedzy/Orzecznictwo/Orzecznictwo krajowe/Skargi kasacyjne Prezesa UZP/2018 r.](#)

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ Konferencje konsultacyjne dotyczące Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych

Mając na uwadze zapewnienie jak najszerszego procesu konsultacji i dyskusji na temat *Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych zorganizował otwarte spotkania z uczestnikami rynku zamówień publicznych w różnych miastach Polski.

W trakcie kolejnych konferencji w ramach cyklu konsultacji przedstawiono szczegółowo zagadnienia *Koncepcji*, dotyczące instrumentów sprzyjających dobremu przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ułatwień w procedurach ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego poniżej i powyżej progów UE, usprawnień w procesie podmiotowej oceny wykonawców i oceny ofert oraz usprawnień w zakresie środków ochrony prawnej. Zagadnienia te omawiali przedstawiciele Urzędu: Bogdan Artymowicz (Dyrektor Departamentu Prawnego), Izabela Fundowicz (z-ca Dyrektora Departamentu Prawnego), Artur Kowalski (Departament Unii Europejskiej i Współpracy Międzynarodowej) oraz Karol Kacprzak (Departament Prawny).

Przedstawiciele Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii: Przemysław Grosfeld, Jerzy Żochowski i Wojciech Rachubka prezentowali propozycje *Koncepcji* dotyczące umowy i etapu realizacji zamówienia, nowego podejścia w zakresie kontroli udzielania zamówień, ułatwień dla MŚP oraz rozwiązań wspierających rozwój innowacyjnych i zrównoważonych zamówień publicznych.

We wszystkich konferencjach uczestniczyła aktywnie Pani Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, prezentując cele nowych rozwiązań oraz udzielając obszernych wyjaśnień i komentarzy odnośnie dyskutowanych kwestii.

Podczas każdego ze spotkań uczestnicy zadawali pytania, dyskutowali i bezpośrednio zgłaszali własne sugestie rozwiązań dotyczących nowych kierunków rozwoju systemu zamówień publicznych.

Zainicjowane przez Prezesa UZP konsultacje odbyły się w następujących miastach: 11 czerwca oraz 11 lipca w Warszawie - we współpracy z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii oraz Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości, 20 czerwca w Olsztynie - we współpracy z Uniwersytetem Warmińsko-Mazurskim, 21 czerwca w Krakowie - we współpracy z Uniwersytetem Jagiellońskim, 22 czerwca w Lublinie – we współpracy z Uniwersytetem Marii Curie-Skłodowskiej oraz 13 lipca we Wrocławiu – we współpracy z Uniwersytetem Wrocławskim.

Informacje zwrotne uzyskane od uczestników spotkań wskazują na dobry kierunek proponowanych zmian, a jednocześnie potwierdzają zasadność podjęcia dyskusji i konsultacji w tym obszarze.

➤ **Prawo do przedsiębiorczości - małe firmy, wielkie zmiany**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pani Małgorzata Stręciwilk, wzięła udział w konferencjach zorganizowanych w ramach projektu „[Prawo do przedsiębiorczości – małe firmy, wielkie zmiany](#)”.

Urząd Zamówień Publicznych jest partnerem projektu, do którego przystąpił z myślą o wsparciu wykonawców uczestniczących w rynku zamówień publicznych. Celem generalnym projektu jest przybliżenie małym i średnim przedsiębiorcom założeń i korzyści wynikających z wprowadzonych w ostatnim czasie zmian legislacyjnych i nowych rozwiązań, w tym w zakresie zamówień publicznych, poprawiających środowisko prawno-instytucjonalne, w którym działają polscy przedsiębiorcy.

Pani Prezes Małgorzata Stręciwilk podkreśliła, że mali i średni przedsiębiorcy są ważnymi interesariuszami rynku zamówień publicznych. Zmiany w systemie zamówień publicznych, uwzględniające ich potrzeby, zostały wprowadzone już nowelizacją z 2016 r. Aktualnie trwają natomiast intensywne prace nad głęboką reformą systemu zamówień publicznych, która przyniesie kolejne, znaczące ułatwienia dla wykonawców startujących w przetargach, w szczególności z sektora MŚP.

Przedstawiciele Urzędu wygłosili prelekcje na temat ułatwień dla wykonawców w ubieganiu się o zamówienia publiczne, wprowadzonych w życie nowelizacją Prawa zamówień publicznych, wdrażającą do polskiego porządku prawnego dyrektywy unijne. Eksperti Urzędu Zamówień Publicznych odpowiadali również na pytania uczestników spotkań w strefach informacyjnych uruchomionych podczas konferencji.

➤ **Konkurs na najlepszą pracę magisterską z zakresu zamówień publicznych**

Zachęcamy do udziału w Konkursie na najlepszą pracę magisterską z zakresu zamówień publicznych. Zasady, zakres i warunki uczestnictwa w Konkursie określa [Regulamin](#) dostępny na stronach:

<http://student.law.uj.edu.pl/~kpg/>

www.krakow.rio.gov.pl

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/przedsiewziecia-edukacyjne/konkurs-na-najlepsza-prace-magisterska-z-zakresu-zamowien-publicznych>

Termin nadsyłania prac upływa z dniem 30 września 2018 r.

Nagrodami w konkursie są:

1. nagroda I stopnia – nagroda pieniężna w wysokości 5 000 złotych;
2. nagroda II stopnia – nagroda pieniężna w wysokości 3 000 złotych;

3. nagroda III stopnia – nagroda pieniężna w wysokości 2 000 złotych.

Planowany termin rozstrzygnięcia konkursu: druga połowa listopada 2018 r.

Formularz zgłoszenia stanowi [załącznik do ogłoszenia](#). Wraz z wypełnionym formularzem należy przedłożyć:

1. życiorys autora pracy;
2. zaświadczenie z uczelni poświadczające złożenie i obronienie przesłanej pracy;
3. opinię recenzenta;
4. opinię promotora.

Pracę i formularz wraz z załącznikami należy w formie elektronicznej przesłać na adres: correcta.konkurs@krakow.rio.gov.pl, a oryginał formularza na adres:

Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie
ul. Kraszewskiego 36
30-110 Kraków
„Konkurs na najlepszą pracę magisterską”

Sekretariat Konkursu zapewnia i wszelkich informacji udziela Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie; e-mail: correcta.konkurs@krakow.rio.gov.pl; tel. (12) 427 24 50.

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

Urząd Zamówień Publicznych kontynuuje działania edukacyjne w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”, realizowanego 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).

Przedsięwzięcia szkoleniowe i konferencyjne przyczyniają się do usprawnienia procesu udzielania zamówień oraz podniesienia poziomu wiedzy osób zaangażowanych w prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym wspierają ich w prawidłowym wykonywaniu zadań z zakresu organizacji przetargów.

Dwudniowe szkolenia obejmują tematykę zamówień publicznych przyjaznych MŚP, kryteriów oceny ofert, trybów negocjacyjnych, innowacji i elektronicznej zamówień publicznych. W drugim kwartale 2018 r. szkolenia te odbyły się w następujących miastach: Bydgoszcz (11-12 oraz 12-13 kwietnia), Olsztynie (10-11 maja), Gdańsku (15-16 oraz 16-17 maja) i Rzeszowie (6-7 oraz 7-8 czerwca).

Ponadto organizowane są jednodniowe szkolenia dotyczące aspektów społecznych w zamówieniach publicznych (Warszawa - 15 i 22 maja oraz 19 czerwca), poświęcone aspektom społecznym uwzględnianym w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriom oceny ofert oraz przy badaniu rażąco niskiej ceny, a także prezentacji przykładów w tym zakresie.

Szkolenia z zielonych zamówień publicznych odbyły się w Warszawie w dniach 17 i 24 kwietnia br. Dotyczyły aspektów środowiskowych uwzględnianych w opisie przedmiotu

zamówienia i warunkach udziału w postępowaniu, przesłanek wykluczenia o charakterze środowiskowym oraz prezentacji przykładów w tym zakresie.

25 kwietnia 2018 r. w Warszawie miała miejsce [konferencja pt. Zawarcie umowy o zamówienie publiczne](#). Tematyka konferencji i wygłoszone prelekcje wzbudziły duże zainteresowanie wśród uczestników. Chętnie korzystali oni z możliwości zadawania pytań, uzyskując rzetelne odpowiedzi i wyjaśnienia oraz uczestnicząc w konstruktywnej dyskusji. Dzięki wartościowym prelekcjom, opartym na praktycznych doświadczeniach płynących z prowadzonych postępowań, oraz owocnej dyskusji konferencja stanowiła cenną pomoc dla zamawiających w skutecznym udzielaniu zamówień publicznych.

14 czerwca 2018 r. odbyła się w Warszawie [XII Konferencja w zakresie zielonych zamówień publicznych](#) zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach ww. projektu. Tematyka konferencji, mającej na celu promowanie uwzględniania aspektów środowiskowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, koncentrowała się przede wszystkim na kryteriach oceny ofert, w tym możliwościach zastosowania rachunku kosztów cyklu życia przy wyborze kryterium kosztu oraz dopuszczalności uwzględnienia w ramach kryteriów oceny ofert wdrożenia systemu zarządzania środowiskowego. Przedsięwzięcie było również okazją do prezentacji przykładów postępowań o udzielenie zamówienia, w których zastosowano środowiskowe kryteria oceny ofert. W wydarzeniu wzięło udział ok. 130 przedstawicieli administracji rządowej i samorządowej, jednostek podległych oraz instytucji kontroli.

[Aktualny terminarz](#) szkoleń i konferencji w ramach projektu PO WER w serwisie internetowym UZP.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie **C-152/17 Consorzio Italian Management i Catania Multiservizi**

Odesłanie prejudycjalne – Procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – Dyrektywa 2004/17/WE – Obowiązek dokonania dostosowania ceny po udzieleniu zamówienia – Brak takiego obowiązku w dyrektywie 2004/17/WE lub na podstawie ogólnych zasad, na których zasadzają się art. 56 TFUE i dyrektywa 2004/17/WE – Usługi sprzątnia i utrzymania związane z działalnością transportu kolejowego – Artykuł 3 ust. 3 TUE – Artykuły 26, 57, 58 i 101 TFUE – Brak dostatecznych wyjaśnień w przedmiocie rozpatrywanego w postępowaniu głównym stanu faktycznego oraz w przedmiocie względów uzasadniających konieczność uzyskania odpowiedzi na pytania prejudycjalne – Niedopuszczalność – Artykuł 16 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Przepisy prawa krajowego niewprowadzające w życie prawa Unii – Brak właściwości

Przedmiotem sprawy **C-152/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę państwa, Włochy) postanowieniem z dnia 24 listopada 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 marca 2017 r., w postępowaniu Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA przeciwko Rete Ferroviaria Italiana SpA.

Postępowanie główne

W sprawie, której dotyczył wniosek włoskiego sądu Rete Ferroviaria Italiana SpA, włoskie linie kolejowe, udzieliły zamówienia na usługi sprzątnia, utrzymania i wystroju pomieszczeń i innych publicznie dostępnych przestrzeni, a także usług pokrewnych, na dworcach, w obiektach, biurach i warsztatach rozmieszczonych na całym terytorium podlegającym właściwości Direzione Compartimentale Movimento de Cagliari (regionalnej dykcji ruchu Cagliari, Włochy). Zamówienie zostało udzielone konsorcjum złożonemu z dwóch przedsiębiorstw, Italian Management i Catania Multisevizi. W trakcie realizacji tego zamówienia wykonawca zwrócił się do zamawiającego o zmianę wynagrodzenia w związku ze wzrostem kosztów realizacji umowy spowodowanym wzrostem kosztów pracy. Zamawiający uznał wniosek za bezzasadny, wskazując, że przepisy prawa krajowego dopuszczające w takiej sytuacji zmianę wynagrodzenia wykonawcy nie mają zastosowania do zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (zamówienia sektorowe). Wskutek oddalenia wniosku skarżący w postępowaniu

głównym zwrócił się do Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (regionalnego sądu administracyjnego dla Sardynii, Włochy) ze skargą o stwierdzenie nieważności ww. decyzji. Wyrokiem z dnia 11 czerwca 2014 r. Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (regionalny sąd administracyjny dla Sardynii) oddalił skargę. Skarżący w postępowaniu głównym wnieśli odwołanie od tego wyroku do sądu odsyłającego kwestionując zgodność prawa krajowego wyłączającego możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zamówień sektorowych z przepisami prawa unijnego.

W powyższych okolicznościach Consiglio di Stato (rada państwa, Włochy) postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy zgodna z prawem Unii (w szczególności z art. 3 akapit 3 TUE, art. 26, 56–58 i 101 TFUE, art. 16 [karty] i dyrektywą 2004/17) jest wykładnia prawa krajowego, która wyklucza dostosowanie cen w umowach dotyczących [...] sektorów specjalnych, ze szczególnym uwzględnieniem umów, których przedmiot jest odmienny od tych, do których odnosi się ta sama dyrektywa, lecz z nimi funkcjonalnie powiązanych?

2) Czy dyrektywa 2004/17 (w przypadku uznania, że wykluczenie dostosowania cen we wszystkich umowach zawartych i stosowanych w ramach [...] sektorów specjalnych wynika z niej bezpośrednio) jest zgodna z zasadami Unii Europejskiej (w szczególności z art. 3 ust. 1 TUE, art. 26, 56–58 i 101 TFUE oraz art. 16 [karty]) „z powodu niesprawiedliwości, braku proporcjonalności, zaburzenia równowagi umownej, a zatem zasad skutecznie funkcjonującego rynku?”.

Stanowisko Trybunału

Trybunał ustalił, że dyrektywa 2004/17 ma faktyczne zastosowanie nie tylko do zamówień udzielanych w którejś z dziedzin wyraźnie określonych w jej art. 3–7, ale również do zamówień, które – choć mają inny charakter i mogłyby jako takie zwykle wchodzić w zakres stosowania dyrektywy 2004/18/WE – służą prowadzeniu rodzajów działalności określonych w dyrektywie 2004/17. W związku z tym jeżeli udzielane przez instytucję zamawiającą zamówienie ma związek z prowadzeniem przez nią działalności w sektorach określonych w art. 3–7 tej dyrektywy, zamówienia te muszą podlegać określonym w tej dyrektywie procedurom.

Trybunał podkreślił, że z żadnego przepisu tej dyrektywy nie wynika, iż należałoby ją interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie obowiązywaniu norm prawa krajowego takich jak art. 115 w związku z art. 206 dekretu ustawodawczego nr 163/2006, nieprzewidujących okresowego dostosowania cen po udzieleniu zamówień należących do sektorów określonych w tej dyrektywie, ponieważ nie zawiera ona żadnego konkretnego obowiązku ustanowienia przez państwa członkowskie przepisów wymagających od instytucji zamawiającej, by dawała wykonawcy możliwość podwyższenia ceny po udzieleniu zamówienia.

W opinii Trybunału zasady, na których opiera się dyrektywa 2004/17, a w szczególności zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek przejrzystości zapisane w art. 10 tej dyrektywy, również nie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu takich norm. Wręcz przeciwnie,

nie można wykluczyć, że dostosowanie ceny po udzieleniu zamówienia może być wbrew tej zasadzie i temu obowiązki.

Wynika z tego, że dyrektywa 2004/17 i ogólne zasady, na których się ona zasadza, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu norm prawa krajowego takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie przewidują okresowego dostosowania cen po udzieleniu zamówień należących do objętych tą dyrektywą sektorów.

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że jeśli oczywiste jest, że wykładnia lub ocena ważności normy Unii, o które zwrócił się sąd krajowy, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, lub gdy problem ma charakter hipotetyczny, Trybunał odrzuca wniosek sądu krajowego jako niedopuszczalny. W tym względzie należy wskazać, że pytanie drugie, w którym sąd odsyłający zastanawia się nad ważnością dyrektywy 2004/17, oparte jest na założeniu, że rozpatrywane w postępowaniu głównym przepisy dekretu ustawodawczego nr 163/2006, w zakresie, w jakim nie przewidują one okresowego dostosowania cen zamówień należących do określonych w tej dyrektywie sektorów, stanowią jej wdrożenie. Skoro zaś z badania pierwszego pytania wynika, że ani dyrektywa 2004/17, ani ogólne zasady, na których się ona opiera, nie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu norm prawa krajowego takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie przewidują okresowego dostosowania cen po udzieleniu zamówień należących do objętych tą dyrektywą sektorów, niniejsze pytanie ma charakter hipotetyczny. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że pytanie drugie jest niedopuszczalne.

Orzeczenie Trybunału

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

Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zmieniona rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r., oraz ogólne zasady, na których się ona opiera, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu norm prawa krajowego takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie przewidują okresowego dostosowania cen po udzieleniu zamówień należących do objętych tą dyrektywą sektorów.

2. Orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2018 r. w sprawie C-65/17 Oftalma Hospital Srl

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Usługi społeczne i zdrowotne – Udzielenie zamówienia z pominięciem przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych – Obowiązek przestrzegania zasad przejrzystości i równego traktowania – Pojęcie „niewątpliwego znaczenia transgranicznego” – Dyrektywa 92/50/EWG – Artykuł 27

Przedmiotem sprawy **C-65/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) postanowieniem z dnia 7 czerwca 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 lutego 2017 r., w postępowaniu: Oftalma Hospital Srl przeciwko Commissione Istituti Ospitalieri Valdesi (CIOV), Regione Piemonte, przy udziale: Azienda Sanitaria Locale di Torino (TO1).

Postępowanie główne

W drodze umowy z dnia 2 stycznia 1999 r., która została w 2004 r. zmieniona aneksem, w którym Oftalma zrzekła się prawa do wystąpienia na drogę postępowania w sprawie wydania nakazu zapłaty, CIOV zleciła Oftalmie świadczenie specjalistycznych usług okulistycznych w ośrodku okulistyki Ospedale evangelico valdese di Torino (ewangelicznego szpitala waldensów w Turynie, Włochy). W dniu 21 kwietnia 2005 r. Tribunale di Torino (sąd w Turynie, Włochy) wydał nakaz zapłaty, w którym orzekł o obowiązku zapłaty przez CIOV i Regione Piemonte na rzecz Oftalmy kwoty w wysokości 1 727 886,36 EUR wraz z odsetkami tytułem wynagrodzenia za usługi zdrowotne świadczone w 2004 r. CIOV i Regione Piemonte wniosły sprzeciwy od tego nakazu zapłaty do Tribunale di Torino (sądu w Turynie). W toku tego postępowania Regione Piemonte podniósł w szczególności nieważność spornej umowy, ponieważ jego zdaniem została ona zawarta z naruszeniem procedury udzielania zamówień publicznych. Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2007 r. Tribunale di Torino (sąd w Turynie) oddalił sprzeciwy CIOV i Regione Piemonte i w konsekwencji uwzględnił żądania Oftalmy. Przed wskazanym postępowaniem w pierwszej instancji Oftalma pozwała w 2004 r. CIOV i Regione Piemonte do Tribunale di Torino (sądu w Turynie), wnosząc o zasądzenie od nich kwoty w wysokości 1 226 535,07 EUR tytułem wyrównania w oparciu o obowiązujące taryfy w stosunku do świadczeń opieki zdrowotnej realizowanych w latach 2002–2003 oraz w pierwszym półroczu 2004 r. Wyrokiem z dnia 9 października 2007 r. Tribunale di Torino (sąd w Turynie) oddalił powództwo Oftalmy. Oftalma i Regione Piemonte wniosły apelacje od obu powyższych wyroków.

Corte d'Appello di Torino (sąd apelacyjny w Turynie, Włochy) połączył te dwie sprawy i wyrokiem z dnia 7 czerwca 2010 r. stwierdził nieważność umowy oraz zasądził w konsekwencji od Oftalmy zwrot kwot zapłaconych tytułem wykonania nakazu zapłaty. Corte d'Appello orzekł, że sporna umowa została zawarta z naruszeniem dyrektywy 92/50 oraz transponującego ją dekretu ustawodawczego nr 157/95, ponieważ jej zawarcie nie było poprzedzone jakąkolwiek procedurą przetargową, mimo że CIOV jest w myśl art. 2 dekretu ustawodawczego nr 157/95, w świetle art. 1 dyrektywy 92/50, organem prawa publicznego mającym status instytucji zamawiającej. Oftalma wniosła od tego wyroku środek odwoławczy do sądu odsyłającego, Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego, Włochy).

Corte suprema di Cassazione (sąd kasacyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 9 dyrektywy [92/50], stanowiący, że zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B [do tej dyrektywy], udziela się zgodnie z art. 14 i 16 [tej

dyrektywy], należy interpretować w ten sposób, że owe zamówienia podlegają zasadom swobody przedsiębiorczości i świadczenia usług, równego traktowania, zakazowi dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz zasadom przejrzystości i niedyskryminacji, o których mowa w art. 49, 56 i 106 TFUE?

2) W przypadku gdyby odpowiedź na pytanie pierwsze była twierdząca – czy art. 27 dyrektywy 92/50, który stanowi, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia w procedurze negocjacyjnej, kandydatów dopuszczonych do negocjacji nie może być mniej niż trzech, pod warunkiem że liczba odpowiednich kandydatów jest wystarczająca, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten znajduje także zastosowanie do zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy?

3) Czy art. 27 dyrektywy 92/50, który stanowi, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia w procedurze negocjacyjnej, kandydatów dopuszczonych do negocjacji nie może być mniej niż trzech, pod warunkiem że liczba odpowiednich kandydatów jest wystarczająca, stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który w stosunku do zamówień publicznych udzielonych w okresie przed wydaniem dyrektywy [2004/18], których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50, nie zapewnia otwarcia rynku na konkurencję w sytuacji zastosowania procedury negocjacyjnej?”.

Stanowisko Trybunału

Zgodnie z art. 9 dyrektywy 92/50 „zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16”. Artykuły te zawierają obowiązki dotyczące, odpowiednio, specyfikacji technicznych zamówienia oraz wystania ogłoszenia dotyczącego wyników postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku, gdy zamówienia dotyczą usług wymienionych w załączniku I B, instytucję zamawiającą obowiązuje jedynie wymóg określania specyfikacji technicznych poprzez odniesienie do norm krajowych wdrażających normy europejskie, które muszą znaleźć się w ogólnej dokumentacji lub w dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia, oraz przesyłania informacji o wynikach przeprowadzonego postępowania o udzielenie owych zamówień do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Trybunał wskazał, że prawodawca Unii wyszedł z założenia, iż zamówienia dotyczące usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy 92/50 nie mają a priori, ze względu na swój szczególny charakter, takiej wagi w stosunkach transgranicznych, by uzasadniała ona wymóg, żeby udzielano ich w wyniku postępowań, które umożliwią przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty. Trybunał uznał jednak, że jeśli takie zamówienia mają niewątpliwe transgraniczne znaczenie, to podlegają one jednak podstawowym normom i ogólnym zasadom traktatu, w szczególności zasadzie równego traktowania i niedyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, a także wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości - zapewnienia odpowiedniego poziomu upowszechnienia umożliwiającego z jednej strony otwarcie na konkurencję, a z drugiej strony kontrolę bezstronności procedury udzielenia zamówienia.

Sąd odsyłający powinien zatem szczegółowo ocenić wszystkie istotne okoliczności danego zamówienia, aby sprawdzić, czy w chwili udzielenia rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia miało ono niewątpliwe charakter transgraniczny i charakter ten widoczny jest na podstawie obiektywnych i spójnych okoliczności.

W niniejszym przypadku, należy stwierdzić, że postanowienie odsyłające nie zawiera żadnych elementów mogących wskazywać na to, że rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie miało niewątpliwe znaczenie transgraniczne w chwili, gdy go udzielano. Gdyby jednak wykazane zostało posiadanie przez dane zamówienie takiego niewątpliwego znaczenia transgranicznego, a w konsekwencji brak przejrzystości mógłby spowodować odmienne traktowanie ze szkodą dla przedsiębiorstw mieszczących się w państwie członkowskim innym niż państwo instytucji zamawiającej, takie odmienne traktowanie może być uzasadnione obiektywnymi okolicznościami.

W odniesieniu do takiego uzasadnienia Oftalma powołuje się na wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., *Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in.*, w którym Trybunał orzekł, że cel utrzymania, ze względów zdrowia publicznego, zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej może również wchodzić w zakres jednego z odstępstw uzasadnionych względami zdrowia publicznego. Sąd odsyłający powinien zbadać, gdyby potwierdziła się hipoteza istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia, czy udzielenie go w taki sposób było uzasadnione.

Trybunał podkreślił również, że poddanie usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy 92/50 przepisom artykułów innych aniżeli te, do których wyraźnie odsyła art. 9 tej dyrektywy, prowadziłoby do wykładni niezgodnej z jasnym brzmieniem tego artykułu i sprzeciwiałoby się tym samym woli prawodawcy Unii. Oznacza to, że obowiązki wynikające z art. 27 ust. 3 tej dyrektywy nie znajdują zastosowania do zamówienia publicznego dotyczącego usługi wymienionej w załączniku I B do tej dyrektywy, nawet jeżeli ma ono niewątpliwe znaczenie transgraniczne. Tym samym poszanowanie podstawowych norm i zasad ogólnych Unii oraz wynikających z nich obowiązków, uznane w odniesieniu do zamówień publicznych mających niewątpliwe znaczenie transgraniczne, nie wymaga samo w sobie dopuszczenia minimalnej liczby kandydatów w procedurze negocjacyjnej, o której mowa we wspomnianym art. 27 ust. 3. Do tego dochodzi okoliczność, że przyjęcie wykładni, zgodnie z którą gdyby zamówienie posiadało niewątpliwe znaczenie transgraniczne, art. 27 ust. 3 dyrektywy 92/50 miałby mieć zastosowanie w sprawie takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, mogłoby doprowadzić do stosowania do zamówień na usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 pozostałych przepisów tej dyrektywy, mających zastosowanie wyłącznie do usług wymienionych w załączniku I A, co groziłoby pozbawieniem effet utile (skuteczności) rozróżnienia istniejącego między usługami z załącznika I A i z załącznika I B do tej dyrektywy.

Orzeczenie Trybunału

Biorąc pod uwagę powyższe, Trybunał orzekł, co następuje:

1) Gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia publicznego na usługi, które podlega przepisom art. 9 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., i w związku z tym podlega co do zasady jedynie przepisom art. 14 i 16 tej dyrektywy, jest ona też jednak zobowiązana do przestrzegania podstawowych norm i ogólnych zasad traktatu FUE, w szczególności zaś zasad równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a także wynikającego z tego traktatu obowiązku przejrzystości, jeżeli w chwili udzielenia tego zamówienia ma ono niewątpliwe znaczenie transgraniczne, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.

2) Artykuł 27 ust. 3 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie ma on zastosowania do zamówień publicznych na usługi wymienione w załączniku I B do tej dyrektywy.

3. Orzeczenie z dnia 17 maja 2018 r. w sprawie C-531/16 Specializuotas transportas

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Powiązania między oferentami składającymi odrębne oferty w tym samym postępowaniu – Obowiązki oferentów, instytucji zamawiającej i sądu krajowego

Przedmiotem sprawy C-531/16 był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowieniem z dnia 11 października 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 18 października 2016 r., w postępowaniu: Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, „Ecoservice projektai” UAB, dawniej „Specializuotas transportas” UAB, przy udziale: „VSA Vilnius” UAB, „Švarinta” UAB, „Specialus autotransportas” UAB, „Ecoservice” UAB.

Postępowanie główne

W dniu 9 lipca 2015 r. centrum gospodarki odpadami dla regionu Szawle ogłosiło przetarg na świadczenie usług zbiórki odpadów dla miasta Szawle i ich transportu na miejsce ich przetwarzania. Oferty złożyło czterech oferentów: „Specializuotas transportas” UAB (zwany dalej „oferentem B”), „Ekonovus” UAB, „Specialus autotransportas” UAB (zwany dalej „oferentem A”) i grupa wykonawców, w skład której wchodziły VSA Vilnius UAB i „Švarinta” UAB. Oferenci A i B są spółkami zależnymi spółki „Ecoservice” UAB, mającej w nich odpowiednio 100% i 98,12% udziałów. Członkami organów zarządu oferentów A i B są te same osoby fizyczne. Przepisy krajowe, które miały zastosowanie w chwili ogłoszenia przetargu, nie przewidywały wyraźnie obowiązku zgłoszenia przez oferenta faktu posiadania powiązań z innymi wykonawcami startującymi w tym samym przetargu ani obowiązku sprawdzenia, oceny lub brania przez instytucję zamawiającą w swoich decyzjach pod uwagę tych związków. Specyfikacja warunków zamówienia też tego nie wymagała. Oferent B z własnej inicjatywy dołączył jednak do swojej oferty oświadczenie wskazujące, że uczestniczy w przetargu

samodzielnie i niezależnie od jakichkolwiek innych wykonawców, którzy mogą być z nim powiązani, i zwrócił się do instytucji zamawiającej o to, by wszystkich pozostałych oferentów traktowała jako konkurencję. Ponadto zobowiązał się dostarczyć na żądanie instytucji zamawiającej wykaz powiązanych z nim wykonawców. W dniu 24 września 2015 r. instytucja zamawiająca odrzuciła ofertę oferenta A ze względu na to, że silniki jego dwóch pojazdów służących do zbiórki odpadów nie odpowiadały wymaganej normie jakości. Oferent A nie kwestionował tej decyzji. W dniu 22 października 2015 r. instytucja zamawiająca powiadomiła oferentów o klasyfikacji ofert i o udzieleniu zamówienia oferentowi B. VSA Vilnius, która była w klasyfikacji następna po oferencie B, złożyła odwołanie do instytucji zamawiającej, podnosząc niewłaściwą ocenę złożonych przez oferentów ofert oraz naruszenie równego traktowania i przejrzystości. Uważała, że oferenci A i B działali jako grupa stowarzyszonych przedsiębiorstw, że ich oferty były ofertami alternatywnymi i że skoro ogłoszenie o zamówieniu zabraniało składania ofert alternatywnych, to ich oferty powinny być zostać przez instytucję zamawiającą odrzucone. W następstwie odmowy uwzględnienia odwołania przez instytucję zamawiającą VSA Vilnius wniosła skargę do Šiaulių apygardos teismas (sądu okręgowego w Szawle, Litwa). Wyrokiem z dnia 18 stycznia 2016 r. sąd ten stwierdził nieważność decyzji instytucji zamawiającej o klasyfikacji ofert i udzieleniu zamówienia oferentowi B. W dniu 5 kwietnia 2016 r. Lietuvos apeliacinis teismas (sąd apelacyjny Litwy) utrzymał w mocy ten wyrok. Sądy te, w pierwszej instancji i w apelacji, uznały, że instytucja zamawiająca, mimo że wiedziała o powiązaniach oferentów A i B, nie przedsięwzięła niczego w celu ustalenia wpływu tego powiązania na rzeczywisty charakter konkurencji między oferentami. Choć krajowe przepisy nie przewidują takiego obowiązku, to skoro oferenci A i B wiedzieli o udziale tego drugiego w przetargu, powinni byli zgłosić instytucji zamawiającej swe powiązania. Złożone przez oferenta B oświadczenie było niewystarczające dla wykazania, że obowiązek ten został prawidłowo wykonany.

W tych okolicznościach Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zasady swobodnego przepływu osób i usług, ustanowione, odpowiednio, w art. 45 i 56 TFUE, zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości, ustanowione w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także wynikającą z nich zasadę wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (rozpatrywane łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) należy rozumieć i interpretować w ten sposób, że: jeżeli oferenci powiązani, których powiązania gospodarcze, zarządcze, finansowe lub inne mogą budzić wątpliwości co do niezależności tych oferentów i ochrony informacji poufnych lub mogą (potencjalnie) stanowić przesłanki do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej względem pozostałych oferentów, postanowili złożyć odrębne (niezależne) oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to są oni bezwzględnie zobowiązani do ujawnienia tych powiązań instytucji zamawiającej, nawet jeżeli instytucja zamawiająca nie zwraca się do nich konkretnie w tej kwestii, niezależnie od tego, czy przepisy krajowe w dziedzinie zamówień publicznych w rzeczywistości przewidują tego rodzaju obowiązek?

2) W przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi: a) twierdzącej (tj. że oferenci muszą bezwzględnie ujawnić instytucji zamawiającej powiązania między nimi) – czy okoliczność, że wspomnianego obowiązku nie dopełniono w takim przypadku lub że nie dopełniono go w sposób należyty, jest wystarczająca, aby instytucja zamawiająca przyjęła stanowisko albo aby organ nadzorczy (sąd) orzekł, że oferenci powiązani, którzy złożyli odrębne oferty w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uczestniczą w nim, lecz nie pozostają w stosunku rzeczywistej konkurencji (lecz w stosunku pozornej konkurencji)? b) przeczącej (tj. że na oferentach nie spoczywa żaden dodatkowy obowiązek – którego nie przewidziano w przepisach prawa lub w warunkach zamówienia – dotyczący ujawnienia wzajemnych powiązań) – czy ryzyko związane z udziałem wykonawców powiązanych oraz ryzyko konsekwencji z tego tytułu ponosi zatem instytucja zamawiająca, jeżeli nie wskazała ona w dokumentacji przetargowej, że oferenci mają obowiązek ujawnienia tych informacji?

3) Niezależnie od odpowiedzi na pytanie pierwsze, z uwzględnieniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166) – czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu pierwszym, oraz art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów) w ten sposób, że: a) jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca poweźmie wiedzę, niezależnie od tego, w jaki sposób, o istnieniu znaczących powiązań pomiędzy określonymi oferentami, to instytucja zamawiająca musi, niezależnie od własnej oceny tego faktu lub innych okoliczności (na przykład braku podobieństwa ofert złożonych przez oferentów pod względem formalnym i merytorycznym, publicznego zobowiązania oferenta do działania w duchu uczciwej konkurencji z pozostałymi oferentami itd.), zwrócić się indywidualnie do każdego z powiązanych oferentów i zażądać od nich wyjaśnienia, czy i w jaki sposób ich sytuacja podmiotowa jest zgodna z zasadą wolnej i uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami? b) jeżeli instytucja zamawiająca ma taki obowiązek, ale go nie dopełni, to stanowi to wystarczającą podstawę do stwierdzenia przez sąd bezprawności działań tej instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz na niezwrócenie się do oferenta z żądaniem przedstawienia dowodów lub z uwagi na niepodjęcie decyzji z własnej inicjatywy odnośnie do ewentualnego wpływu sytuacji podmiotowej powiązanych podmiotów na wynik postępowania przetargowego?

4) Czy przepisy prawa, o których mowa w pytaniu trzecim, oraz postanowienia art. 101 ust. 1 TFUE należy rozumieć i interpretować (łącznie lub odrębnie, lecz bez ograniczenia do tych przepisów), w świetle wyroków Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, (C-538/13, EU:C:2015:166), z dnia 21 stycznia 2016 r., Eturas i in. (C-74/14, EU:C:2016:42) i z dnia 21 lipca 2016 r. VM Remonts i in. (C-542/14, EU:C:2016:578), w ten sposób, że: a) w sytuacji gdy oferent (skarżący) powziął wiedzę o odrzuceniu oferty o najniższej cenie złożonej przez jednego z dwóch powiązanych oferentów w ramach publicznego postępowania przetargowego (oferent A) oraz o fakcie, że drugi oferent (oferent B) został ogłoszony

zwycięskim oferentem, w kontekście również innych okoliczności związanych z rzeczonymi oferentami i ich udziałem w postępowaniu przetargowym (mianowicie że oferenci A i B mają ten sam zarząd; że mają tę samą spółkę dominującą, która nie wzięła udziału w postępowaniu przetargowym; że oferenci A i B nie ujawnili instytucji zamawiającej wzajemnych powiązań i nie przedstawili odrębnych dodatkowych wyjaśnień w sprawie tych powiązań, między innymi dlatego, że nie zwrócono się do nich w tej sprawie; że oferent A podał w swojej ofercie niespójne informacje dotyczące zgodności proponowanych środków transportu (śmieciarek) z warunkiem normy Euro 5 wskazanymi w dokumentacji przetargowej; że rzeczony oferent, który złożył ofertę o najniższej cenie, odrzuconą z uwagi na wskazane w niej braki, po pierwsze, nie zaskarżył decyzji instytucji zamawiającej, oraz po drugie, wniósł odwołanie od wyroku sądu pierwszej instancji, w którym to odwołaniu wskazał on między innymi na bezprawny charakter decyzji o odrzuceniu swojej oferty itp.), i w sytuacji gdy w odniesieniu do wskazanych okoliczności instytucja zamawiająca nie podjęła żadnych działań – sama już ta informacja stanowi wystarczającą podstawę skierowanego do organu nadzorczego zarzutu, że powinien on stwierdzić bezprawność działań instytucji zamawiającej z uwagi na brak zapewnienia przejrzystości i obiektywności postępowania oraz, dodatkowo, na niezwrócenie się do skarżącej z żądaniem przedstawienia konkretnych dowodów na to, że oferenci A i B działali w sposób nieuczciwy? b) oferenci A i B nie udowodnili instytucji zamawiającej, że w sposób rzeczywisty i uczciwy brali udział w publicznym postępowaniu przetargowym wyłącznie z tego względu, że oferent B dobrowolnie przedłożył oświadczenie o rzeczywistym udziale, oferent B zastosował standardy jakości zarządzania dla udziału w publicznym postępowaniu przetargowym, a ponadto że oferty przedłożone przez wspomnianych oferentów nie były identyczne pod względem formalnym i merytorycznym?

5) Czy działania wzajemnie powiązanych wykonawców (gdy obaj są podmiotami zależnymi tej samej spółki), biorących niezależnie od siebie udział w tym samym postępowaniu przetargowym, w którym wartość zamówienia sięga wartości zamówienia w ramach międzynarodowych postępowań przetargowych, w przypadku gdy siedziba instytucji zamawiającej, która ogłosiła postępowanie przetargowe, oraz miejsce świadczenia usług nie są bardzo oddalone od innego państwa członkowskiego (Republiki Łotewskiej) mogą być co do zasady oceniane – z uwzględnieniem, między innymi, dobrowolnego oświadczenia jednego z tych wykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji – w świetle art. 101 TFUE oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości zawierającego wykładnię tych przepisów?”.

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytania pierwszego i drugiego

Trybunał podkreślił, że w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani z własnej inicjatywy poinformować o swoich powiązaniach instytucję zamawiającą. W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że prawo

Unii, a w szczególności dyrektywa 2004/18, nie zawiera ogólnego zakazu składania ofert przez przedsiębiorstwa powiązane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto z orzecznictwa wynika, że ze względu na interes Unii w zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu automatyczne wykluczenie prawa przedsiębiorstw powiązanych do udziału w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia stałoby w sprzeczności ze skutecznym stosowaniem prawa Unii.

Należy wskazać ponadto, że w braku ciężącego na oferentach obowiązku poinformowania instytucji zamawiającej o ewentualnych powiązaniach z innymi oferentami instytucja zamawiająca powinna przez cały czas trwania postępowania traktować ofertę danego oferenta jako prawidłową ofertę, zgodnie z przepisami dyrektywy 2004/18, dopóki nie ma przesłanek wskazujących na to, że oferty złożone przez powiązanych oferentów zostały skoordynowane lub uzgodnione. W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytania pierwsze i drugie powinna brzmieć: art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani poinformować instytucji zamawiającej z własnej inicjatywy o swoich powiązaniach.

W przedmiocie pytań od trzeciego do piątego

W odniesieniu do art. 101 TFUE należy przypomnieć, że artykuł ten nie ma zastosowania, gdy zakazane w nim porozumienia lub praktyki stosowane są przez przedsiębiorstwa stanowiące jednostkę gospodarczą. Jednak sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy oferenci A i B tworzą jednostkę gospodarczą. Należy wskazać, że gdyby wspomniane spółki nie tworzyły jednostki gospodarczej, a spółka dominująca nie wywierała decydującego wpływu na swoje spółki zależne, to zasada równego traktowania, o której mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18, zostałaby w każdym wypadku naruszona, gdyby dopuszczono możliwość składania przez powiązanych oferentów skoordynowanych lub uzgodnionych ofert, czyli ofert, które nie są samodzielne i niezależne, a które mogłyby im tym samym przysporzyć bezpodstawnych korzyści względem pozostałych oferentów, bez potrzeby badania, czy złożenie takich ofert stanowi również zachowanie niezgodne z art. 101 TFUE. 30 Tak więc aby udzielić odpowiedzi na pytania od trzeciego do piątego, w niniejszej sprawie nie ma potrzeby stosować i interpretować art. 101 TFUE.

W odniesieniu do obowiązków ciężących na instytucjach zamawiających na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18 Trybunał orzekł już, że artykuł ten przypisuje instytucjom zamawiającym aktywną rolę w zakresie stosowania zasad udzielania zamówień publicznych - instytucja zamawiająca jest w każdym wypadku zobowiązana sprawdzić, czy w odniesieniu do eksperta instytucji zamawiającej istnieje ewentualny konflikt interesów, i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstaniu takiego konfliktu, wykrycia go i zaradzenia mu. Zatem instytucja zamawiająca, która poweźmie wiedzę o obiektywnych okolicznościach podających w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter oferty, jest obowiązana zbadać wszystkie

istotne okoliczności, które doprowadziły do złożenia danej oferty, aby zapobiec elementom mogącym obarczyć postępowanie przetargowe wadą.

W odniesieniu do standardu dowodowego wymaganego, aby wykazać istnienie ofert, które nie są samodzielne ani niezależne, zasada skuteczności wymaga, by dowód naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych Unii mógł zostać dostarczony nie tylko w postaci dowodów bezpośrednich, ale także poszlak, pod warunkiem że są one obiektywne i spójne, a powiązani oferenci mają możliwość przedstawić dowód przeciwny.

W sprawie takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym stwierdzenie, że powiązania między oferentami miały wpływ na treść złożonych przez nich w tym samym przetargu ofert, wystarczy co do zasady, by instytucja zamawiająca nie mogła brać tych ofert pod uwagę, gdyż kiedy oferty pochodzą od powiązanych oferentów, muszą być złożone w pełni samodzielnie i niezależnie. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w zależności z uwagi na stosunek własności lub liczbę głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te oferty z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał konkretny wpływ na te oferty.

Orzeczenie Trybunału

Biorąc pod uwagę powyższe, Trybunał orzekł, co następuje:

Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że:

- w braku wyraźnego przepisu prawnego lub szczególnego postanowienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji określającej warunki udzielenia zamówienia publicznego powiązani oferenci składający oddzielne oferty w tym samym przetargu nie są obowiązani poinformować z własnej inicjatywy o swoich powiązaniach instytucji zamawiającej;**
- gdy instytucja zamawiająca posiada informacje podające w wątpliwość samodzielny i niezależny charakter ofert przedstawionych przez określonych oferentów, jest ona zobowiązana do zbadania, żądając w razie potrzeby od oferentów dodatkowych informacji, czy oferty te faktycznie są samodzielne i niezależne. Gdyby okazało się, że te oferty nie są samodzielne i niezależne, art. 2 dyrektywy 2004/18 stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia oferentom, którzy złożyli takie oferty.**

OPINIE PRAWNE

Czy podpis profilem zaufanym e-PUAP może być uznany za równoważny podpisowi kwalifikowanemu (w kontekście składania JEDZa po 18.04.2018 r.)?

Z treści art. 10a ust. 5 ustawy Pzp wynika, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Art. 10a ust. 5 ustawy Pzp stanowi również, iż niedochowanie formy elektronicznej (tj. postaci elektronicznej dokumentu opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia świadczy o nieważności tego oświadczenia. Oznacza to, że złożenie obecnie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w jakikolwiek inny sposób niż w postaci elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie będzie skuteczne.

Wyjaśnić należy, iż wymagania techniczne oraz organizacyjne dotyczące identyfikacji elektronicznej za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego stanowią przedmiot regulacji ustawy z dnia 5 września 2016 r. – o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1579) oraz Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. W świetle przepisów ww. ustawy dostawcy kwalifikowanych usług zaufania, tj. podmioty udostępniające usługę kwalifikowanego podpisu elektronicznego, wpisane są do rejestru Narodowego Centrum Certyfikacji. Listą tych podmiotów dostępna jest na stronie www.nccert.pl.

Podnieść w tym miejscu należy, że kwalifikowany podpis elektroniczny nie jest tożsamy z podpisem potwierdzonym profilem zaufanym ePUAP (arg. z § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji z dnia 5 października 2016r. w sprawie profilu zaufanego elektronicznej platformy usług administracji publicznej (Dz.U. z 2016r., poz. 1633). Oznacza to, że JEDZ podpisany profilem zaufanym jest traktowany jak złożony w niewłaściwej formie. Jednocześnie warto wskazać, że istnieje możliwość podpisywania danych kwalifikowanym podpisem elektronicznym podczas korzystania z platformy ePUAP.

Czy odpowiadając na pytania do SIWZ zamawiający może udzielić bezpośredniej odpowiedzi podmiotowi, który sformułował to pytanie?

Zgodnie z treścią art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż w terminach określonych tym przepisem- pod warunkiem że wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynęły do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. A zatem, w świetle powyższego przepisu wykonawca może żądać wyjaśnień do SIWZ, a zamawiający ma obowiązek udzielenia mu takich wyjaśnień, o ile wnioski wpłynęły w wymaganym przez prawo terminie. Natomiast jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie wymaganego terminu lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania (art. 38 ust. 1a ustawy Pzp).

W oparciu natomiast o art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający treść zapytań wraz z wyjaśnieniami przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia (bez ujawniania źródła zapytania), a jeżeli specyfikacja została udostępniona na stronie internetowej – zamieszcza treść zapytań i udzielonych wyjaśnień również na tej stronie.

A zatem, biorąc pod uwagę przytoczone przepisy należy uznać, iż z uprawnieniem wykonawcy do żądania od zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ skorelowany jest obowiązek zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, by wniosek oferenta wpłynął we wskazanym w ustawie terminie. Obowiązek ten należy uznać za spełniony, jeśli zamawiający rozwieje wątpliwości wykonawcy w aspekcie będącym przedmiotem wyjaśnień- co dzieje się w oparciu o art. 38 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp oraz gdy zamawiający zadośćuczyni dyspozycji art. 38 ust. 2 ustawy Pzp- treść zapytań wraz z odpowiedziami przekaze dodatkowo wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeśli SIWZ jest udostępniania na stronie internetowej, zamieści je na tej stronie internetowej.

Nie stanowi zatem naruszenia przepisów ustawy Pzp indywidualne przekazanie treści wyjaśnień bezpośrednio wykonawcom, którzy pytania te sformułowali. Biorąc natomiast pod uwagę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców, wskazać należy, że zamawiający nie powinien promować niektórych z nich. A zatem, przekazanie zapytań wraz z wyjaśnieniami powinno nastąpić w tym samym momencie, jeśli chodzi o indywidualną odpowiedź wykonawcy, który zadał pytania, udostępnienia ich treści wykonawcom, którym zamawiający przekazał SIWZ oraz publikacji na stronie internetowej.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Jawność postępowania a tajemnica przedsiębiorstwa - przykłady naruszeń przepisów ustawy Pzp w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, określoną w art. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca w praktyce uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Stosownie do treści art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, o których mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załącznik do protokołu. Zgodnie zaś z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty są jawne od chwili ich otwarcia.

Jednym z podstawowych ograniczeń zasady jawności jest nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W myśl 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.

Z treści cytowanych przepisów wynika, iż protokół jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 419). Zgodnie z tym przepisem 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.¹

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład 1.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Y złożył ofertę, w której zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wycenione Przedmiary Robót. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie, w którym zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. Wycenionych Przedmiarów Robót. Wykonawca w przedmiotowym uzasadnieniu wskazał m.in., że *„Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę - kalkulacje ceny ofertowej (kosztorysy ofertowe) stanowią informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu robót (zakresu opisanego nazwą danej pozycji oraz odpowiednim fragmentem dokumentacji przetargowej - siwz, dokumentacji technicznej, STWiOR), stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc roboty budowlane na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą.*

Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Każdy profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych wykonawca, w oparciu o zapisy siwz, w tym dokumentacji przetargowej, może bowiem na podstawie danych zawartych w zastrzeganym kosztorysie - cen jednostkowych, odtworzyć zastosowany przez Wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny. Być może mechanizm ten nie będzie pełny, bowiem

¹ ww. regulacja uległa zmianie na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 1637), która weszła w życie 4 września 2018 r.

nie wszystkie założenia można odtworzyć na podstawie tylko i wyłącznie danych finalnych w postaci ceny jednostkowej, niemniej będzie on na tyle szczegółowy, by określać tendencje, trendy wykorzystywane przez Wykonawcę oraz stałe elementy strategii budowania ceny.

Okolicznością nie budzącą przy tym większych wątpliwości jest to, że informacje te mają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą. Co prawda, zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Zasady kalkulacji, które zastosował w niniejszej sprawie Wykonawca, są bowiem wspólne dla wszystkich kalkulacji opracowywanych przez Wykonawcę, stanowią wynik jego doświadczeń, związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją robót budowlanych, decydują o jego przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa ofertę.

Nadto, nie sposób nie dostrzec, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych robót powtarzalnych - robót, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Przy poziomie szczegółowości kalkulacji wymaganej w siwz niniejszego postępowania, można założyć, że pozycje o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe zastosowane w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, jeśli ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo wyceniać określony zakres robót, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych, prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień).

Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (tak wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). (...) Dodać przy tym należy, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach

pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14). Tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia”.

W toku oceny oferty Wykonawcy Y zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę Wycenionych Przedmiarów Robót jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższy dokument nie został ujawniony przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej: „ustawa Znk”, 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. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (zawartym na stronie internetowej pod adresem: www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa) za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

W kontrolowanym postępowaniu formularz Wycenionych Przedmiarów Robót stanowił załącznik nr 3 do rozdz. B SIWZ. Zgodnie z działem XIV pkt 3 rozdz. A siwz, Wykonawca

obowiązany był złożyć wraz z ofertą Wycenione Przedmiary Robót uzupełnione o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez Wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty (rozdz. A dział XVIII siwz). W postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wycenionych Przedmiarów Robót prowadzi do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić ze stanowiskiem Wykonawcy Y, iż: *„Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how (...)”*, bowiem treść Wycenionych Przedmiarów Robót została sporządzona przez zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Wskazał to również sam wykonawca stwierdzając, że: *„Co prawda, zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”*. Tym samym należy stwierdzić, że zawarte w Wycenionych Przedmiarach Robót ceny - w tym przypadku - nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że: *„Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany”*, bowiem samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez zamawiającego kosztorysie (w tym przypadku w Wycenionych Przedmiarach Robót), nie wskazuje na sposób dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny, czy sposobu budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii.

Ponadto, żadne z przytoczonych w uzasadnieniu Wykonawcy Y orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazuje na analogiczny do powyższego postępowania stan faktyczny, w którym to zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane sporządzał kosztorys (w tym przypadku -Wyceniony Przedmiar Robót), a zadaniem Wykonawcy było jedynie wypełnienie pól dotyczących cen w poszczególnych jego pozycjach.

Tym samym, nie można uznać, że informacje dotyczące cen wskazanych przez Wykonawcę Y w Wycenionych Przedmiarów Robót, zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny zostać ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy ZnK. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 21 czerwca 2018 r. (sygn. akt: KIO/KU 26/18) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

Przykład 2.

W przedmiotowym postępowaniu konsorcjum X złożyło ofertę, w której zastrzegło informacje zawarte w formularzu ofertowym, formularzach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) oraz w zobowiązaniach podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. nazwę podmiotów na zdolnościach których polegał.

W uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dot. części oferty, konsorcjum X w zakresie dotyczącym powodów utajnienia zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, Wykonawca wskazał, iż *„Informacje przedstawione we wszystkich ww. dokumentach Wykonawcy objętych niniejszym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo-organizacyjny i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie zawartych w Ofercie Wykonawcy oraz w załączonych do niego dokumentach - danych i informacji - Innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy i potencjału, którym dysponuje Wykonawca - w tym także - w przypadku zestawienia pozycji ofertowych wiedzy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty. (...)*

Wejście przez konkurencyjne podmioty w posiadanie informacji o dysponowaniu przez Wykonawcę przedstawionym zespołem lub nawet poszczególnymi osobami o wymaganych uprawnieniach doświadczeniu zawodowym stanowi zagrożenie wykorzystania tych informacji do działań sprzecznych z uczciwą praktyką handlową i do przejęcia wykwalifikowanego personelu Wykonawcy na jego szkodę czynu jako czyn nieuczciwej konkurencji. Pozyskanie również tego rodzaju informacji przez Inne podmioty działające w tej samej branży może zniwelować przewagę konkurencyjną, jaką Wykonawca posiada w związku posiadaniem odpowiednio wykwalifikowanej kadry.

Powyższe dotyczy również relacji handlowych Wykonawcy i pozyskanych dzięki owocnej i długoletniej współpracy deklaracji podmiotów trzecich o udostępnieniu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Niektóre z wymagań zamawiającego dotyczące doświadczenia czy kadry są wymaganiami bardzo specjalistycznymi, które może spełnić niewiele firm. Relacje zbudowane przez Wykonawcę z podmiotami trzecimi umożliwiają pozyskanie ich zasobów celem spełnienia wymagań zamawiającego, a tym samym nawiązanie współpracy w celu realizacji określonych zadań podczas realizacji projektu. Ujawnienie tego typu informacji branży może zniwelować przewagę konkurencyjną, jaką Wykonawca posiada w związku z posiadaniem ww. relacji handlowych. (...).”.

Konsorcjum X odnośnie podejmowania niezbędnych działań w celu ich ochrony, w szczególności poprzez objęcie ich klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazało „(...)

w ramach czynności podjętych w celu zachowania powyższych informacji w tajemnicy, każdy z pracowników Wykonawcy zobowiązał się poprzez pisemne oświadczenie do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych. Ponadto dostęp do ww. informacji ma jedynie ograniczony i ściśle określony krąg osób. Przedmiotowe dokumenty są przechowywane w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby nieuprawnione”.

Pismem z dnia 12.12.2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał konsorcjum X do złożenia dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia, tj. przewidzianych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126, dalej: „rozporządzenie”), określonych w § 2 ust. 2 pkt 3 i 4, § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 oraz § 5 pkt 1 – 6 oraz 9 i 10 rozporządzenia. Wykonawca złożył w terminie ww. dokumenty, zastrzegając wszystkie dokumenty podmiotu trzeciego jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum X w zakresie dotyczącym powodów utajnienia dokumentów podmiotu trzeciego, powtórzyło argumentację zawartą w uzasadnieniu części oferty oraz wskazało co następuje „(...) ujawnienie informacji zawartych w przedłożonym wykazie usług i robót oraz wykazie osób i referencjach pozwoliłoby innym wykonawcom na zidentyfikowanie tych informacji znajdujących się w JEDZ wykonawcy dotyczących poszczególnych osób i inwestycji, które zostały już uprzednio skutecznie zastrzeżone na etapie składania oferty. Zastrzeżone dokumenty obejmują bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane, które pozwoliły wykonawcy na uczestniczenie w niniejszym postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty na realizację zamówienia. Informacje te mają bezpośredni wpływ na zdolność składania najkorzystniejszych ofert w postępowaniach przetargowych (publicznych i prywatnych). Ich ujawnienie doprowadziłoby do utraty przewagi konkurencyjnej i tym samym istotnie zagrażałoby pozycji rynkowej wykonawcy, w tym możliwości zdobywania kolejnych zamówień”.

Zamawiający w toku kontroli uprzedniej został poproszony o udzielenie udokumentowanych wyjaśnień w związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu konsorcjum X zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa nazwy podmiotów, na których zdolnościach Wykonawca polega. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 19.04.2018 r. udzielił m.in. następujących wyjaśnień „(...) zamawiający uznał za zasadne i skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę „nazwę podmiotu”, jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi, iż nazwa ta została umieszczona w części oferty, która została fizycznie wydzielona, technicznie utajniona (złożona w dodatkowej zamkniętej kopercie) oraz oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa (każda strona została oznakowana stosownym zapisem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”). Dodatkowo, w uzasadnieniu utajniania części oferty, wykonawca nie wskazał, iż tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są jedynie nazwiska osób fizycznych. (...)”.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej: „ustawa Znk”, 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. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum X w zakresie nazwy podmiotu trzeciego prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom w zakresie nazwy podmiotu, na którego zdolnościach technicznych i zawodowych Wykonawca polega, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż konsorcjum X nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganej nazwy podmiotu trzeciego. Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób jego konkurenci, po ujawnieniu jedynie nazwy podmiotu trzeciego, mogą powziąć wiedzę na temat wycen przygotowanych przez daną firmę do oferty, prowadzić spekulacje rynkowe, czy pozyskiwać potencjał kadrowy. Mając na uwadze powyższe, za nieprawidłowe należy uznać, że na podstawie nazw podmiotów trzecich możliwe jest określenie strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej Wykonawcy. W celu uzyskania takich danych konieczne jest uzyskanie dostępu także do dokumentów wewnętrznych Wykonawcy, w tym przedłożonych przez podmiot trzeci. Sam fakt uzyskania nazwy wskazanego podmiotu nie daje możliwości poznania polityki cenowej Wykonawcy. Następnie należy wskazać, iż z faktu korzystania z zasobu podmiotu trzeciego nie można wyciągać wniosku, że Wykonawca samodzielnie nie dysponuje określonymi zasobami.

W uzasadnieniu konsorcjum X nie wyjaśniło, jaką wartość gospodarczą ma ten fakt w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze dobór podmiotu trzeciego przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na szczególną specyfikę zamówienia oraz fakt, iż może mieć on pewną wartość gospodarczą, należy podkreślić, iż do obowiązków

Wykonawcy należało tę specyfikę szczegółowo opisać, a swe stanowisko umotywić i poprzeć dowodami. Konsorcjum X przedstawiło ogólne wyjaśnienia, bez załączenia dowodów na poparcie swoich tez. Wykonawca nie wykazał też, aby odtajnienie nazwy podmiotu trzeciego w tym postępowaniu umożliwiłoby konkurentom nawiązanie współpracy z ww. podmiotem. W sytuacji, gdy odpowiedni dobór podmiotów trzecich był istotnym elementem uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, to do obowiązków Wykonawcy należało opisanie i wyjaśnienie wartości gospodarczej wskazanej informacji. Tym czasem, Wykonawca jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał głównie możliwość podjęcia „działań sprzecznych z uczciwą praktyką handlową i do przejęcia wykwalifikowanego personelu” przez pozostałe podmioty potencjału kadrowego dysponującego odpowiednim doświadczeniem, a więc argument typowy dla zastrzeżenia treści wykazu osób w zakresie kluczowego personelu. Jednakże Wykonawca nie udowodnił, iż obawa przed ww. podkupieniem potencjału kadrowego podmiotów, z którymi nawiązał współpracę (na zasobach których polega), jest uzasadniona gospodarczo, technicznie, technologicznie czy organizacyjnie. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zabezpieczenia się przez niego przed możliwością dopuszczenia ww. informacji w zakresie nazwy podmiotu trzeciego do publicznej wiadomości

Ponadto konsorcjum X w zakresie podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności wskazanych informacji, powoływało się w uzasadnieniu na zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego na oświadczenia o zachowaniu w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych podpisane przez pracowników wykonawcy. Ponadto wskazano, iż dostęp do niniejszych informacji ma ograniczony i ściśle określony krąg osób, zaś wskazane dokumenty są przechowywane w sposób uniemożliwiający dostęp do nich przez osoby nieuprawnione. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż Wykonawca w uzasadnieniu powoływał się na dokumenty wewnętrzne lub opisywał ogólnie oświadczenia podpisane przez pracowników, nie przytaczając ich treści oraz nie załączając ich jako dowodów do ww. uzasadnienia. Zgodnie z powyższym, należy poddać pod wątpliwość na jakiej podstawie zamawiający ocenił, iż polityka bezpieczeństwa wskazana przez ww. Wykonawcę jest rzeczywiście prowadzona.

Reasumując, należy po pierwsze wskazać, iż zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opierając się jedynie na oświadczeniu konsorcjum X, iż dokumenty wewnętrzne Wykonawcy uzasadniają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie potencjału kadrowego, jak i nazw podmiotów, na których zdolnościach Wykonawca polega. Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. Wykonawca wskazał jedynie na ogólnikowe informacje w zakresie podjętych kroków mających na celu zachowanie informacji zamieszczonych w dokumentach zawierających nazwę wskazanego podmiotu jako poufną.

Tym samym nie można uznać, że informacje dotyczące nazwy podmiotu, na którego zdolnościach ww. Wykonawca polega, zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy

przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być one ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład 3.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca XYZ złożył ofertę, w której zastrzegł informacje zawarte w formularzu ofertowym, formularzach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) oraz w zobowiązaniach podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. nazwy podmiotów, na zdolnościach których polegał.

Zamawiający pismem z dnia 18.08.2017 r. poinformował Wykonawcę XYZ o odtajnieniu części ogólnej uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorcy (str. 133 – 136 oferty) z wyłączeniem odtajnienia nazw podmiotów trzecich. Wykonawca XYZ w piśmie z dnia 23.08.2017 r. wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, zgodnie z którym na str. 133 – 136 znajduje się jedynie część ogólna wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, iż na ww. stronach znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 31.08.2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę XYZ do złożenia dokumentów i oświadczeń aktualnych na dzień złożenia, w terminie do dnia 11.09.2017 r., tj. przewidzianych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126, dalej: „rozporządzenie”), określonych w § 5 pkt 1 – 9 rozporządzenia, wykazu robót, wykazu osób, wykazu narzędzi, informacji banku, części sprawozdania finansowego. Zamawiający żądał złożenia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów określonych w § 5 pkt 1 - 3, 5 - 9 rozporządzenia. Wykonawca złożył w terminie ww. dokumenty, zastrzegając wszystkie dokumenty podmiotów trzecich jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podając uzasadnienia (nie wykazując, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

W wyjaśnieniach (odtajnionych) Wykonawcy XYZ w zasadniczej części dotyczącej powodów utajnienia zobowiązania podmiotów oddających do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, Wykonawca wskazał, iż „(...) firmy, na zasobach których wykonawca polega także zastrzegają informacje stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa pod rygorem kar pieniężnych dla podmiotu, któremu ów zasób został udostępniony. (...) W tym miejscu należy podkreślić, iż w ramach czynności podjętych w celu zachowania powyższych informacji w tajemnicy każdy z pracowników Wykonawcy zobowiązał się poprzez pisemne oświadczenie do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych. Powyższa argumentacja odnosi się również do treści zobowiązań dot. udostępnienia zasobu, z którego wynikają dane osobowe udostępnianego personelu. Z treści złożonej oferty wynika, że Wykonawca XYZ objął tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko informacje dot. udostępnionego

zasobu który sam w sobie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ale także nazwę podmiotu który zgodził się na udostępnienie zasobu”.

Natomiast w wyjaśnieniach (odtajnionych) Wykonawcy XYZ dotyczących powodów utajnienia nazw podmiotów oddających do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, ww. Wykonawca wskazał: „Jest to szczególny przypadek występujący w postępowaniach, w których ocenie podlega nie tylko cena, termin, ale także doświadczenie personelu. Wynika to z faktu bardzo wysokich wymagań dot. zdobytego doświadczenia specjalistów, którymi dysponuje lub będzie wykonawca dysponował w trakcie realizacji zadania udzielonego w ramach zamówienia publicznego. I tak w przypadku kierownika robót srk, Wykonawca utajnił zarówno podmiot udostępniający tj. _____ i zasób udostępniony. W związku z tym, iż Wykonawca nie jest wykonawcą sterowania ruchem kolejowym w celu sporządzenia rzetelnej oferty dla zamawiającego polega na ofertach podwykonawczych. W naszym rynku działa kilka firm (max. 4 firmy), które posiadają na tyle duży potencjał finansowy, sprzętowy, kadrowy, że są w stanie zrealizować przedmiotowe zadanie w sposób należyty. Gdyby „rynek”, tj. konkurencyjne firmy lub sami podwykonawcy, dowiedziały czyj zasób został udostępniony wykonawcy, to na wstępie wykonawca pozbawiony zostałby wycen w tym zakresie na przedmiotowym zadaniu. W przyszłości prowadzenie negocjacji byłoby stanowczo utrudnione jako wiązanie wykonawcy tylko z jednym podwykonawcą w branży srk oraz wykonawca mógłby utracić zaufanie innych firm, które także udostępniły swój zasób, a wykonawca akurat wybrał inny. To także sugerowałoby, od którego z podwykonawców tej dość ograniczonej pod względem konkurencji (...) jest przyjęta wycena do oferty dla zamawiającego, a to w konsekwencji przyczyniłoby się tylko do spekulacji rynkowych na co firma notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych nie może sobie pozwolić.

Z kolei w przypadku biura projektowego, to Wykonawca otrzymał kompleksową ofertę na wykonanie usług projektowych wraz z udostępnieniem potencjału osobowego i doświadczenia. Doświadczenie samo w sobie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa ale jako, iż udostępnienie doświadczenia idzie w parze z udostępnieniem potencjału kadrowego, to ujawnienia nazwy biura projektowego spowodowałoby spekulacje, iż jest on preferowany nad innymi i uniemożliwiłoby Wykonawcy pozyskanie innych ofert z innych biur projektowych. Im więcej ofert z „rynku” tym lepsza weryfikacja i większa dokładność w wyborze tego jednego, który zapewni należyte wykonanie zamówienia.

Dodatkowo biuro projektowe _____ udostępniło potencjał kadrowy wykonawcy z zastrzeżeniem kary pieniężnej w przypadku ujawnienia osoby, której udostępnienie dotyczy wyrażonej kwotą 7 cyfrową wyrażoną w polskich złotych.

W przypadku zasobów własnych wykonawca przyjął powyższe argumenty zwłaszcza, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane na kolei obecny czas jest tzw. „czasem urodzaju” pod względem ilości robót, a rynek inżynierów nie podąża tak szybko za inwestycjami. Inżynier po studiach nie posiada wymaganego w SIWZach doświadczenia. Stąd wszyscy wykonawcy zaczynają mieć ograniczone możliwości kadrowe, zwłaszcza, iż większość kontraktów

jest/będzie realizowane w tych samych prawie okresach czasowych co powoduje, iż nie da się współdzielić zasobu. Ktoś ma, a ktoś inny nie ma.

Ujawnienie danych zaognia walkę pomiędzy wykonawcami, w związku z powyższym Wykonawca XYZ nie chce ujawniać, jakim potencjałem dysponuje, aby nie narażać się na podkupywanie personelu, czyli utratę tej konkretnej wiedzy, doświadczenia, informacji, które stanowią o konkurencyjności wykonawcy jak umowy ramowe, potencjalni podwykonawcy, możliwości mobilizacyjne/demobilizacyjne, siła negocjacyjna z dostawcami/producentami, zasoby ilościowe kadrowe, finansowe, sprzętowe. Do tych wszystkich informacji kierownicy posiadają dostęp ze względu na pełnione przez nich funkcje na budowach i obowiązki wobec inwestorów i zarządu firmy XYZ. Utrata poprzez „odkupienie” kluczowego pracownika powoduje, iż Wykonawca XYZ traci zasób sam w sobie, a po drugie naraża na ujawnienie informacji poprzez wykorzystanie przez kierownika zdobytego w ramach pracy w XYZ. doświadczenia (nieświadomie) w duchu jak najlepszego wykonywania przez danego kierownika swoich obowiązków.”

Zamawiający w toku kontroli uprzedniej został poproszony o udzielenie udokumentowanych wyjaśnień w związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca XYZ zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nazwy podmiotów, na których zdolnościach technicznych i zawodowych Wykonawca polega. W odpowiedzi na powyższe, zamawiający w piśmie z dnia 08.02.2018 r. udzielił m.in. następujących wyjaśnień: „Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) oraz do art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdaniem Zamawiającego Wykonawca w swoich wyjaśnieniach prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie:

- a. Części II C i Części IV c ppkt 2 formularza JEDZ,
- b. Pkt 10 Załącznika nr 1 Formularza ofertowego,
- c. Załącznika nr 11 - Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca wyjaśnił, iż informacje o potencjale kadrowym mogą mieć wartość gospodarczą, wykonawca wskazał, że nie są podawane do publicznej wiadomości, a ponadto każdy z pracowników wykonawcy zobowiązał się do zachowania w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych. Wykonawca wyraźnie wskazał, iż zastrzeżenie dotyczące nieujawniania informacji obejmuje również nazwę podmiotu, który wyraził zgodę na udostępnienie zasobu. Ponadto wykonawca wskazał, że przedsiębiorcy na zasobach, których wykonawca polega także zastrzegają informacje stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa pod rygorem kar pieniężnych dla podmiotu któremu ów zasób został udostępniony. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy, należy więc uznać, iż faktycznie zostały podjęte działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. (...) Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy rozpoczynają się na stronie (...) Wykonawca dowodzi w nich (powołując się także na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie), że bezsprzecznie informacje takie mają wartość gospodarczą co Zamawiający uznał. (...) Zamawiając przychylił się do wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie, będących

kontynuacją zacytowanego w piśmie UZP fragmentu pisma Wykonawcy XYZ. Utajnienie nazwy biura projektowego jest ściśle powiązane z udostępnieniem potencjału kadrowego, a dodatkowo ujawnienie informacji zastrzeżonych obarczone jest karą pieniężną (vide cytowany w piśmie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie)."

Pismem z dnia 21.02.2018 r. poproszono zamawiającego o dodatkowe wyjaśnienia w poniższym zakresie.

1) Na każdej stronie załączonych do oferty Wykonawcy XYZ formularzach JEDZ dotyczących _____ Sp. z o. o. oraz _____ S.A. widnieje pieczęć „tajemnica przedsiębiorstwa”. Mając na uwadze powyższe, poproszono o informację czy zamawiający w związku z brakiem zastrzeżenia przez ww. Wykonawcę na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, treści formularzy JEDZ złożonych przez ww. podmioty trzecie jako tajemnica przedsiębiorstwa (brak uzasadnienia takiego zastrzeżenia) ujawnił treść tych formularzy.

2) Przy piśmie Wykonawcy XYZ z dnia 11.09.2017 r. złożone zostały, w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, dokumenty i oświadczenia dotyczące ww. Wykonawcy oraz podmiotów trzecich. W załączonym do ww. pisma „spisie dokumentów (...)” jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wskazano dokumenty i oświadczenia znajdujące się na str. 146 - 191, w tym załącznik nr 5 – oświadczenie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaświadczenia z KRK, zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego podmiotów trzecich, _____ Sp. z o. o. oraz _____ S.A., oraz KRS _____ S.A. Ponadto jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżony został „załącznik nr 7 – wykaz wykonanych robót i usług przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 183 i 184), poświadczenie należytego wykonania usług na rzecz _____ Sp. z o.o. , „załącznik nr 8 – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 186-191). Jednocześnie na wszystkich stronach od 146 do 191 znajduje się pieczęć „tajemnica przedsiębiorstwa”. Do przedmiotowego pisma ww. Wykonawca nie załączył uzasadnienia i nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym poproszono o wyjaśnienie, czy zamawiający odtajnił treść ww. dokumentów znajdujących się na str. 146 - 182 (tj. załącznik nr 5 – oświadczenie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zaświadczenia z KRK, zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego podmiotów trzecich, _____ Sp. z o. o. oraz _____ S.A., oraz KRS _____ S.A.). W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o informacje, czy treść ww. oświadczeń i dokumentów została odtajniona w pełnym, czy w ograniczonym zakresie. Jeżeli odtajnienie nastąpiło w ograniczonym zakresie, poproszono o podanie w jakim.

Ponadto poproszono o informację, czy zamawiający odtajnił „załącznik nr 7 – wykaz wykonanych robót i usług przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 183 i 184), poświadczenie należytego wykonania usług na rzecz _____ Sp. z o.o. , oraz „załącznik nr 8 – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 186-191). W przypadku odpowiedzi

twierdzącej, poproszono o informacje czy treść ww. dokumentów została odtajniona w pełnym czy w ograniczonym zakresie.

Przy piśmie z dnia 22.02.2018 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień, tj.: „Ad 1. W ofercie Wykonawcy datowanej 19.06.2017 r. na stronie 4 zostały wymienione dokumenty objęte przez Wykonawcę tajemnicą przedsiębiorcy. Zostały tam wskazane:

1. fragment Formularza ofertowego zawierający nazwy podmiotów trzecich, na których zdolnościach wykonawca będzie polegał;
2. część JEDZ Wykonawcy XYZ w zakresie objętym tajemnicą;
3. JEDZ podmiotu nr 2 (tj. _____ Sp. z o.o.) i jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów;
4. JEDZ podmiotu nr 3 (tj. _____ S.A.) i jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Wykonawca w punkcie 2 uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych części oferty opisuje zasadność zastrzeżenia zarówno nazw podmiotów trzecich, jak i ich wszystkich dokumentów, w tym również zobowiązań oraz JEDZ (pomimo nie wymienienia go z nazwy) - strona 134. Skoro Wykonawca zastrzegł dane podmiotów trzecich nawet w Formularzu ofertowym (nie wymieniając ich nazw i adresów), to logicznym jest, że zgodnie ze swoją deklaracją zastrzegł również wszystkie złożone przez te podmioty dokumenty, które w łatwy sposób pozwalają na identyfikację tajemnicy, tj. JEDZ, załącznik nr 5, zaświadczenia KRK, zaświadczenia z ZUS i US oraz wszystkie inne dokumenty dotyczące ___ Sp. z o.o. oraz ___ S.A.

Ad 2. Odnośnie dokumentów złożonych przez Wykonawcę w dniu 11.09.2017 r., to objęcie tajemnicą przedsiębiorcy:

1. dokumentów podmiotu nr 2 (tj. _____ Sp. z o.o.) i jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów;
2. dokumentów podmiotu nr 3 (tj. _____ S.A.) nastąpiło w analogicznym zakresie jak w ofercie.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone wraz z ofertą obejmują również wszystkie dokumenty dotyczące ___ Sp. z o.o. oraz ___ S.A. złożone przez Wykonawcę w terminie późniejszym - w tym również te złożone 11.09.2017 r. Tylko i wyłącznie takie podejście Zamawiającego uniemożliwia pozostałym Wykonawcom identyfikację (nawet pośrednią) danych zastrzeżonych przez Wykonawcę XYZ. Z opinii z dnia 17.07.2017 r. przedstawionej przez radcę prawnego odnośnie zasadności objęcia tajemnicą tych dokumentów wynika, że jest ono zasadne, a ujawnić należy wyłącznie wyjaśnienia z zastrzeżeniem zakrycia nazw podmiotów trzecich. Wobec tego Zamawiający nie ujawnił innych zastrzeżonych dokumentów - tylko wyjaśnienia zasadności utajnienia niektórych części oferty, o czym zawiadomił Wykonawcę w dniu 18.08.2017 r.”

Mając powyższe na uwadze należy wskazać na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej: „ustawa Znk”, 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. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż zarówno zastrzeżenie poufności, jak i wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą nastąpić w tej samej chwili, tj. nie później niż w terminie składania ofert w przetargu nieograniczonym, jak również, iż dodatkowym obowiązkiem wykonawcy dokonującego zastrzeżenia, jest jednoczesne wykazanie, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji.

Analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę XYZ w zakresie nazwy podmiotów trzecich prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich materiałów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom w zakresie nazwy podmiotów, na których zdolnościach technicznych i zawodowych wykonawca polega, powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania stosownych dowodów, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż Wykonawca XYZ nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych nazw podmiotów trzecich. Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób jego konkurenci, po ujawnieniu jedynie nazw podmiotów trzecich mogą powziąć wiedzę na temat wycen przygotowanych przez daną firmę do oferty, prowadzić spekulacje rynkowe, czy pozyskiwać potencjał kadrowy. Mając na uwadze powyższe, za nieprawidłowe należy uznać, że na podstawie nazw podmiotów trzecich możliwe jest określenie strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej wykonawcy. W celu uzyskania takich danych, konieczne jest uzyskanie dostępu także do dokumentów wewnętrznych wykonawcy, w tym przedłożonych przez podmioty trzecie. Sam fakt uzyskania nazw wskazanych podmiotów nie daje możliwości poznania polityki cenowej Wykonawcy. Następnie należy wskazać, iż z faktu korzystania z zasobu podmiotu trzeciego nie można wyciągać wniosku, że Wykonawca samodzielnie nie dysponuje określonymi zasobami. W uzasadnieniu Wykonawca XYZ nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą ma ten fakt

w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze dobór podmiotów trzecich przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na szczególną specyfikę zamówienia oraz fakt, iż może mieć on pewną wartość gospodarczą, należy podkreślić, iż do obowiązków Wykonawcy należało tę specyfikę szczegółowo opisać, a swe stanowisko umotywić i poprzeć dowodami. Wykonawca XYZ przedstawił ogólne wyjaśnienia, bez załączenia dowodów na poparcie swoich tez. Ponadto Wykonawca nie udowodnił twierdzenia, iż na rynku działają maksymalnie 4 firmy, które posiadają na tyle duży potencjał, m.in. kadrowy czy finansowy, pozwalający na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie wykazał też, aby odtajnienie nazw podmiotów trzecich w tym postępowaniu umożliwiło konkurentom nawiązanie współpracy z ww. podmiotami. W sytuacji, gdy odpowiedni dobór podmiotów trzecich był istotnym elementem uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, to do obowiązków Wykonawcy należało opisanie i wyjaśnienie wartości gospodarczej wskazanej informacji. Tym czasem Wykonawca jako argument dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał głównie możliwość „podkupienia” przez pozostałe podmioty potencjału kadrowego dysponującego odpowiednim doświadczeniem, a więc argument typowy dla zastrzeżenia treści wykazu osób w zakresie kluczowego personelu. Jednakże Wykonawca nie udowodnił, iż obawa przed ww. podkupieniem potencjału kadrowego podmiotów, z którymi nawiązał współpracę (na zasobach których polega), jest uzasadniona gospodarczo, technicznie, technologicznie czy organizacyjnie. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie zabezpieczenia się przez niego przed możliwością dopuszczenia ww. informacji w zakresie nazw podmiotów trzecich do publicznej wiadomości.

Ponadto Wykonawca XYZ w zakresie podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności wskazanych informacji, powoływał się w uzasadnieniu na zastrzeżenie danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotów trzecich pod rygorem kar pieniężnych dla podmiotu, któremu wskazany zasób został udostępniony oraz na oświadczenia o zachowaniu w tajemnicy informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych podpisane przez pracowników wykonawcy. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż Wykonawca w uzasadnieniu powoływał się na dokumenty wewnętrzne lub opisywał ogólnie umowy zawarte z ww. podmiotami w zakresie potencjału kadrowego lub technicznego, nie przytaczając ich treści oraz nie załączając ich jako dowodów do ww. uzasadnienia. Zgodnie z powyższym, należy poddać pod wątpliwość na jakiej podstawie zamawiający ocenił, iż polityka bezpieczeństwa wskazana przez ww. Wykonawcę jest rzeczywiście prowadzona.

Następnie należy stwierdzić, iż uznanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie na podstawie złożonych wraz z ofertą wyjaśnień Wykonawcy XYZ w zakresie nazw podmiotów trzecich, również w stosunku do wszystkich dokumentów odnoszących się do ww. podmiotów trzecich, złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jest nieuzasadnione. Bowiem, jak wskazano to powyżej, ww. Wykonawca nie wykazał w wystarczający sposób objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nazw tych

podmiotów. Ponadto zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą obejmują również wszystkie dokumenty dotyczące ww. podmiotów trzecich, złożone na późniejszych etapach postępowania. Bowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dołączonym do oferty, ww. Wykonawca nie zawarł takiego zapisu. Wykonawca XYZ przedłożył przedmiotowe dokumenty wyłącznie z pieczętą „tajemnica przedsiębiorstwa”, w tym m.in. informacje z Krajowego Rejestru Sądowego wskazanych spółek, które co do zasady są dokumentami jawnymi.

Reasumując, należy po pierwsze wskazać, iż zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa opierając się jedynie na oświadczeniu Wykonawcy XYZ, iż umowy zawarte z podmiotami trzecimi oraz dokumenty wewnętrzne Wykonawcy uzasadniają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie potencjału kadrowego, jak i nazw podmiotów, na których zdolnościach wykonawca polega. Po drugie, w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. Wykonawca wskazał jedynie na ogólnikowe informacje w zakresie podjętych kroków mających na celu zachowanie informacji zamieszczonych w dokumentach, zawierających nazwę wskazanych podmiotów jako poufnych.

Tym samym nie można uznać, że informacje dotyczące nazw podmiotów, na których zdolnościach ww. Wykonawca polega, zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego.

Zaniechanie zamawiającego w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład 4.

Pismem z dnia 18.12.2017 r. Wykonawca Z na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył żądane dokumenty. Wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł „Wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia”, tj. załącznik nr 2 do IDW.

W wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wskazał, iż: „(...) wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, niewątpliwie spełnia wszystkie przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można mu odmówić rzeczoności charakteru, bowiem, biorąc pod uwagę profil działalności przedsiębiorstwa oraz wiedzę fachową jego pracowników, zamówienie niewątpliwie przedstawia wartość nie tylko dla wykonawcy, ale także według obiektywnych kryteriów. Powyższa informacja ma charakter organizacyjny w rozumieniu ustawy, a wykonawca informuje, że co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Ponadto z informacji utajnionych wynikają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa i jego strategią gospodarczą. Podanie

do publicznej wiadomości zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom wykonawców i naruszyć relacje konkurencyjne. Może także prowadzić do uzyskania przez przyszłych potencjalnych kontrahentów Wykonawcy wiedzy, która może być wykorzystana do podejmowania prób współpracy niezgodnych z zasadami Wykonawcy, a które w przypadku ich powodzenia mogłoby skutkować trudnymi do wyobrażenia konsekwencjami finansowymi. (...)” W dalszej części wyjaśnień wykonawca powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Najwyższego.

Pismem z dnia 08.01.2018 r. Wykonawca A wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 55/18), w którym zarzucił zamawiającemu m.in. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwą ocenę i uznanie, iż informacje znajdujące się w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i że Wykonawca Z wykazał, iż informacje znajdujące się w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wyrokiem z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. W zakresie ww. zarzutu w wyroku wskazano, iż: *„(...) Izba oddaliła odwołanie ze względu na treść art. 192 ust. 2 Pzp stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę rozstrzygnięcie w zakresie pozostałych zarzutów, nakazanie odtajnienia zastrzeżonej przez Przystępującego [przyp. kontrolera wykonawcy Z] części oferty nie zmieniałoby niczego w sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Izba wzięta pod uwagę fakt, któremu Odwołujący w toku rozprawy nie zaprzeczył, że z tytułu informacji ujętych w zastrzeżonym wykazie osób Przystępujący nie uzyskał żadnych dodatkowych punktów w toku oceny oferty. Izba zwraca jednak uwagę, że wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, czyli jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych. Możliwość zastrzeżenia niektórych, załączonych do oferty informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione. W przypadku zastrzeżonej części oferty Przystępującego, niezależnie od wartości utajnionych informacji uzasadnienie zastrzeżenia było zbyt lakoniczne. Nie powinno być zatem oparciem dla Zamawiającego przy podjęciu decyzji o odmowie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Przystępującego. (...) Izba zwraca ponadto uwagę, że informacje zawarte w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa wykazie dotyczą projektantów, kierowników robót i kierowników budów, osób które brały udział w realizacjach zamówień publicznych. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że informacje te są skutecznie chronione przed ujawnieniem. Chociażby ze względu na przepisy prawa budowlanego (jawność nazwisk autorów projektów budowlanych, wpisywanie do*

Dzienników Budowy nazwisk kierowników robót, ujawnianie na tablicach informacyjnych nazwisk kierowników budowy) nie byłoby możliwe realne zachowanie takich danych w tajemnicy. Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione przez Przystępującego na podstawie umów o pracę ujawnione są, np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m. in. organy kontrolne, na których działanie Przystępujący nie ma wpływu. Z tego względu Przystępujący z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie w pełni skutecznie zachować zastrzeżonych w ofercie informacji w tajemnicy. Niemożliwym jest zatem spełnienie warunku, że zastrzeżone informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej. (...) Mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk, Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, ze względu na fakt, że Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego ujemnie wpłynęło na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.(...)”.

Pismem z dnia 07.03.2018 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy w toku postępowania wykonawcy lub inne podmioty zwracały się do zamawiającego z prośbą o odtajnienie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożonego przez Wykonawcę Z. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o przesłanie pism wykonawców lub innych podmiotów wraz z odpowiedzią zamawiającego. Ponadto poproszono o wyjaśnienie, czy w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18), w którym Izba stwierdziła, iż: „(...) wyjaśnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania miało charakter w znacznej mierze ogólnikowy, nie spełniało zatem wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania (...)”, zamawiający odtajnił wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia przedłożony przez Wykonawcę Z.

Pismem z dnia 12.03.2018 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, iż: „W toku postępowania jedynie Wykonawca A zwracał się z prośbą o wgląd do dokumentacji postępowania. Dokumentacja ta została wykonawcy udostępniona z wyłączeniem „wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” złożonego przez Wykonawcę Z, w stosunku do którego Wykonawca zastrzegł, iż stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca A, ani żaden inny wykonawca nie zwracał się w toku postępowania z prośbą o odtajnienie powyższego dokumentu. Zagadnienie dotyczące odtajnienia przedmiotowego wykazu osób pojawiło się po raz pierwszy dopiero w odwołaniu Wykonawcy A w postaci podniesionego zarzutu i wniosku o udostępnienie odwołującemu do wglądu wykazu osób. W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający uznał odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp (...). Od powyższej czynności zamawiającego, przystępujący (Wykonawca Z) wniósł sprzeciw. Powyższa kwestia stała się zatem przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku (...) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie w całości (w tym w zakresie nakazania zamawiającemu udostępnienia odwołującemu do wglądu wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia). KIO w uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdziła

wprawdzie, iż wskazane przez Wykonawcę Z wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy nie spełniło wymogów pozwalających na dopuszczenie odstępstwa od zasady jawności postępowania, jednakże uznała, iż nakazanie odtajnienia zastrzeżonej przez przystępującego części oferty nie zmieniłoby niczego w sytuacji odwołującego w postępowaniu. (...)”.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Wykonawca Z przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co - jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza - tylko pozornie wypełnia wskazane w ww. przepisie warunki. Dodatkowe dokumenty, które miały potwierdzać zasadność zastrzeżenia, zostały przedstawione dopiero na etapie rozprawy, co w ocenie Izby nie może być uznane za działanie prawidłowe.

Tym samym, dzieląc przywołaną powyżej argumentację przedstawioną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2018 r. (sygn. akt KIO 55/18), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 11 ust. 4 uznk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład 5.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca B złożył ofertę, w której zastrzegł informacje zawarte w części dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 1 do formularza ofertowego oraz załączniki do oferty od nr 12 do numeru 21 (tj. dokumenty zawarte na stronach: 8, 9 oraz od 61 do 535). Zastrzeżony przez Wykonawcę załącznik nr 12 do oferty stanowi listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

W załączniku nr 1 do oferty Wykonawca zawarł uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności Wykonawca przedstawił ogólne uzasadnienie dotyczące zapewnienia poufności zastrzeganych informacji i nieujawnienia ich do publicznej wiadomości. Następnie Wykonawca przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych dokumentów. W odniesieniu do zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Wykonawca poinformował: *„Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że krąg podmiotów zawartych w dokumencie zawierającym listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy nie jest ujawniony w żadnym rejestrze, ani w żadnym innym ogólnodostępnym zbiorze informacji. Oznacza to, że osoby trzecie nie mają możliwości ustalenia kręgu podmiotów ujętych w zestawieniu załączonym do oferty. To, że ujęte w zestawieniu informacje dotyczące*

poszczególnych spółek, takie jak firma i adres siedziby, są dostępne w rejestrach właściwych według ich siedzib nie oznacza, że ujawnione są w nich powiązania pomiędzy spółkami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej. W oparciu zatem jedynie o informacje zawarte w tych rejestrach nie ma możliwości sporządzenia listy podmiotów należących do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Informacje zawarte w dokumencie spełniają zatem wymóg nieujawnienia ich do wiadomości publicznej, tym bardziej, że dokument ten jest zastrzegany jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których udział bierze Wykonawca. Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”.

W toku oceny oferty Wykonawcy B zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia żadnego z dokumentów uznanych przez Wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji wszystkie zastrzeżone dokumenty, w tym lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, nie zostały ujawnione przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, że zasada jawności postępowania określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej: „ustawa Znk”, 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. Treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach ustawy Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, iż w ramach uzasadnienia istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy Znk, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko poparte dowodami, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Analiza uzasadnienia Wykonawcy B objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej prowadzi do wniosku, że w uzasadnieniu nie zawarto informacji potwierdzających, że zastrzeżonemu dokumentowi powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym nie zostało wykazane, że zastrzeżony dokument zawiera informacje organizacyjne i handlowe posiadające wartość gospodarczą. W ramach przedstawionego przez Wykonawcę uzasadnienia wskazano w tym kontekście jedynie, że *„Dodatkowo zaznaczyć należy, że wskazana wyżej lista podmiotów należących do grupy kapitałowej jest informacją organizacyjną oraz handlową, bowiem istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym, a co za tym idzie stanowią dla Wykonawcy wartość gospodarczą”*.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż złożona przez Wykonawcę B lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej zawiera wykaz powiązanych z Wykonawcą podmiotów, ograniczający się do wskazania nazw podmiotów oraz adresów ich siedzib. Tego rodzaju informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani handlowego o wartości gospodarczej, co podnosił zamawiający w uzasadnieniu załączonym do oferty. Dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. ich nazwa i adres, nie stanowią informacji o charakterze organizacyjnym i handlowym. Nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, treści powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach takiej grupy. Informacje zawarte w przedmiotowym dokumencie nie zawierają również żadnych informacji o faktycznych relacjach handlowych między powiązаныmi spółkami.

Ponadto w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu Wykonawca B nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą przedstawia wykaz powiązanych z Wykonawcą podmiotów. Wykonawca wskazał, że wartość gospodarcza jaką, zdaniem Wykonawcy, posiada lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi jedną z przesłanek zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołanie się na tę okoliczność powinno jednak nieść za sobą szczegółowe opisanie kwestii rzeczywistego posiadania przez powyższy dokument wartości gospodarczej, umotywowanie stanowiska i poparcie dowodami. Wykonawca B przedstawił jedynie ogólne wyjaśnienia, bez opisanie dowodów na poparcie swoich tez. Wykonawca wskazał wyłącznie, że *„istniejące pomiędzy tymi podmiotami powiązania pozwalają na sprawne i efektywne prowadzenie działalności na rynku międzynarodowym”*. Należy zauważyć, że wiedza na temat sposobu prowadzenia działalności przez powiązane podmioty nie wynika z samej listy podmiotów powiązanych, lecz z wewnętrznej dokumentacji poszczególnych podmiotów, obrazującej wzajemne zależności, wymianę informacji i przedmiot współpracy gospodarczej. Tego rodzaju informacje mogłyby stanowić istotną wiedzę dla podmiotów konkurujących na rynku z Wykonawcą B, jednakże

lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie zawiera żadnych tego typu szczegółów działalności spółki i podmiotów powiązanych.

Mając na uwadze przytoczone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, należy wskazać, iż Wykonawca B nie wykazał, że informacje zawarte w tym dokumencie stanowią informacje o charakterze organizacyjnym, bądź handlowym, posiadające wartość gospodarczą. W oparciu o wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę brak jest możliwości stwierdzenia, iż informacje zawarte w liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej posiadają znaczenie na tyle istotne, że uzasadniają ograniczenie ustawowej zasady jawności postępowania.

Tym samym nie można uznać, że informacje zawarte w powyższym dokumencie zostały skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż powinny być zostać ujawnione przez zamawiającego. Zaniechanie zamawiającego ujawnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Wykonawcy B stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 5 czerwca 2018 r. (sygn. akt: KIO/KD 20/18) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 588/18 – dysponowanie pośrednie i bezpośrednio

„Pomimo iż art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej – nie rozróżnia więc w swojej treści, jak wcześniejsze przepisy, posiadania własnych kwalifikacji wykonawcy (firmy) oraz kwalifikacji osób, którymi wykonawca dysponuje – zakres tego przepisu pozostaje analogiczny.

Tym samym co do zasady aktualne pozostają dotychczasowe poglądy orzecznictwa. Jednocześnie Izba przyznaje rację Zamawiającemu i Przystępującemu, że zgodnie z ustalonymi obecnie poglądami orzecznictwa, nie każdą osobę, którą dysponuje wykonawca, a która nie jest nim samym lub osobą zatrudnioną przez niego na podstawie umowy o pracę, należy uważać za podmiot trzeci, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.”)

Co do zasady bowiem osoby fizyczne bezpośrednio przez niego zatrudniane, czy to na podstawie umowy o pracę, umowy zlecenia, czy umowy o dzieło, będą osobami, którymi ten wykonawca dysponuje, a nie zasobami innych podmiotów. Natomiast – również co do zasady – osoby fizyczne będą zasobami podmiotów trzecich, jeśli będą zatrudniane za pośrednictwem tych firm – nie w znaczeniu pośrednictwa pracy, ale pracowników tych firm, np. pracownicy podwykonawcy, operatorzy sprzętu wynajmowani razem z tym sprzętem itp.

Pan M. P. będzie zatrudniony bezpośrednio, jako osoba fizyczna (nawet jeśli prowadzi działalność gospodarczą), jako osoba pełniąca samodzielną funkcję techniczną w budownictwie.

Tym samym nie będzie ani zasobem podmiotu trzeciego (zawiera bezpośrednio umowę z wykonawcą), ani nie będzie podwykonawcą. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku tego typu prac, jak zamawiane – czy to roboty budowlane, czy usługi, podwykonawstwem będzie wykonywanie części tych prac, tj. robót budowlanych lub usług, a nie sprawowanie nadzoru nad innymi osobami zatrudnionymi przez wykonawcę do ich wykonania.

Art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje umowę o podwykonawstwo jako umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Zatem zakres obowiązków pana P. jako kierownika budowy nie odpowiada zakresowi podwykonawstwa.

Co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego w punkcie E. „Podwykonawstwo” należy stwierdzić, że Przystępujący co prawda nie zakreślił uwagi „nie dotyczy”, a jedynie przekreślił tabelę dotyczącą podwykonawców (podczas gdy zgodnie z instrukcją Zamawiającego w przypadku wykonania zamówienia samodzielnie należało przekreślić treść oświadczenia o zamiarze powierzenia podwykonawcom części zamówienia i/lub nie wypełniać tabeli oraz zakreślić uwagę „nie dotyczy”), jednak jest to jasne wskazanie jego oświadczenia w tym zakresie, tj., iż nie zamierza korzystać z podwykonawców. Tym samym trudno uznać to za podstawę do odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale chodzi tu o tzw. niezgodność merytoryczną z merytorycznymi wymaganiami specyfikacji – głównie w zakresie niezgodności z przedmiotem zamówienia, wymogami przyszłej umowy, czy też zakresem zobowiązania wynikającym z treści oferty. Nie chodzi tu natomiast o drobne wymogi formalne, które zaistniały w przedmiotowym wypadku, jak sposób wykreślenia zbędnych fragmentów druku.

Również tabela „Wykaz osób” w kolumnie „Kwalifikacje zawodowe (należy wskazać: posiadane uprawnienia budowlane, numer uprawnień, specjalność i zakres uprawnień) – zgodnie z postawionym w pkt 5.1.1.3 SIWZ warunkiem udziału” nie została wypełniona przez Przystępującego poprzez podanie specjalności i zakresu uprawnień, ale jedynie przez wskazanie numeru i daty wydania decyzji („decyzja nr X uprawnienia budowlane”). Jednak Przystępujący jednocześnie załączył kopię wskazanej decyzji nr 97/200 oraz zaświadczenia o członkostwie w Kujawsko-Pomorskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa, w których figurowały wymagane informacje. Tym samym było to jedynie drobne niedopełnienie wymogów formalnych, a Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wszystkie informacje niezbędne mu do oceny, czy postawiony warunek został spełniony, zatem nie było nawet potrzeby do wzywania wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób.

Co zaś do kwestionowanego dokumentu wystawionego przez pana P. pod nazwą „Zobowiązanie” – ze względu na fakt, iż pan P. nie stanowi zasobu innego podmiotu, jego przedstawienie Zamawiającemu na tym etapie postępowania nie było konieczne. Jednak również samej treści tego dokumentu – pomimo iż nietypowej – nie można uznać za wadliwą w stopniu mogącym skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Rzeczywiście pan P. posłużył się sformułowaniem właściwym raczej Prawu budowlanemu, mówiącym o podjęciu obowiązków kierownika budowy we wskazanym zadaniu, niż Prawu zamówień publicznych, jednak cała treść dokumentu czytana łącznie, wraz z przywoływanym tytułem

„Zobowiązanie”, wskazuje na cel złożenia przedmiotowego oświadczenia oraz podmiot, w stosunku do którego to zobowiązanie jest podejmowanie. Należy też zwrócić uwagę, że uzupełnienie dokumentu nastąpiło w zakresie wezwania – Zamawiający nie wskazał na inne informacje, które dokument powinien zawierać, np. co do okresu pełnienia tej funkcji.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 535/18 – zmowa przetargowa

„Jednym z działań, które mogą być uznane za znowę przetargową jest wycofanie oferty tzn. rezygnacja przez zwycięzcę przetargu z zawarcia umowy z zamawiającym, co dla zamawiającego oznacza konieczność zawarcia umowy z przedsiębiorcą oferującym wyższą cenę.

Odwołujący twierdził, że przystępujący oraz wykonawcy (konsorcjum XYZ) „dopuszcili się znowy przetargowej stosując tak zwany mechanizm „rozstawiania i wycofania ofert”” (str. 5 odwołania), o czym miało przesądzać to, że „we wcześniejszych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, tj. (...) w G. występowali razem jako Konsorcjum firm: X Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Y (Partner Konsorcjum), Z (partner Konsorcjum) i prowadzą wspólnie inwestycje” – wskazano 2 dwie inwestycje.

Bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu przystępujący „nie wycofał swojej oferty”. Zauważyć dodatkowo należy, że wycofanie oferty przez przystępującego oznaczałoby, że to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, ponieważ została sklasyfikowana na miejscu 2 w rankingu ofert (oferta konsorcjum XYZ została sklasyfikowana na miejscu 3).

Do wycofania oferty nie doszło także w żadnym z dwóch poprzednich wskazywanych przez odwołującego postępowaniach, w których przystępujący i konsorcjum XYZ tworzyli jedno konsorcjum – w obu tych postępowaniach oferty tych trzech wykonawców zostały uznane za najkorzystniejsze (Informacje o wyborze ofert tych wykonawców w obu postępowaniach stanowią załącznik nr 2 i 3 do odwołania). Sam też odwołujący potwierdził w odwołaniu (str. 5), że wykonawcy ci prowadzą wspólnie te dwie inwestycje.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Izby z dnia 7 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1074/16, zgodnie z którym: „(...) z uwagi na trudności w udowodnieniu znowy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej znowy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania znowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu znowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek - o znowy przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i

doświadczenia życiowego.”

Twierdzenie o zawarciu umowy przetargowej przez przystępującego z dwoma innymi wykonawcami – członkami konsorcjum XYZ zostało oparte na okoliczności, iż w poprzednich dwóch postępowaniach wszyscy występowali jako członkowie jednego konsorcjum, w tym natomiast w postępowaniu złożyli odrębne oferty w konfiguracji: oferta przystępującego oraz oferta konsorcjum XYZ.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że ta wyłącznie okoliczność, przy braku wskazania jakichkolwiek innych okoliczności, nie może prowadzić do wniosku o zawarciu przez ww. trzech wykonawców umowy przetargowej, ponieważ wykonawcy mogą składać oferty odrębne, jak i ofertę wspólną (Art. 23 ust. 1 ustawy Pzp – „*Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia*”), przy czym podkreślenia wymaga, że odwołujący w odwołaniu nie wskazywał na okoliczność (ani jej nie wykazał), że także w poprzednich postępowaniach przystępujący, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu, a mimo to nie złożył wówczas oferty samodzielnie, zrobił to dopiero w tym postępowaniu, przez co miał potencjalną możliwość jej wycofania.

Stanowisko odwołującego sprowadza się w istocie do tego, że ww. trzech wykonawców powinno także w tym postępowaniu złożyć ofertę wspólną. Stanowisko to nie jest do zaakceptowania, ponieważ abstrahuje zupełnie od celu zawiązywania konsorcjów i składania ofert wspólnych, tj. od tego, że postawione w danym postępowaniu warunki udziału wykonawcy spełniają jedynie łącznie.

Reasumując, okoliczność występowania w poprzednich dwóch postępowaniach przez przystępującego w konsorcjum z ww. dwoma innymi wykonawcami nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że tylko wniosek o umowie jest na jej podstawie uzasadniony.

Uzasadniony jest także wniosek (zamawiający i przystępujący podkreślali, że w porównaniu z dwoma ww. postępowaniami, w obecnym postępowaniu warunki udziału zostały „złagodzone”, poprzez brak wymagań co do zdolności zawodowej (doświadczenia) wykonawcy, poprzestając na wymaganych co do zdolności personelu), że samodzielne złożenie oferty przez przystępującego było wynikiem tego, że dopiero w tym postępowaniu spełnia samodzielnie warunki udziału i mógł złożyć samodzielną ofertę.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 22 maja 2018 r., sygn. akt KIO 899/18 - wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp

„Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub

zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. uzależniona jest od wskazania tej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy P.z.p.). W rozpoznawanym przypadku przesłanka ta została spełniona.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. jest zatem przesłanką fakultatywną wykluczenia, lecz charakter tej fakultatywności wynika z tego, iż zamawiający może, lecz nie musi wskazywać tej przesłanki w s.i.w.z. Niemniej jednak, w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się na jej wskazanie, w sytuacji jej zaistnienia jest już obowiązany do jej zastosowania i wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści.

Dyspozycja art. 24 ust. 5 pkt 8 wskazuje na wykluczenie z postępowania wykonawcy, który naruszył swoje obowiązki w zakresie płatności podatków, co zamawiający jest w stanie wykazać stosownymi środkami dowodowymi. Podkreślenia wymaga, iż chodzi takie naruszenie obowiązków w zakresie płatności, które nie zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu ani też ostateczną decyzją administracyjną o zaleganiu z płatnością podatku. W sytuacji, gdy wobec wykonawcy wydano taką decyzję administracyjną lub wyrok sądu, zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy P.z.p. i jest to przesłanka obligatoryjna, wynikająca wprost z ustawy P.z.p., a jej zastosowanie nie wymaga uprzedniego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub zaproszeniu do negocjacji.

Z powyższego wynika, iż zamawiający uprawniony jest do ograniczenia wzięcia udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy posiadają zaległości w zakresie podatków, niepotwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Uprawnienie to, mimo że dolegliwe dla wykonawców, jest uprawnieniem legalnym, wynikającym nie tylko z ustawy P.z.p., ale również z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, która w art. 57 ust. 2 stanowi, iż z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa członkowskiego instytucji zamawiającej. Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie

społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

Wskazać należy, że odwołujący nie powołał się na żadne okoliczności wyłączające zastosowanie wobec niego przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p., wskazane w tym przepisie, tj. dokonanie płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do odstąpienia od zastosowania wskazanego przepisu wobec odwołującego.

Izba przeprowadziła dowód z zaświadczeń złożonych przez odwołującego zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w postępowaniu odwoławczym: „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości” z dnia 8 stycznia 2018 roku, wydane przez Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego, zaświadczenie z 16 kwietnia 2018 roku Naczelnika Pierwszego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie oraz zaświadczenie z dnia 26 kwietnia 2018 roku Ministerstwa Finansów. W pierwszym ze wskazanych dokumentów stwierdzono, iż odwołujący posiada zaległość podatkową w kwocie 300 893 zł 00 gr i że jest to zaległość niewymagalna – decyzja nieostateczna. W pozostałych dokumentach – oprócz powyższego – stwierdzono również, że odwołujący, zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym nie naruszył obowiązku dotyczącego płatności podatków w związku z brakiem wydanej decyzji ostatecznej w toczącej się sprawie oraz z powodu braku wymagalności wykazanej zaległości podatkowej w zaświadczeniu o niezaleganiu z dnia 08.01.2018 r.

Izba skonstatowała, że zarówno argumentacja odwołującego, jak i stanowisko organu skarbowego i Ministerstwa Finansów, pozostają w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. i nawiązują do obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy P.z.p. Ponownie podkreślić należy, że dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy P.z.p. nie jest konieczne istnienie ostatecznej decyzji administracyjnej stwierdzającej istnienie zaległości podatkowej. Wystarczy, że wykonawca naruszy obowiązki w zakresie płatności podatku, a za takie naruszenie należy uznać istniejącą zaległość, która wynika z niezapłacenia podatku w określonym w przepisach prawnych terminie płatności.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18 - self-cleaning

„Na wstępie należy zauważyć, że instytucja samooczyszczenia jest tłumaczeniem funkcjonującego w przepisach europejskich pojęcia „self-cleaning”. Dotyczy ona sytuacji, w której wykonawca, chociaż istnieją wobec niego podstawy wykluczenia, zostanie dopuszczony do udziału w postępowaniu. Decyzja zamawiającego o tym, aby wykonawcy nie wykluczać z ubiegania się o zamówienie, następuje każdorazowo po przeprowadzeniu określonej procedury sanacyjnej, w której ten udowodni zamawiającemu, że podjął środki niezbędne, powodujące, że nie popełni on podobnego czynu w przyszłości. Art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp opisuje procedurę, która może pozwolić wykonawcy na ubieganie się

o zamówienie publiczne, pomimo zaistnienia wobec niego przesłanek wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 5 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16 – 20. Instytucję tę należy zatem rozumieć w taki sposób, iż wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, opisane w cytowanych przepisach, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

W ocenie Izby, inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. Winien on w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (a zatem w niniejszym postępowaniu w dokumencie JEDZ, który zawiera w swojej treści odpowiednie pozycje w części III Formularza). Zauważyć należy także, że o istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, zamawiający winien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy. Nie można zatem odnieść niniejszego do sytuacji, w której zamawiający dowiadyuje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji, następnie w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji, w następstwie czego, w tej samej procedurze przyznając, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne, jednocześnie przedkłada dowody na okoliczność tego, że podjął środki wystarczające wykazaniu jego rzetelności. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem. Za każdym razem nierzetelny, przedstawiający w ofercie nieprawdziwe informacje wykonawca, broniłby się w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 391/18 – procedura odwrócona, czynność badania ofert

„Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego czynności dokonane przez Zamawiającego nie zostały wykonane w sposób prawidłowy. Specyfika procedury uregulowanej w przepisie art. 24aa ustawy Pzp polega na tym, że Zamawiający nie jest zobowiązany do badania i oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, lecz do zbadania oferty, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Zatem aby czynność badania i oceny ofert była w przypadku procedury, o której mowa w art. 24aa, kompletna, Zamawiający po ustaleniu wstępnego rankingu ofert bada następnie, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy, że pojęcie użyte w art. 24aa ustawy Pzp, tj. „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” nie może być utożsamiane z pojęciem

„najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” zdaniem Izby powinien być rozumiany jako oferta, która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez Zamawiającego najwyżej. Natomiast aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej”, Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Należy mieć bowiem na uwadze, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, tj. odnosi się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych zarówno w „zwykłej” procedurze, jak i z zastosowaniem procedury „odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. W „zwykłej” procedurze badanie, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, ma miejsce wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest wykonywane razem z oceną ofert. Oferta najkorzystniejsza ustalona w wyniku takiego badania i oceny jest więc jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu i złożoną przez wykonawcę niepodlegającemu wykluczeniu. W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby w przypadku zastosowania procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, zamawiający mógł przestać na ocenie ofert (tj. z pominięciem badania, czy wykonawca, którego oferta zajęła pierwsze miejsce w tak powstałym rankingu, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), a następnie z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury z art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu. W stanie faktycznym, będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej, Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompletny czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, ponieważ nie wezwał wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia dokumentów potwierdzających że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu i swiz. Jest to okoliczność bezsporna. Takie postępowanie Zamawiającego można by uznać za prawidłowe, gdyby ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Jednakże okoliczności przedmiotowej sprawy są inne, ponieważ ceny pozostałych dwóch ofert mieściły się w budżecie Zamawiającego. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego, obligowała Zamawiającego do kontynuowania procedury badania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w

postępowaniu, a tym samym do doprowadzenia badania i oceny ofert do końca. Dopiero bowiem takie postępowanie dawało Zamawiającemu pewność, że wystąpi (bądź nie) podstawa do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 10 maja 2018 r. sygn. akt KIO 781/18 – relacja art. 26 ust. 2f, art. 26 ust. 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz samouzupełnienie dokumentów

„Przede wszystkim należy zauważyć, że przystępujący był wzywany do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp oraz do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast nie był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto wykaz z dodatkowymi 34-ma osobami przystępujący złożył z własnej inicjatywy, po otrzymaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy podnieść, że niezasadny jest argument odwołującego, zgodnie z którym wezwania na podstawie art. 26 ust. 2f i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy w przedmiotowej sprawie uznać za wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdzenie takie nie jest trafne nie tylko ze względu na przywołaną w ww. wezwaniach podstawę prawną, ale także ze względu na ich treść. Należy bowiem podkreślić, że wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aby mogło być uznane za skuteczne, musi w swojej treści zawierać wskazanie, jakimi konkretnie wadami/brakami dotknięte są złożone przez wykonawcę dokumenty lub jakich dokumentów on nie złożył oraz wskazanie, jakie dokumenty lub informacje wykonawca musi w związku z tym uzupełnić. Żadne z wezwań kierowanych do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2f i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie odpowiada takim wymogom, niezależnie nawet od przywołanej w nich podstawy prawnej. Wezwania skierowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zawierały bowiem jedynie prośby o wyjaśnienie, czy pierwotnie złożony wykaz osób obejmuje określone osoby oraz czy dwie osoby z drugiego wykazu osób spełniają określone wymogi, natomiast wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp odpowiadało w istocie wezwaniu, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwaniu do złożenia dokumentów przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. W szczególności zaś żadne z powyższych wezwań nie precyzowało, jakimi błędami dotknięte są dotychczas złożone przez przystępującego dokumenty. Tym samym nie można uznać, że przystępujący był wzywany w niniejszej sprawie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można również zgodzić się z argumentem odwołującego, w myśl którego dokonane przez przystępującego w dniu 13 grudnia 2017 r. samouzupełnienie wykazu osób z dodatkowymi 34-ma osobami powoduje niemożność wezwania go do uzupełnienia tego wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą

wskazane przez zamawiającego wadliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Po pierwsze, należy zatem zauważyć, że Ustawodawca użył - dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w przepisach wadami – sformułowania „wzywa”, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Po drugie, z obowiązku wezwania, zgodnie z ww. przepisem, zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca nie wymienił innych, poza dwoma wyżej wymienionymi, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie nie można uznać, że takie wezwanie, po wcześniejszym samouzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę, prowadzi do – niedopuszczalnego w świetle jednolitego orzecznictwa – dwukrotnego wzywania. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca jest wzywany do uzupełnienia dokumentu w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może go uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dodać bowiem należy, że w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, samouzupełnienie dokumentów nie pozbawia wykonawcy prawa bycia poinformowanym, podobnie jak inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jakimi konkretnie wadami dotknięte są złożone przez niego dokumenty lub jakich dokumentów on nie złożył oraz jakie dokumenty lub informacje musi w związku z tym uzupełnić. Wobec powyższego, jeżeli wykonawca uzupełnił dokument z własnej inicjatywy, bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a dokument ten jest dotknięty określonymi w tym przepisie wadami, zamawiającymi jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie ww. przepisu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18 - aktualność dokumentów

„(...) przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w trybie procedury odwróconej, gdzie wykonawca składa dokumenty podmiotowe dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Takie wezwanie miało miejsce w dniu 18.01.2018 r. Niewątpliwym jest, że p. Krzysztof G. i Janusz O. w chwili składania ofert pełnili funkcję prezesa i wiceprezesa spółki X. Jednakże z dniem 30.09.2017 r. zostali odwołani z pełnienia funkcji w zarządzie i osoby te nie pełniły już żadnych funkcji w zarządzie na datę wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów z KRK .

Podkreślić należy, że wraz z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z 2016 roku, obowiązek dołączania do oferty lub wniosku szeregu oświadczeń oraz dokumentów został

zastąpiony obowiązkiem złożenia oświadczenia, w formie „zwykłej” lub JEDZ. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji, a także nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia przy wartości powyżej tzw. progu unijnego, wzywa wykonawcę, którego oferty została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp

Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, iż przedkładane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny być aktualne na datę ich złożenia. Ta aktualność winna dotyczyć nie tylko informacji zawartych w tych dokumentach, ale także (jak w tym przypadku) winna dotyczyć osób pełniących określone funkcje na datę ich złożenia wskazaną w wezwaniu Zamawiającego. Izba wskazuje, że sformułowanie z art. 26 ust. 3 Pzp „w terminie przez siebie wskazanym” nie należy odnosić do aktualności oświadczeń lub dokumentów, do uzupełnienia których wykonawca jest wzywany, a do aktualności na termin ich złożenia” (por wyrok KIO z dnia 09 maja 2017 roku sygn. KIO 785/17). Tym samym składane przez wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oświadczenia lub dokumenty mają być aktualne na dzień wyznaczony w wezwaniu do ich złożenia. Należy zatem przyjąć, że w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wyznaczył kierunek rozumienia aktualności dokumentów i uznał za aktualne dokumenty potwierdzające stan nie późniejszy niż dzień wyznaczony na ich złożenie (wyrok z dnia 23 listopada 2017 roku sygn. KIO 2356/17).”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 582/18 - art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 6 ustawy Pzp

„W przedmiotowej sprawie zamawiający nie mógł odstąpić od wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, trudno bowiem przyjąć, że zamawiający dysponuje dokumentem sporządzonym przez wykonawcę na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w konkretnym postępowaniu. W ocenie Izby samodzielne skorzystanie przez zamawiającego z będących w jego posiadaniu oświadczeń i dokumentów dotyczących usług zrealizowanych przez przystępującego byłoby prawidłowe w sytuacji, gdyby złożony przez przystępującego na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykaz usług był kompletny. Ponadto ze względu na zasadę jawności oraz zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien umożliwić wszystkim uczestniczącym w postępowaniu wykonawcom powzięcie wiedzy, że odstąpił od wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i zastosował art. 26 ust. 6 Pzp. O ile obowiązek takiego poinformowania nie wynika z art. 26 ust. 6 Pzp, to zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzą do wniosku, że niedopuszczalna jest sytuacja, gdy odwołujący konstruuje zarzuty odwołania bez możliwości uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

Weryfikacja oferty przystępującego przez zamawiającego została dokonana w sposób sprzeczny z zasadą transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W efekcie odwołujący nie miał świadomości, że mimo naruszenia w toku oceny oferty przepisów art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ustalił, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mimo wskazanych wyżej nieprawidłowości w działaniu zamawiającego, Izba nie mogła uwzględnić odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W zakresie wyżej wskazanych okoliczności odwołujący podniósł wyłącznie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzut ten nie mógł być uwzględniony. Biorąc pod uwagę stan wiedzy odwołującego na temat przebiegu postępowania, postawienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania zamiast zaniechania wezwania do uzupełnienia oferty przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp było przedwczesne. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale przed dokonaniem czynności wykluczenia obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Bez zapewnienia przystępującemu możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, o których mowa w przytoczonym przepisie, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania. Odwołujący skonstruował zarzut odwołania w oparciu o wyrażone w toku rozprawy założenie, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp należy interpretować bardzo wąsko. Odwołujący wskazał, że w trybie tym możliwa jest jedynie poprawa niewielkich błędów w złożonych dokumentach, nie zaś uzupełnienie wykazu usług. Jest to jednak stanowisko całkowicie błędne – przeczy mu zarówno utrwalone orzecznictwo Izby, jak i przede wszystkim literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto nie ulega wątpliwości, że mimo naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ustalił, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tej sytuacji uwzględnienie zarzutu odwołania, również w oparciu o założenie, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, jako dalej idący zawiera w sobie również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu pozyskania informacji, w których posiadaniu już jest. Nakaz taki byłby zatem wyłącznie przejawem nadmiernego formalizmu i nie wpłynąłby na wynik postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 992/18 – wyjaśnienia treści oferty

„Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Odwołując się do rozumienia wyrazu „wyjaśnić” w języku polskim stwierdzić należy, że wyjaśnić to „uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motywy”.

Wskazanie terminu – 7 dni od dnia zawarcia umowy – jest zrozumiałe, jednoznaczne wobec czego uznać należy, że wezwanie zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r. stanowiło wezwanie do podania powodów, motywów zaferowania tego terminu, a nie jego potwierdzenia.

Z tego względu odpowiedź, jakiej udzielił wykonawca X nie była – w ocenie składu orzekającego Izby – wyjaśnieniem treści oferty.

Kwestią kluczową jest jednak to, czy potwierdzenie treści oferty, zamiast jej wyjaśnienia, stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy X.

Stanowisko odwołującego sprowadza się bowiem do tego, że obowiązkiem wykonawcy, którego zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnośnie treści złożonej oferty jest udzielenie takich wyjaśnień pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że stanowisko takie nie znajduje umocowania w obowiązujących przepisach o zamówieniach publicznych.

Fakt, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień oznacza tyle tylko, że zamawiający ofertę takiego wykonawcy, w szczególności pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ocenia wyłącznie na podstawie treści oferty.

W praktyce zamówień publicznych odmowa złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do treści własnej oferty zdarza się rzadko, ponieważ wykonawcy zależy, aby zamawiający wybrał jego ofertę i w tym celu udziela wyjaśnień. Nie udzielając wyjaśnień, wykonawca naraża się jednak „jedynie” na ryzyko, że zamawiający, błędnie rozumiejąc treść oferty uzna ją za niezgodną z treścią SIWZ, co jednak wcale nie oznacza, że taka niezgodność rzeczywiście występuje.

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca odpowiedział wprawdzie na pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r., jednak nie udzielił wyjaśnień, w jaki sposób możliwym jest dotrzymanie przez wykonawcę siedmiodniowego terminu realizacji zamówienia.

Niemniej jednak, ze względu na brak rygору odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień (dla porównania – rygor taki ustawodawca przewidział w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień (...)”) skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy X.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1066/18 - przystąpienie do postępowania odwoławczego

„X sp. z o.o. nie złożyła samodzielnie oferty, nie jest zatem wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Status wykonawcy przysługuje bowiem wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie, a nie każdemu z osobna. W piśmie z dnia 30 maja 2018 r., w którym Spółka

zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, osoba ją reprezentująca, w sposób jednoznaczny zaznaczyła natomiast, iż działa w imieniu tej Spółki oraz zgłasza przystąpienie Spółki do postępowania i wnosi o nieuwzględnienie odwołania w zakresie w jakim wykonawcy wnoszą o wykluczenie z postępowania X sp. z o.o. W żadnym miejscu pismo nie zawiera wskazania, iż X działa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z załączonych do pisma: pełnomocnictwa, udzielonego wyłącznie przez X sp. z o.o. oraz odpisu z KRS wyłącznie tej spółki, wynika, iż przystąpienie zostało zgłoszone samodzielnie przez ten podmiot.

W związku z tym Spółka ta nie mogła skutecznie przystąpić do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego, a w konsekwencji nie stała się uczestnikiem tego postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 544/18 zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp

„Izba ustaliła, że w dniu 19 lutego 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzuty podniesione w tym odwołaniu zostały w dniu 28 lutego 2018 r. uwzględnione przez Zamawiającego w całości, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 5 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 304/18) umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ.

Przywołane w odwołaniu brzmienie zaskarżonych postanowień SIWZ sprzed zmiany oraz po zmianie jest zgodne ze stanem faktycznym i bezsporne między stronami.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że odwołanie wniesione wobec zmienionych postanowień SIWZ ograniczało się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie sformułował żadnych innych zarzutów, odnoszących się merytorycznie do zgodności zaskarżonych postanowień SIWZ z przepisami ustawy, a jedynie skoncentrował się na czysto formalnej stronie wprowadzonych zmian, wskazując na ich niezgodność z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tak sformułowanego odwołania stwierdzić należy, nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualne naruszenie tego przepisu nie jest bowiem wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania, bez poddania kontroli Izby merytorycznej prawidłowości zaskarżonych czynności, które zostały podjęte w wykonaniu żądań uwzględnionego odwołania. Pogląd taki został wielokrotnie wyrażony w orzecznictwie Izby, np. w wyrokach o sygn. akt: KIO 1124/16, KIO 2296/12, KIO 2804/12.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami – wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.

2 pkt 5 ustawy Pzp). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

Przyjęcie stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu w przypadku stwierdzenia – jedynie od strony formalnej – że zamawiający nie zrealizował żądań uwzględnionego przez siebie odwołania, mogłoby prowadzić do niedopuszczalnej sytuacji nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Zamawiający może bowiem uwzględnić zarzuty odwołania, które są niezasadne (uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego nie podlega kontroli Izby) i zobowiązać się w ten sposób do realizacji żądań, których skutek będzie niezgodny z przepisami prawa. W takiej sytuacji Izba musiałaby uwzględnić odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i nakazać Zamawiającego wykonanie czynności niezgodnych z prawem. Ponieważ sytuacja taka jest nie do zaakceptowania, w orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na konieczność takiej interpretacji ww. przepisu, która uwzględnia cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że norma wynikająca z art. 186 ust. 2 ustawy wywołuje skutki procesowe w toku postępowania odwoławczego, nie stanowi jednak samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie mogłoby stanowić podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie właśnie wynikające z orzecznictwa Izby wnioski, które skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.*

W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący ograniczył się do zarzutu natury formalnej (tj. naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy poprzez niewykonanie żądań odwołania, które Zamawiający uwzględnił), nie podejmując opartej na normach materialnoprawnych polemiki z nowym brzmieniem postanowień SIWZ, Izba nie mogła ocenić zaskarżonych postanowień od strony merytorycznej, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 12 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1887/17 - opis przedmiotu zamówienia

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 stycznia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1920/17 – uzupełnianie dokumentów, relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17 – zaświadczenie o niekaralności, rażąco niska cena

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 6/2018

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 30.06.2018

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	66 697	11 816	78 513
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	37	102	139
O udzieleniu zamówienia	57 973	13 030	71 003
O konkursie	41	11	52
O wynikach konkursu	45	84	129
O zmianie ogłoszenia	22 822	9 318*	32 140
O zamiarze zawarcia umowy	1 520	429	1 949
O zmianie umowy	1 432	196	1 628
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	460	460
O profilu nabywcy	-	15	15
Razem	150 567	35 461	186 028
Koncesje			
O koncesji	6	3	9
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	2	0	2
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	0	0
O zawarciu umowy koncesji	4	1	5
O zmianie umowy koncesji	0	4	4
Razem	12	8	20

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	50,88%	10,76%	44,79%
Dostawy	27,94%	52,82%	31,72%
Usługi	21,18%	36,42%	23,49%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,39%	98,51%	99,26%
Przetarg ograniczony	0,21%	1,07%	0,34%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	0,24%	0,07%
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,16%	0,05%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,32%	-	0,27%

Kryteria oceny ofert – BZP

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	22%	11%	9%
Cena i inne kryteria	98%	78%	89%	91%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	12%	25%	23%	23%
Cena i inne kryteria	88%	75%	77%	77%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	310	0,91%
Dostawy	42	0,23%
Usługi	69	0,49%
Razem	421	0,63%

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 określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	41	0,12%
Dostawy	36	0,19%
Usługi	82	0,58%
Razem	159	0,24%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	2 260	6,66%
Dostawy	783	4,20%
Usługi	709	5,02%
Razem	3 752	5,63%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	31 858	93,89%
Dostawy	14 304	76,75%
Usługi	11 655	82,50%
Razem	57 817	86,69%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	45	0,13%
Dostawy	42	0,23%
Usługi	31	0,22%
Razem	118	0,18%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	39,55%	7,55%	33,68%
Dostawy	32,92%	45,36%	35,20%
Usługi	27,53%	47,09%	31,12%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	91,20%	89,35%	90,84%
Przetarg ograniczony	0,27%	2,17%	0,62%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	1,01%	0,21%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,10%	7,39%*	1,44%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,07%	0,03%
Wolna ręka	6,96%	-	5,68%
Zapytanie o cenę	1,12%	-	0,92%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,01%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,30%	-	0,25%

* - w tym wolna ręka

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych
(zamówienia powyżej wartości określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	2,72	1,54
Dostawy	2,11	1,36
Usługi	2,35	1,40
Średnio	2,30	1,42

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,19%
Administracja rządowa terenowa	2,67%
Administracja samorządowa	41,97%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	6,19%
Podmiot prawa publicznego	13,50%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,11%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	2,65%
Inny	30,73%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej wartości określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	18,07%	25,59%	56,33%
Administracja rządowa terenowa	18,20%	39,50%	42,30%
Administracja samorządowa	54,61%	15,35%	30,04%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	39,75%	33,93%	26,32%
Podmiot prawa publicznego	12,11%	59,88%	28,01%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	54,67%	30,67%	14,67%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	17,45%	33,67%	48,88%
Inny	17,13%	52,20%	30,67%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień
według kategorii zamawiających**

(zamówienia powyżej wartości określonej 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	88,05	0,27	0,00	0,13	0,13	10,23	1,06	0,00	0,13
Administracja rządowa terenowa	81,83	3,12	0,00	0,00	0,00	11,23	2,57	0,00	1,25
Administracja samorządowa	92,28	0,13	0,01	0,03	0,01	6,43	0,60	0,00	0,50
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	92,67	0,14	0,02	0,02	0,05	5,34	1,70	0,00	0,07
Podmiot prawa publicznego	90,23	0,17	0,03	0,11	0,08	8,56	0,79	0,00	0,03
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	96,00	0,00	0,00	0,00	0,00	2,67	1,33	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	93,88	0,00	0,00	0,00	0,00	6,12	0,00	0,00	0,00
Inny	90,30	0,34	0,08	0,23	0,01	7,14	1,84	0,00	0,08

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	3	3 x usługi	15 400 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Bułgaria	1	1 x usługi	32 382 EUR
Czechy	6	3 x dostawy 3 x usługi	23 136 920 EUR
Dania	1	1 x dostawy	940 216 EUR
Estonia	1	1 x usługi	4 800 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	362 381 EUR
Francja	1	1 x dostawy	898 000 EUR
Grecja	1	1 x dostawy	4 750 EUR
Irlandia	1	1 x usługi	297 633 EUR
Litwa	2	2 x dostawy	22 906 000 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	6 500 000 EUR
Łotwa	1	1 x dostawy	239 043 EUR
Niemcy	6	2 x roboty budowlane 3 x dostawy 1 x usługi	1 603 404 EUR w części ogłoszeń brak danych
Słowacja	1	1 x dostawy	1 668 000 EUR
Szwecja	3	2 x dostawy 1 x usługi	2 988 436 EUR
Węgry	6	4 x dostawy 2 x usługi	6 408 860 EUR
Włochy	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 834 376 EUR w części ogłoszeń brak danych
Razem	38	2 x roboty budowlane 21 x dostawy 15 x usługi	85 225 201 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.

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2018

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	64 580 886	4	33 661 100	1	4 642 300		7	102 884 286
Belgia			18	7 091 805	1	3 004 616		19	10 096 421
Brazylia			1	4 147 079				1	4 147 079
Bułgaria			6	13 187 901				6	13 187 901
Chiny	1	229 710 642						1	229 710 642
Czechy			30	74 887 639	6	42 530 218		36	117 417 857
Cypr			1	40 889 300				1	40 889 300
Finlandia			1	18 327 000				1	18 327 000
Francja			7	18 714 223	10	57 563 221		17	76 277 444
Hiszpania	6	647 513 687	2	3 018 190	5	77 391 068		13	727 922 945
Holandia			11	66 830 414	2	4 845 419		13	71 675 833
Irlandia			65	8 861 101	3	1 416 256		68	10 277 357
Izrael			1	3 376 061				1	3 376 061
Lichtenstein			1	b.d.				1	b.d.
Litwa			2	1 742 000	1	6 721 419		3	8 463 419
Luksemburg					1	62 519 650		1	62 519 650
Niemcy	1	44 000 000	33	96 378 294	12	99 516 569		46	239 894 863
Norwegia			1	2 490 000	1	13 100 000		2	15 590 000
Rumunia			1	167 133 000				1	167 133 000
Słowacja			2	5 114 285	1	1 740 000		3	6 854 285
Słowenia			1	13 145 175				1	13 145 175
Szwajcaria			24	19 045 584	2	2 461 565		26	21 507 149
Szwecja			10	89 942 520				10	89 942 520
Tajlandia			1	2 900 000				1	2 900 000
Turcja			1	b.d.				1	b.d.
USA			2	2 443 548	6	17 361 335		8	19 804 883
Węgry			1	566 570	1	3 009 810		2	3 576 380
Wielka Brytania			75	49 311 095	9	120 486 073		84	169 797 168
Włochy			3	1 037 195 716	4	27 449 393		7	1 064 645 109
Razem	10	985 805 215	305	1 780 399 599	66	545 758 914	0	0	3 311 963 728

* - 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	206	
Zakończone	202	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	102	50%
Nie stwierdzono naruszeń	51	25%
Stwierdzono naruszenia	49	25%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	1	2%
zalecenie usunięcia naruszeń	8	16%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	40	82%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	18	
Zakończone	17	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	1	6%
Brak naruszeń	1	6%
Stwierdzono naruszenia	15	88%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	0	-

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	3	
Zakończone	3	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	3	100%
w tym:		
uchybień formalne	3	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	3	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	99	
Zakończone	180	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	19	11%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 291	
Rozpatrzone ogółem	1 303	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	96	7%
Odrzucone	34	3%
Umorzone postępowanie	239	18%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	224	17%
Oddalone	400	31%
Uwzględnione	310	24%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2018 r.	2017 r.
Roboty budowlane	21%	24%
Dostawy	35%	34%
Usługi	44%	42%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2018 r.	2017 r.
Liczba wniesionych skarg	89	99
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	7%	7%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Izabela Fundowicz Joanna Orzeł
Wojciech Michalski Joanna Rzepecka
Marta Wosiecka Karol Kacprzak
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