



I N F O R M A T O R

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 3 wrzesień 2009

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
➤ Projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw ..	3
➤ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE.....	3
➤ Najnowsza publikacja UZP „Zielone zamówienia publiczne”	3
OPINIE PRAWNE	4
Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia	4
Warunki udziału w postępowaniu – wymóg posiadania określonego doświadczenia.....	8
Zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia – art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp	11
Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zasada uczciwej konkurencji) w prawie europejskim.....	13
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	22
Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP	22
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	63
Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	63
ANALIZY SYSTEMOWE.....	65
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 31.08.2009.....	65

AKTUALNOŚCI

➤ **Projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

W dniu 31 sierpnia 2009 r. projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w wersji uwzględniającej poprawki redakcyjne RCL został skierowany do prac parlamentarnych.

➤ **Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE**

W dniu 20 sierpnia br. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej została opublikowana **dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76).**

Termin transpozycji dyrektywy 2009/81/WE upływa w dniu 21 sierpnia 2011 roku.

➤ **Najnowsza publikacja UZP „Zielone zamówienia publiczne”**

To podręcznik obejmujący m.in. prawne regulacje wspierające dokonywanie zielonych zamówień w świetle ustawodawstwa unijnego i krajowego. Popularyzuje i systematyzuje również szereg rządowych inicjatyw i działań, które przyczyniają się do bardziej racjonalnego wydatkowania funduszy publicznych w kontekście środowiskowym. Podręcznik opisuje metodologię Oceny cyklu życia (LCA) oraz kosztów cyklu życia (LCC).



Zachęcamy do zapoznania się z treściami zawartymi w publikacji. Publikacja w wersji elektronicznej dostępna na stronie

<http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/edukacja/publikacje-uzp/poradniki-1/>

OPINIE PRAWNE

Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia

Zastosowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego określonej w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych - zwanej dalej „ustawą PZP” - ma na celu wyłonienie spośród wszystkich ofert złożonych w danym postępowaniu, oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP). Definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt 5 ustawy PZP. W myśl tego przepisu ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż cena jest obligatoryjnym, lecz nie jednym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Obok ceny zamawiający może bowiem zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy PZP ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. W konsekwencji oznacza to, iż zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy PZP. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi należy do zamawiającego. To sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się

specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy PZP określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert winny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym koresponduje treść art. 91 ust. 3 ustawy PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (wyj. art. 5 ust. 1 ustawy PZP). W tym zakresie mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody zamawiającego co do możliwości dowolnego określania kryteriów oceny ofert.

Z powołanego art. 91 ust. 3 ustawy PZP wynika zakaz stosowania przy ocenie ofert kryteriów o charakterze podmiotowym. Oznacza to, iż właściwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Wskazać jednocześnie należy, iż zawarte w art. 91 ust. 3 ustawy PZP wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. Z tych względów należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży (tak też. P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 266). Tym samym należy stwierdzić, iż wskazane w powołanym na wstępie piśmie kryteria oceny ofert opisane w pkt 1 i 2 naruszają art. 91 ust. 3 ustawy PZP, i z tych względów nie jest dopuszczalne ich zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za dopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP należy uznać natomiast zastosowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do terminu wykonania zamówienia. Istotne z punktu widzenia interesu zamawiającego jest bowiem ustalenie terminu, w którym zostanie wykonane całe zamówienie, czy też poszczególne jego części. Tym samym oferowany przez wykonawcę termin wykonania poszczególnych zadań składających się na zamówienie (harmonogram) może być przedmiotem oceny dokonywanej przez pryzmat

oferty najkorzystniejszej (por. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 20 lutego 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-157/07, LEX nr 286139). Dotyczyć to będzie w szczególności zamówienia o złożonym charakterze, w ramach którego wykonawca zobowiązany jest do wykonania różnych zadań. Przy czym podkreślenia wymaga, iż tak określone kryterium oceny ofert odnosi się do przedmiotu zamówienia, co spełnia warunek wynikający z art. 91 ust. 2 ustawy PZP.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż kryteria oceny ofert powinny być opisane przez zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (zob. wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 784/08, LEX nr 443167). Tak więc zamawiający winien zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznaczny i wyczerpujący opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 41 pkt 9 ustawy PZP).

Wskazując na niedopuszczalność zastosowania jako kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP) takich aspektów jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez niego znajomości określonej branży, zdobytej w trakcie wykonywania podobnych zamówień dla podmiotów działających w określonej branży, należy jednocześnie zaznaczyć, iż mogą one stanowić warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP). Tym samym posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizowaniu określonych zamówień nie pozostaje bez znaczenia dla oceny możliwości udzielenia zamówienia publicznego temu wykonawcy (por. postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 21 czerwca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-703/07, LEX nr 361043). Zamawiający ma możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby zapewnić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy gwarantującemu należyte wykonanie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, LEX nr 409179). W tym celu zamawiający może posłużyć się warunkami wskazanymi w art. 22 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z postanowieniem art. 22 ust. 2 ustawy PZP zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (zob. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, LEX nr 409179, wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 423/08, LEX nr 428267).

W tym miejscu należy wskazać, iż ustawa PZP daje zamawiającemu możliwość zastosowania przetargu ograniczonego (art. 47 ustawy PZP), w ramach którego możliwa jest ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (arg. z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP). W myśl art. 51 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w przypadku zastosowania trybu przetargu ograniczonego zamawiający ma możliwość zaproszenia do składania ofert wykonawców, którzy najlepiej spełniają warunki udziału w postępowaniu (np. legitymują się największym doświadczeniem spośród wszystkich wykonawców spełniających warunki wymagane (minimalne), w sytuacji gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przewyższa liczbę określoną w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 51 ust. 1 ustawy PZP).

Podsumowując należy stwierdzić, iż zamawiający może ustanowić określone wymagania wobec wykonawców w zakresie dotyczącym posiadania odpowiedniego doświadczenia wymaganego do należytego wykonania zamówienia, jedynie poprzez określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP), a nie poprzez zastosowanie odpowiadających im kryteriów oceny ofert (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy PZP). Nie jest bowiem dopuszczalne stosowanie podmiotowych kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy PZP).

Warunki udziału w postępowaniu – wymóg posiadania określonego doświadczenia

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP” - zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi wyraz jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP).

Przepis art. 22 ust. 2 ustawy PZP nie określa sytuacji, chociażby poprzez ich przykładowe wymienienie, w których mamy do czynienia z określeniem warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, iż mamy tu do czynienia jedynie z normą kierunkową. Z przepisu tego wynika bowiem kategoryczny zakaz („nie może”) takiego określania warunków udziału w postępowaniu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten ma zatem charakter normy iuris cogentis.

Konsekwencją takiego brzmienia art. 22 ust. 2 ustawy PZP jest stwierdzenie, iż ocena naruszenia przez zamawiającego postanowienia art. 22 ust. 2 ustawy PZP może być dokonywana jedynie w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich aspektów faktycznych i prawnych danej sprawy. Ze swej istoty ocena ta może być zatem dokonywana wyłącznie ad casum, w realiach danego przypadku.

Ze względów wskazanych powyżej należy stwierdzić, iż ocena czy określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu naruszają zasadę uczciwej konkurencji (art. 22 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy PZP), musi być dokonywana w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Innymi słowy specyfika danego zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne jego wykonania oraz zamierzony cel gospodarczy jakiego ma służyć wykonanie zamówienia wpływa na ocenę dopuszczalności stosowania określonych warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż każdy warunek udziału w postępowaniu

musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia.

Z określeniem warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy będzie bowiem ograniczenie kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. Nie oznacza to jednak, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być określone przez zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić udział każdego potencjalnego wykonawcy prowadzącego działalność danego rodzaju. Określenie warunków, które mogą spełnić nieliczni wykonawcy nie stanowi ipso se utrudniania uczciwej konkurencji. Niemożność spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, przez niektórych wykonawców, nie świadczy o niedozwolonym ustanowieniu warunków przez zamawiającego (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 259/08, Lex nr 395901). Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać, iż zamówienie zostanie udzielone wykonawcy zapewniającemu należyte wykonanie zamówienia (arg. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Tak więc zamawiającemu wolno określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie tych warunków nie spowoduje wyeliminowania konkurencji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07, Lex nr 393439). Z tych względów warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego mają z jednej strony zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a z drugiej strony nie mogą one ograniczać konkurencji pomiędzy takimi wykonawcami. Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu winny być określone proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08, Lex nr 428119). A zatem to warunki danego zamówienia i uzasadnione potrzeby zamawiającego winny determinować określenie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, iż zamawiający może określić jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania przez osoby, którymi wykonawca będzie się posługiwał przy wykonaniu zamówienia, odpowiedniego doświadczenia zawodowego (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 410/08 i KIO/UZP 415/08, Lex nr 428307, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 288/08, Lex nr 428307). W tym kontekście konieczne jest jednak rozważenie, czy wskazany przez zamawiającego okres wymaganego doświadczenia jest uzasadniony w świetle przedmiotu zamówienia. Należy mieć bowiem na uwadze, iż zbyt długi okres wymaganego doświadczenia może zostać uznany za utrudniający uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy PZP). Dodatkowo należy podnieść, iż dla stwierdzenia nieprawidłowości w określeniu warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczności z prawem (art. 22 ust. 2 ustawy PZP), wystarczające jest już zaistnienie samej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych warunków udziału w postępowaniu, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1688/05, Lex nr 175024).

Podsumowując należy stwierdzić, iż w świetle art. 22 ust. 2 ustawy PZP jest dopuszczalne zastosowanie przez zamawiającego warunku posiadania przez osoby, którymi wykonawcy będą posługiwali się przy wykonaniu zamówienia, odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Przy czym wskazany przez zamawiającego okres wymaganego doświadczenia musi być uzasadniony w świetle przedmiotu tego zamówienia.

Zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osób zdolnych do wykonania zamówienia – art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP” - o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z przepisu tego wynika, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego winien legitymować się „dysponowaniem” osobami zdolnymi do jego wykonania. Przy czym w świetle tego przepisu za równoważne z „dysponowaniem” osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należy uznać także przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia takich osób.

Zasadnicze znaczenie dla ustalenia, w jakich przypadkach wykonawca winien przedstawić pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jest wyróżnienie przypadków „dysponowania” taki osobami przez wykonawcę. W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nie egzemplifikuje przypadków, w których mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w rozumieniu tego przepisu. Z uwagi na użycie w tym przepisie bardzo ogólnego określenia „dysponują” należy uznać, iż obejmuje ono wszelkie przypadki, w których wykonawca może rozporządzać określonymi osobami według swego uznania. O tym czy wykonawca może „dysponować” określonymi osobami rozstrzyga zatem treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tymi osobami.

Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, ze zm.) zamawiający w celu potwierdzenia dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia może żądać od wykonawcy wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie

zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 pkt 5a ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawcy pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa powyżej, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku dysponowania przez wykonawcę określonymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wówczas wystarczające jest przedstawienie przez wykonawcę samego wykazu tych osób. Przy czym o tym czy wykonawca dysponuje określonymi osobami rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (np. stosunek pracy). Jeżeli natomiast w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia wykonawca wskazuje osoby, którymi będzie dysponował dopiero w przyszłości, wówczas winien przedstawić stosowne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia tych osób.

Ustawa PZP ani przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów (...)* nie rozstrzygają wprost od kogo ma pochodzić takie zobowiązanie. Istotne jest tylko to, aby z takiego zobowiązania wynikało „udostępnienie” wykonawcy osoby wskazanej przez niego w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z tym należy uznać, iż zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy osoby wskazanej w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia może pochodzić zarówno od podmiotu trzeciego dysponującego taką osobą (np. pracodawcy kierującego pracownika do pracy u wykonawcy – art. 174¹ Kodeksu pracy), jak i od samej osoby wskazanej w tym wykazie (np. zobowiązanie do podjęcia zatrudnienia u wykonawcy). Przy czym bez znaczenia dla powyżej kwestii pozostaje fakt związania danej osoby zakazem konkurencji na rzecz podmiotu trzeciego (pracodawcy). Zagadnienie to odnosi się bowiem wyłącznie do stosunków prawnych zachodzących pomiędzy taką osobą a podmiotem trzecim (arg. z art. 101¹-101³ Kodeksu pracy), co pozostaje bez wpływu na możliwość wykazania przez wykonawcę danej osoby w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Z powyższych względów należy uznać, iż w świetle art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP oraz § 1 ust. 2 pkt 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów (...)* wystarczające jest przedstawienie pisemnego zobowiązania samej osoby wskazanej w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zasada uczciwej konkurencji) w prawie europejskim

1. Regulacje ujęte w dyrektywie klasycznej

Dyrektywa 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.

Art. 2

*Instytucje zamawiające zapewniają **równe i niedyskryminacyjne** traktowanie wykonawców oraz działają w sposób **przejrzysty**.*

2. Regulacje ujęte w dyrektywie sektorowej

Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Art. 10

*Podmioty zamawiające traktują wykonawców **jednakowo** i w sposób **niedyskryminujący** oraz postępują w sposób **przejrzysty**.*

3. Orzecznictwo ETS

a) Orzeczenie z dnia 9 lutego 2006 roku w sprawach połączonych C 226/04 i C 228/04

32 Należy jednak sprecyzować, że obowiązujące we wszystkich procedurach udzielania zamówień publicznych **zasady przejrzystości i równego traktowania**, w myśl których przesłanki materialne i formalne dotyczące udziału w zamówieniu powinny być z góry określone, stawiają wymóg jasnego określenia terminu i podania go do publicznej wiadomości, tak aby zainteresowani mogli dokładnie poznać wymogi procedury oraz uzyskać pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów. Termin ten mogą

określać przepisy krajowe lub jego określenie może zostać w nich powierzone instytucjom zamawiającym.

b) Orzeczenie z dnia 6 kwietnia 2006 roku w sprawie C 410/04

18 Mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50, zastąpionej dyrektywą 2004/18, organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu WE ogólnie, a w szczególności **zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową** (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C 324/98 *Telaustria i Telefonadress*, Rec. str. I 10745, pkt 60, wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C 231/03 *Coname*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 16, oraz ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 46).

20 Poza zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową do koncesji na świadczenie usług publicznych winna mieć również zastosowanie **zasada równości traktowania oferentów**, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 48).

21 Zasady **równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową** pociągają za sobą między innymi **obowiązek przejrzystości**, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ten obowiązek przejrzystości, który ciąży na wspomnianym organie, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie na konkurencję procesu udzielania koncesji na usługi i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Telaustria i Telefonadress*, pkt 61 i 62, oraz ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 49).

22 Co do zasady całkowity brak postępowania przetargowego w przypadku udzielenia koncesji na świadczenie usług publicznych, takich jak będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 i 49 WE, ani też z zasadami **równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości** (ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 50).

23 Ponadto z art. 86 ust. 1 WE wynika, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie koncesji na świadczenie usług publicznych bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (ww. wyrok w sprawie *Parking Brixen*, pkt 52).

33 Mając na uwadze powyższe rozważania, na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że art. 43, 49 i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, które pozwalają organowi publicznemu na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych spółce, w której posiada on całość kapitału, pod warunkiem że organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, i spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały.

c) Orzeczenie z dnia 14 czerwca 2007 roku w sprawie C-6/05

33 Należy bowiem zauważyć, że *Venizeleio-Pananeio* został uznany przez sąd krajowy za „instytucję zamawiającą”. Również rząd grecki przyznał mu taki status, twierdząc w toku rozprawy, że szpital ten jest podmiotem prawa publicznego traktowanym na równi z państwem. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nawet jeśli wartość zamówienia będącego przedmiotem przetargu jest niższa niż próg uzasadniający zastosowanie dyrektyw, w których ustawodawca wspólnotowy uregulował kwestie udzielania zamówień publicznych i jeśli dane zamówienie nie jest objęte zakresem zastosowania tych dyrektyw, **instytucje zamawiające, udzielając zamówienia, są jednak zobowiązane do przestrzegania ogólnych zasad prawa wspólnotowego, takich jak zasada równego traktowania i wynikający z niej obowiązek zachowania przejrzystości** (zob. podobnie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie *C 324/98 Telaustria i Telefonadress*, Rec. str. I 10745, pkt 60 i 61, ww. postanowienie w sprawie *Vestergaard*, pkt 20 i 21, wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie *C 231/03 Coname*, Zb.Orz. str. I 7287, pkt 16 i 17, oraz z dnia 13 października 2005 r. w sprawie *C 458/03 Parking Brixen*, Zb.Orz. str. I 8585, pkt 46–48).

53 *Należy dodać, że jeżeli proponowane produkty, mimo że posiadają oznakowanie CE, wzbudzają po stronie instytucji zamawiającej obawy, jeśli chodzi o zdrowie i bezpieczeństwo pacjentów, zasada równego traktowania oferentów oraz obowiązek zachowania przejrzystości, które znajdują zastosowanie niezależnie od zastosowania dyrektywy 93/36, sprzeciwiają się w celu uniknięcia arbitralnych decyzji, aby rzeczona instytucja zamawiająca mogła sama bezpośrednio odrzucić daną ofertę i zobowiązuje ją do podporządkowania się procedurze ochronnej, ustanowionej w art. 8 dyrektywy 93/42, tak aby zapewnić obiektywną i niezależną ocenę i kontrolę wskazywanego zagrożenia.*

55 *W związku z powyższym na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć, że zasada równego traktowania i obowiązek zachowania przejrzystości sprzeciwiają się, aby instytucja zamawiająca, która wszczęła postępowanie przetargowe na dostawę wyrobów medycznych, wskazując, że wyroby te muszą być zgodne z Farmakopeą Europejską i posiadać oznakowanie CE, odrzuciła proponowane materiały bezpośrednio i z pominięciem procedury ochronnej, ustanowionej w art. 8 i 18 dyrektywy 93/42, ze względów dotyczących zdrowia publicznego, mimo że spełniają one ten wymagany warunek techniczny. Jeśli instytucja zamawiająca uzna, że te wyroby medyczne mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, jest zobowiązana powiadomić właściwy krajowy organ w celu zastosowania rzeczonej procedury ochronnej.*

d) Orzeczenie z dnia 13 września 2007 roku w sprawie C-260/04

13 *Komisja wskazuje w skardze, że z punktu widzenia prawa wspólnotowego udzielenie koncesji na prowadzenie i zbieranie zakładów na wyścigi konne we Włoszech należy uznać za koncesję na świadczenie usług publicznych. Z tego względu przyznanie ich nie podlega zakresowi dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (JO L 209, str. 1). Jednakże z orzecznictwa Trybunału, a w szczególności z wyroku z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C 324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. str. I 10745 wynika, że **władze krajowe udzielające takich koncesji muszą przestrzegać zasady niedyskryminacji i przejrzystości w celu zapewnienia odpowiedniego stopnia jawności, pozwalającego na otwarcie rynku usług na konkurencję oraz na kontrolę bezstronności procedur udzielania koncesji.***

22 *Trybunał orzekł, iż mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych są w obecnym stanie prawa wspólnotowego wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 92/50,*

organy władzy publicznej udzielające koncesji są niemniej zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatowych w ogóle, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 60, wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C 231/03 Coname, Zb.Orz. str. I 7287, pkt 16 oraz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 46).

23 *Trybunał orzekł następnie, że postanowienia traktatu mające zastosowanie do koncesji na świadczenie usług publicznych, w szczególności art. 43 i 49 WE oraz zakaz dyskryminacji ze względów przynależności państwowej, stanowią szczególny wyraz zasady równości traktowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 48).*

24 *W tym względzie zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ów obowiązek przejrzystości, który ciąży na rzeczonym organie, wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 61 i 62 oraz Parking Brixen, pkt 49).*

29 *Zatem należy dokonać oceny, czy odnowienie koncesji bez przetargu jest odpowiednim środkiem do realizacji celu wskazanego przez Republikę Włoską oraz czy nie wykracza poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia. W każdym razie odnowienie to musi być stosowane w sposób niedyskryminacyjny (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Gambelli i in., pkt 64 i 65 oraz Placanica i in., pkt 49).*

e) Orzeczenie z dnia 11 października 2007 roku w sprawie C-237/05

19 *W dniu 18 grudnia 2002 r. Komisja przesłała Republice Greckiej wezwanie do przedstawienia jej uwag w przedmiocie zarzutu naruszenia przez Republikę Grecką przepisów dyrektywy 92/50, w tym w szczególności jej art. 3 ust. 2, oraz naruszenia zasady niedyskryminacji wskutek bezpośredniego zlecenia danych usług UCA bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu.*

f) Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 roku w sprawie C-220/06

71 *Chociaż bowiem niektóre umowy wyjęte są spod zakresu przedmiotowego wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, to instytucje zamawiające, które ich udzielają, muszą przestrzegać podstawowych zasad traktatu, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32 i przywołane w nim orzecznictwo).*

74 *Poza zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową do takich zamówień publicznych winna mieć również zastosowanie zasada równego traktowania oferentów, nawet w przypadku braku dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie wyroki z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C 458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. str. I 8585, pkt 48 i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C 410/04 ANAV, Zb.Orz. str. I 3303, pkt 20).*

75 *Zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala publicznej instytucji zamawiającej na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane. Ten obowiązek przejrzystości, który ciąży na wspomnianym organie, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie przetargu na usługi na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 49 i ANAV, pkt 21).*

76 *Co do zasady całkowity brak postępowania przetargowego w przypadku udzielenia takiego zamówienia publicznego na usługi, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie jest zgodny ani z wymogami art. 43 WE i 49 WE, ani też z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 50 i ANAV, pkt 22).*

77 *Ponadto z art. 86 ust. 1 WE wynika, że państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w mocy przepisów krajowych, które zezwalają na udzielenie zamówień publicznych na usługi bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ takie udzielenie narusza postanowienia art. 43 WE lub art. 49 WE, lub zasady równości traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Parking Brixen, pkt 52 i ANAV, pkt 23).*

88 Na zadane pytanie należy więc również odpowiedzieć, że art. 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równego traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego umożliwiającym organom administracji publicznej powierzanie, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, świadczenia usług pocztowych niezastrzeżonych w rozumieniu dyrektywy 97/67 publicznej spółce akcyjnej, której kapitał znajduje się w całości w rękach publicznych i która jest w tym państwie operatorem świadczącym pocztowe usługi powszechne, jeżeli porozumienia, do których postanowienia te mają zastosowanie,

- nie osiągają odpowiedniego progu określonego w art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50 i
- nie stanowią w rzeczywistości jednostronnego aktu administracyjnego nakładającego obowiązki obciążające jedynie operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne, czyniącego znaczące odstępstwo od jego zwykłych warunków oferty handlowej, sprawdzenie tego jest zaś zadaniem sądu krajowego.

g) Orzeczenie z dnia 24 stycznia 2008 roku w sprawie C-532/06

33 W tym względzie przypomnieć należy, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 **zobowiązuje instytucje zamawiające do zapewnienia, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.**

34 Zapisana w ten sposób **zasada równego traktowania** zawiera w sobie również **obowiązek przejrzystości** (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy, wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C 275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. 8291, pkt 31, a w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyrok w sprawie SIAC Construction, pkt 41).

40 Żeby tak się stało, **oferenci muszą być traktowani na równi w czasie trwania całego postępowania, co wymaga tego, by kryteria i warunki obowiązujące w każdym przetargu zostały w odpowiedni sposób ogłoszone przez instytucje zamawiające** (zob. podobnie, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, ww. wyroki w sprawie Beentjes,

pkt 21, i SIAC Construction, pkt 34, oraz w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, ww. wyrok w sprawie ATI EAC e Viaggi di Maio i in., pkt 22).

43 *W tamtym wyroku Trybunał orzekł, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50 nie stoi na przeszkodzie takiemu działaniu pod trzema dokładnie określonymi warunkami, a więc jeżeli decyzja taka:*

- nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;*
- nie zawiera informacji, które – jeżeli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;*
- nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ATI EAC e Viaggi di Maio i in., pkt 32).*

44 *W sprawie będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym należy natomiast stwierdzić, że komisja przetargowa zamieściła w ogłoszeniu o zamówieniu jedynie same kryteria udzielenia zamówienia i ustaliła ex post, po złożeniu ofert i otwarciu wniosków ze zgłoszeniami zainteresowania udziałem w przetargu, zarówno współczynniki wagi, jak i podkryteria w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia. Zaś to w oczywisty sposób nie spełnia obowiązku ogłaszania, o którym mowa w art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i obowiązkiem przejrzystości.*

45 *W związku z powyższym należy więc na zadane pytanie odpowiedzieć w ten sposób, że art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50, w związku z zasadą równego traktowania podmiotów gospodarczych i wynikającym z niej obowiązkiem przejrzystości stoi na przeszkodzie temu, by w ramach postępowania przetargowego instytucja zamawiająca ustalała w terminie późniejszym współczynniki wagi i podkryteria w zakresie określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia.*

h) Orzeczenie z dnia 19 czerwca 2008 roku w sprawie C-454/06

32 *W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo wspólnotowe stosuje w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (zob. podobnie*

wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 *Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 31*; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i 61* oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P *Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 108 i 109*).

34 Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 44 i 46*).

i) Orzeczenie z dnia 17 lipca 2008 roku w sprawie C-347/06

58 Trybunał orzekł jednakże, iż władze publiczne, zamierzając udzielić takiej koncesji, są zobowiązane do przestrzegania ogółu podstawowych zasad traktatowych, a w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Telaustria i Telefonadress, pkt 60*, ww. wyrok w sprawie *Coname, pkt 16*, wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen, pkt 46*, oraz ww. wyrok w sprawie *ANAV, pkt 18*).

59 W szczególności w zakresie w jakim koncesja ma pewne znaczenie transgraniczne, udzielenie jej, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw odmiennego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, które mogą być zainteresowane taką koncesją (zob., podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03, dotychczas niepublikowany w Zbiorze, pkt 30).

60 O ile takie zróżnicowanie traktowania, które poprzez wykluczenie wszystkich przedsiębiorstw znajdujących się w innym państwie członkowskim działa głównie na ich niekorzyść, nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy art. 43 WE i 49 WE (ww. wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Irlandii, pkt 31*).

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Celem umożliwienia zamawiającemu weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych daje zamawiającym możliwość sprecyzowania warunków udziału w postępowaniu, aby do ubiegania się o zamówienia publiczne dopuścić jedynie wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższa gwarancja wynika w szczególności z warunków, jakie przed dysponentami środków publicznych stawia ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.). Zgodnie z wyrażoną w art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych zasadą wydatki powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Realizacja powyższej zasady, w zw. z art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z powyższym o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy łącznie spełniają przesłanki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3. Powyższe jest pochodną założenia, że zamówienie publiczne może być udzielone jedynie wykonawcy, który gwarantuje prawidłowość jego realizacji i został zweryfikowany na etapie postępowania w oparciu o złożone dokumenty i oświadczenia, pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia publicznego. Wymienione enumeratywnie w art. 22 ust. 1 pkt 1 – 3 przesłanki udziału w postępowaniu mają charakter norm blankietowych, zaś ich dookreślenie następuje każdorazowo na etapie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek doprecyzowania przez

zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które winny być spełnione przez każdego wykonawcę, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia (jego charakteru, stopnia trudności, terminu realizacji oraz złożoności procesów technologicznych i organizacyjnych towarzyszących jego realizacji). Na powyższe wskazuje użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy zwrotu niedookreślonego „posiadają **niezbędną** wiedzę i doświadczenie”, zaś w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy użycie zwrotu „znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej **zapewniającej** wykonanie zamówienia”. Charakter tej normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Blankietowy charakter przepisów art. 22 ustawy nie oznacza, iż zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w ustalaniu warunków udziału w postępowaniu oraz swobodę w żądaniu dokumentów i oświadczeń potwierdzających, na etapie postępowania, ich spełnienie przez wykonawców. Powyższe wynika jednoznacznie z art. 22 ust. 2 ustawy, który statuuje w stosunku do czynności zamawiającego mającej na celu określenie warunków udziału w postępowaniu, jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych – zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Jedną z naczelných zasad polskiego oraz wspólnotowego systemu zamówień publicznych jest zasada chroniąca uczciwą konkurencję. W odniesieniu do wspólnotowego systemu zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w art. 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 oraz w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W wyniku implementacji obu dyrektyw powyższa zasada znalazła swoje odzwierciedlenie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w Rozdziale 2 zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień”, który statuuje w art. 7 ust. 1 jedną z naczelných zasad polskiego systemu zamówień publicznych. Niewątpliwie stanowi ona odzwierciedlenie polskiego i wspólnotowego porządku prawnego regulujących krajowy oraz wspólnotowy rynek oraz rządzące nimi zasady, choćby wynikające z ochrony praw konsumentów i zasady swobodnego przepływu towarów. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz.

U. z 2002 r. Nr 72 poz. 664 z późn. zm) regulowała tę kwestię w art. 16, który stanowił że zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada, która nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy wytyczne odnoszą się zarówno do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania (dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert), jak również do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień SIWZ, rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozwinięcie zasady zachowania uczciwej konkurencji napotykamy w art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ustawy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w sposób szczegółowy sprecyzował powyższą zasadę w art. 22 ust. 2. Powyższe wynika zapewne z faktu, iż czynność precyzowania warunków udziału w postępowaniu, obok sporządzania opisu przedmiotu i określania kryteriów oceny ofert, jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 60/09), w którym stwierdziła, że: „Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania”. W dalszej części Izba odniosła się do wymaganej od zamawiającego należytej staranności w określaniu warunków i ich oceny stwierdzając, iż: „Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w

postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania. (...) Subiektywna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wskazania sposobu dokonywania takiej oceny, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji". Z powyższego wynika jednoznacznie, że nieprawidłowości w ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu są zazwyczaj konsekwencją braku precyzji lub wręcz zaniechania jednoznacznego sprecyzowania warunków na etapie ich formułowania. Tylko precyzyjne określenie warunków, nie pozostawiające zamawiającemu możliwości subiektywnej i arbitralnej ich oceny oraz umożliwiające wykonawcom ich jednoznaczne odczytanie, może być uznane za prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i respektowanie zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, po zapoznaniu się z przedmiotem zamówienia, powinni dysponować możliwością zapoznania się z określonymi przez zamawiającego warunkami już w oparciu o lekturę treści ogłoszenia. Powyższa gwarancja wynika z charakteru i dostępności ogłoszenia. Wobec powyższego niedopuszczalne jest, praktykowane często, odsyłanie wykonawców w ogłoszeniu do treści SIWZ. Na powyższe wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 kwietnia 2003 r. (sygn. akt V Ca 522/03) wskazując, że: "Określenie warunków, jakie winni spełniać przyszli oferenci, winno wynikać już z treści ogłoszenia, tak aby czytający wiedział, czy udział w przetargu leży w sferze jego zainteresowań i możliwości".

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy – zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko wykonawców umożliwiających należyte wykonanie zamówienia, która leży w interesie zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania zawartego w art. 22 ust. 1 ustawy nie jest jakiekolwiek dowolne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/09) stwierdzając, że: „Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą

tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia”.

W trakcie formułowania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może opierać się na wielu elementach wynikających z wyartykułowanych przez ustawodawcę w art. 22 przesłanek ubiegania się o zamówienie publiczne. Oznacza to, że sprecyzowane przez zamawiającego warunki mogą się jednocześnie odnosić do jego doświadczenia, potencjału technicznego, personelu oraz jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zamawiający ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu składające się z kilku elementów, zwłaszcza gdy są one uzasadnione wartością lub stopniem skomplikowania zamówienia”.

Ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m. in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia, zdolności ekonomicznej oraz finansowej czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego, zdolności technicznej oraz ekonomiczno - finansowej istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Zamawiający określa i formułuje warunki udziału w postępowaniu, w granicach, które uzna za adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz w zakresie, który uzna za niezbędny do zapewnienia bezpiecznego, rzetelnego czy sprawnego wykonania zamówienia przez wykonawcę”.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają **konkretyzacji w ramach każdego z postępowań** o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Z drugiej strony wykonawców niespełniających warunków udziału należy uznać za obiektywnie niezdolnych do realizacji zamówienia lub przynajmniej niegwarantujących w stopniu wystarczającym jego należytego wykonania. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy. Tak więc każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 235/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich”. Jednakże, jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 169/09), „Art. 22 ust. 2 p.z.p. nie oznacza, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia”. Powyżej zacytowane tezy dwóch wyroków Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają istnienie wspomnianej wyżej konkurencyjnej zależności pomiędzy zasadą obiektywizmu i ochrony uczciwej konkurencji przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu, a zasadą ograniczającą dostępność do zamówienia ze względu na ochronę wydatkowania środków publicznych.

Jak wyżej wskazano wyrażona w art. 22 ust. 2 ustawy zasada niedyskryminacyjnego formułowania (określania) warunków udziału w postępowaniu nie ma charakteru absolutnego i bezwarunkowego. Każde uzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, nie będzie stanowiło naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy. Jednakże ograniczenie to musi być uzasadnione w sposób obiektywny, wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego mających swoje źródło w zakresie przedmiotowym zamówienia, jego trudności i przyjętych w przepisach prawa lub ustalonych zwyczajach wymaganiach dla podmiotów wykonujących tego rodzaju czynności lub prowadzących tego

rodzaju działalność. Brak sformułowania w postępowaniu przez zamawiającego jakiegokolwiek warunku w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej i ekonomiczno – finansowej prowadzi w konsekwencji do konieczności udzielenia zamówienia każdemu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, ma prawo do występowania w obrocie prawnym i posiada przewidziane w ustawach szczególne uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Jakkolwiek zamawiający nie ma obowiązku mnożenia zbędnych, mogących utrudniać sprawne przeprowadzenie postępowania warunków udziału, to jednak powinien wziąć pod uwagę okoliczność, iż w przypadku gdy z uprawnienia sformułowania i doprecyzowania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 nie skorzysta, nie będzie miał żadnych możliwości weryfikacji i zakwestionowania dopuszczenia do wykonywania zamówienia wykonawcy, który spełnianie warunków udziału w postępowaniu zadeklaruje, tj. złoży stosowne oświadczenie wymagane przepisami ustawy”.

Ograniczenia dowolnego określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikają także z normy prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 i 2 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń, informacji i dokumentów. Wobec powyższego ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zdolności technicznej, kadrowej, finansowej i ekonomicznej powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m. in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to **niezbędne i konieczne** do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Określanie warunków i badanie ich spełnienia nie może mieć również na celu określenia wiarygodności organizacyjnej, technicznej i ekonomicznej wykonawcy w znaczeniu globalnym. Dookreślanie (precyzowanie) warunków udziału w powyższym zakresie musi się odnosić do danego postępowania, w którym warunki są stawiane. Zamawiający nie ma prawa do badania

wiarygodności wykonawcy w zakresie ogólnym – jako przedsiębiorcy lub uczestnika obrotu gospodarczego. Zamawiający ma jedynie możliwość weryfikacji wykonawców na potrzeby określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 434/09) w uzasadnieniu którego stwierdziła, że: „Określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych i **jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach**. Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem”. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego oraz techniczno – ekonomicznego istotne jest funkcjonalne (celowościowe) powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa i racjonalności w wydatkowaniu środków publicznych.

Reasumując, precyzując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien opierać się na obiektywnych i miarodajnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie określenie warunków nie doprowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki powinny być formułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot (zakres) świadczenia wykonawcy zawarty w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Ponadto na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz

nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym,
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej,
- aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Powyższe przepisy określają także szczegółowo, w jakich terminach powyższe dokumenty powinny obowiązywać lub w jakich powinny zostać wystawione. Należy wskazać, iż § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia nie zawiera analogicznych do zawartego w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia zapisu „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku** (...)”. Interpretacja powyższego zapisu oraz analiza art. 22 i art. 24 ustawy wskazuje na fakt, iż warunki w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień oraz warunków, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia nie mogą być modyfikowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, iż zamawiający w powyższym zakresie jest związany bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz ustaw szczególnych regulujących tę materię i nie ma w tym zakresie swobody w ustalaniu warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) wskazała, że: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 Pzp reguluje okoliczności podmiotowo odnoszące się do wykonawców i decydujące o możliwości ubiegania się przez nich o udzielenie zamówienia publicznego, zwane dalej w ustawie warunkami udziału w postępowaniu. Za wyjątkiem pkt. 1 powołanego przepisu, którego zastosowanie i zakres normowania determinują inne przepisy, w odniesieniu do pkt. 2 i 3 pełną swobodę i uprawnienie, co do określenia i wskazania niezbędnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, personalnego czy finansowego jakimi musi wykazywać się wykonawca dla uzyskania danego zamówienia, ustawodawca pozostawił zamawiającemu”. Obowiązek spełnienia warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy wynikać może z samego faktu, iż przedmiot zamówienia obejmuje czynności lub wykonywanie określonej działalności, dla której przepisy rangi ustawowej określają szczególne warunki lub przesłanki ich wykonywania. W zakresie przesłanki określonej w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy warunek nie podlegania wykluczeniu powinien zostać spełniony przez wykonawcę w każdym przypadku. Ponadto zawarty w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia, wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy, zapis „w celu potwierdzenia **opisanego przez zamawiającego warunku (...)**” wskazuje dodatkowo, że zamawiający w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, kadry i potencjału technicznego oraz ekonomiczno – finansowego, ma prawo żądać dokumentów wskazanych w ww. przepisach rozporządzenia tylko i wyłącznie, jeżeli w danym postępowaniu sformułował warunki udziału w zakresie przesłanek określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Wobec powyższego spełnienie warunków w zakresie doświadczenia, kadry, zdolności technicznej oraz ekonomiczno – finansowej jest badane i weryfikowane przez zamawiającego na etapie postępowania jeżeli te warunki zostały wyraźnie sprecyzowane w postępowaniu. Konieczność badania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy jest niezależna od ich sprecyzowania w postępowaniu gdyż powyższą materię reguluje art. 24 ustawy oraz w odniesieniu do uprawnień koniecznych do wykonywania określonej działalności lub czynności ustawy szczególne. Wszakże art. 24 ustawy wskazuje szereg zdarzeń prawnych i faktycznych, które decydują z mocy samego prawa o fakcie wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Można wobec powyższego stwierdzić, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy zostały doprecyzowane przez samego ustawodawcę w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w ustawach szczególnych. Od woli zamawiającego będzie zależało jedynie,

czy na ich potwierdzenie w związku z art. 26 ust. 2 ustawy zażąda przewidzianych w rozporządzeniu dokumentów czy też poprzestanie na samych oświadczeniach. W związku z treścią art. 26 ust. 1 ustawy w odniesieniu do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający będzie miał obowiązek żądania dokumentów na potwierdzenie postawionych w postępowaniu warunków. Powyższe nie oznacza jednak, iż w postępowaniu nie może dojść do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy w odniesieniu do przesłanek wyrażonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Z powyższym naruszeniem będziemy mieli do czynienia w przypadku gdy zamawiający żądał będzie od wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności pomimo braku ustawowego obowiązku ich posiadania. Za niedopuszczalny warunek należy uznać również żądanie od wykonawców aby dokumenty rejestrowe (wpis do ewidencji działalności gospodarczej lub wpis do Krajowego rejestru Sądowego) obejmowały swoim zakresem przedmiot zamówienia. Wskazany w dokumentach rejestrowych przedmiot działalności przedsiębiorcy nie ogranicza możliwości działalności podmiotu w zakresie nieobjętym zawartym w dokumentach rejestrowych wykazem. Dane zawarte w ww. dokumentach mają znaczenie informacyjne i statystyczne. Ich wyspecyfikowanie na etapie rejestracji przedsiębiorcy ma charakter deklaracji, co do przyszłego funkcjonowania tego podmiotu na rynku i nie może być podstawą jakichkolwiek ograniczeń nie przewidzianych przepisami prawa. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1084/08), w którym Izba wskazała, że: „Polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności gospodarczej od ujawnienia w ewidencji działalności gospodarczej danego rodzaju działalności (opisany przy użyciu odpowiednich kodów i nazw), jeżeli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Zgodnie ze stanowiskiem UZP zawartym na str. 126 Komentarza pod red. T. Czajkowskiego (Warszawa 2007) ustawa p.z.p. nie daje podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze (bądź ewidencji) odpowiadał przedmiotowi określonemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD). W świetle powyższego fakt niewyszczególnienia w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej działalności w zakresie np. budowy nawierzchni obiektów sportowych - 45.23B PKD nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i pozostaje bez znaczenia z punktu oceny spełnienia przez wykonawcę wymogu złożenia wymaganej przez Zamawiającego polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia”.

Jak wyżej wskazano, zakres możliwych do żądania dokumentów określa ramy i zakres możliwych do postawienia na etapie postępowania warunków udziału w postępowaniu. Zawarty w ww. rozporządzeniu zakres dokumentów, których zamawiający może żądać na potwierdzenie warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy ma charakter zamknięty i wynika jedynie z obowiązującego w momencie wszczęcia postępowania stanu prawnego. Dodatkowo zamawiający może żądać niektórych dokumentów z zastrzeżeniem, (tym samym może postawić w tym zakresie analogiczny warunek udziału w postępowaniu), że właściwe przepisy (rangi ustawowej) nakładają obowiązek posiadania stosownych uprawnień (koncesji, zezwoleń lub licencji). Aby zapewnić przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy ustalone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia i warunków towarzyszących jego realizacji oraz możliwe do weryfikacji na podstawie dokumentów wskazanych w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy. Ponadto jak wyżej wskazano, warunek odnoszący się do uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności uzależniony został od faktu, czy przepisy ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Jeżeli wykonywanie określonych czynności lub prowadzenie określonej działalności regulują przepisy szczególne zamawiający powinien kierować się w ustalaniu warunków właściwymi przepisami i regulacjami szczególnymi. W odniesieniu do przesłanki uregulowanej w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający nie może żądać od wykonawców posiadania uprawnień do wykonywania określonych czynności lub prowadzenia określonej działalności jeśli obowiązek posiadania takich uprawnień nie wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W szczególności zamawiający nie może żądać wykazania się przynależnością do określonych stowarzyszeń, zrzeszeń lub organizacji, jeżeli prowadzenie określonej działalności lub wykonywania czynności nie są uzależnione powszechnie obowiązującymi przepisami rangi ustawowej od tego rodzaju przynależności. Zamawiający nie może również żądać od wykonawców uzyskania określonych decyzji, zaświadczeń, pozwoleń lub wydania stosownych akredytacji lub certyfikatów, jeżeli przepisy prawa nie uzależniają wykonywania określonej działalności lub czynności od ich posiadania. Zgodnie z art. 6. ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Zgodnie z ust. 2 powyższego przepisu, organ administracji publicznej nie może żądać ani uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub

zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa. Powyższe jest konsekwencją wyrażonej w art. 22 Konstytucji zasady, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze **ustawy** i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Stąd też ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w art. 22 ust. 1 pkt 1 odwołuje się do przepisów rangi ustawowej, co ma także swoje odzwierciedlenie w § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe zasady znalazły swoje odzwierciedlenie w dwóch kolejnych orzeczeniach Zespołu Arbitrów. W orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 27 stycznia 2005 r. (UZP/ZO/0-107/05) zostało wskazane, że: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zamawiający w postępowaniu przekraczającym równowartość 60 tys. euro jest zobowiązany żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, Zamawiający winien żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, **jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania w zakresie objętym zamówieniem publicznym**. Przedmiotowe zamówienie obejmowało sprzedaż olejów wraz z ich dostarczeniem do magazynów Zamawiającego. Dlatego też na wykonywanie transportu drogowego samochodami własnymi, na które przepisy ustawy wymagają licencji lub zaświadczeń, wykonawca powinien dołączyć do oferty stosowny dokument potwierdzający posiadanie ww. uprawnień”. W kolejnym wyroku z dnia 29 czerwca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1530/05) Zespół Arbitrów wskazał, że: „Zamawiający nie może żądać od wykonawców licencji IATA. Z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika bowiem, że zamawiający może żądać tylko koncesji, zezwolenia lub licencji, **jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania**”.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują

potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać:

- ❖ wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należyście;
- ❖ wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należyście;
- ❖ wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca;
- ❖ pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 3, wykonawca wskazał narzędzia i urządzenia, którymi będzie dysponował;
- ❖ informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi;

- ❖ wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności;
- ❖ pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 5, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował;
- ❖ dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W zasadzie to zamawiający decyduje jak sformułować warunki udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. Jednakże jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09) „Swoboda zamawiającego w korzystaniu z ww. uprawnień doznaje ograniczeń jedynie ze strony ogólnych zasad ustawy, w szczególności nakazu wyrażonego w art. 22 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż zamawiający nie może określić warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. W odniesieniu do formułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia istotne jest, aby warunek ten był adekwatny do przedmiotu zamówienia (jego zakresu, wartości i skomplikowania) i jednocześnie gwarantował wykonawcy, który wykaże się spełnieniem tego warunku, prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 489/09) wskazała, że: „Z określenia "odpowiadających swoim rodzajem" wywodzi się pogląd, że w żadnym z aspektów, które mogą być brane do porównania doświadczenia wykonawcy z zadaniem stanowiącym przedmiot zamówienia, żądania nie mogą być tożsame (identyczne)”.

Analogiczne zasady dotyczą warunków obejmujących dysponowanie potencjałem technicznym (posiadanie narzędzi i urządzeń lub zobowiązania innych podmiotów do

udostępnienia narzędzi i urządzeń) i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wskazać należy, iż na podstawie § 1 ust. 2 pkt 3 i 3a oraz 5 i 5a rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy możliwy do żądania zakres zwartych w wykazie danych został uzależniony od faktu, czy narzędzia i urządzenia lub osoby są „**niezbędne**” do wykonania zamówienia. Oznacza to wprost ograniczenie możliwości dowolnego formułowania warunku na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na zapisy rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, określającego treść dokumentu (wykazu) składanego przez wykonawców na etapie postępowania. Zawarte we wskazanych powyżej wykazach informacje zostały uzależnione od warunku, aby narzędzia i urządzenia lub osoby w nich wyszczególnione były niezbędne, czyli takie bez których dane zamówienie nie może zostać prawidłowo zrealizowane, ze względu na jego zakres, zastosowaną technologię i materiały, organizację pracy, miejsce i czas wykonania. Biorąc pod uwagę fakt, iż zawarte w ww. rozporządzeniu uprawnienie do żądania przez zamawiającego tylko enumeratywnie określonych dokumentów determinuje treść i zakres warunku udziału w postępowaniu. Powyższe jest m. in. konsekwencją faktu, iż skuteczność warunku jest silnie uzależniona od jego sprawdzalności (możliwości jego weryfikacji) w oparciu o dopuszczalne informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach.

W kolejnym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza poddała analizie kwestię porównywalności dostaw, usług lub robót budowlanych w związku z postawieniem przez zamawiającego warunku udziału na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy. W wyroku z dnia 15 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 578/09) Izba wskazała, że: „Warunek porównywalności określonych dostaw, usług, czy też robót budowlanych w kontekście przepisów p.z.p. (art. 22) oraz przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów odnosi się do przedmiotu zamówienia, w tym do wartości przedmiotu zamówienia, a nie treści oferty, czy ofert wykonawców. (...) Dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia należy rozumieć, zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania jako dostawy adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia, zatem mogą być one równe, wyższe, ale też i niższe od wartości przedmiotu zamówienia, byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać. Zakres tego porównania powinien określić dokładnie sam zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu”. W kolejnym wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 254/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Zamawiający nie wykazał podczas rozprawy zasadności niniejszego warunku. Twierdzenia o poszerzeniu poprzez niniejszą konstrukcję kręgu potencjalnych podmiotów zainteresowanych

złożeniem oferty jest błędne. Warunek w swej istocie nie jest powiązany z przedmiotem zamówienia, jak powinno to wynikać z samej jego treści oraz rozporządzenia „odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”, ale uzależnia jego spełnienie od osiągnięcia procentowej wielkości ceny brutto złożonej przez Wykonawców oferty. Powyższa wielkość de facto jest zależna od Wykonawcy, a nie Zamawiającego. W swej istocie podana wartość powinna odnosić się do wartości zamówienia, a nie wartości oferty. Inaczej mówiąc stanowić wartość szacunkową zgodną z protokołem, albo kwotę adekwatną do przedmiotu zamówienia, która nie jest równa temu zamówieniu tylko umożliwia wykazanie doświadczenia w budownictwie”.

Wobec powyższego należy wskazać, iż niedopuszczalne jest również, aby warunki w zakresie doświadczenia odnoszące się do wartości robót budowlanych, dostaw lub usług były formułowane w stosunku do ceny ofertowej wskazanej przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustanowiony w taki sposób przez zamawiającego warunek odnoszący się do doświadczenia uczestników postępowania prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem stwierdzić, iż każdy z wykonawców określa inną cenę ofertową brutto, a zatem, każdy z nich będzie musiał spełniać inny warunek, dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem. Jeżeli określony przez zamawiającego warunek został skonstruowany na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez każdego z wykonawców ceny ofertowej brutto to prowadzi to wprost do naruszenia zasady wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy. Powyższe powoduje, że dla każdego z wykonawców ma on różną wysokość. A zatem przy takim sformułowaniu warunku dochodzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż każdy z wykonawców musi spełnić inny warunek, w zależności od wysokości zaoferowanej przez siebie ceny. Powyższe znajduje również potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1125/08), w którym Izba wskazała, że: „Nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji wartości robót stanowiącej element warunku odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy, lecz uzależnienie jej od wartości składanej w postępowaniu oferty, narusza zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz utrudnia dostęp do podstawowych informacji o zamówieniu potencjalnym wykonawcom”.

Częstym błędem w określaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jest żądanie przez zamawiającego, aby żądane roboty budowlane, dostawy lub usługi były świadczone na rzecz określonych podmiotów – zazwyczaj tożsamy z formą jaką posiada zamawiający. Tego rodzaju stan faktyczny został wskazany w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1114/08), w którym zamawiający, poprzez postawiony w zakresie doświadczenia zawodowego warunek udziału w postępowaniu, odmówił wykonawcom możliwości wykazania doświadczenia zdobytego w realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych oraz gmin. Na rozprawie zamawiający uzasadnił to swoją specyfiką w stosunku do innych zamawiających, tj. różnicami pod względem struktury, liczebności i powierzchni. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że: „W ocenie składu orzekającego, sam ten fakt nie może przesądzać o uznaniu, że usługi zrealizowane na rzecz innych zamawiających są nieprzydatne, ponieważ oczywistym jest, że każdy zamawiający ma z tego punktu widzenia inną, własną specyfikę. (...) Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby nie znalazł w argumentacji zamawiającego uzasadnienia dla ograniczenia przy wykazywaniu doświadczenia wykonawców poprzednio realizowanych przez wykonawców usług do tych realizowanych na rzecz miasta, powiatu, województwa, czy regionu, nadto w sytuacji, gdy sposób rozumienia „regionu” przez zamawiającego nie daje możliwości, aby w tej grupie znalazły się gminy, uznał zatem, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W związku z treścią § 1 ust. 2 pkt 6 ww. rozporządzenia należy wskazać, iż żądanie przez zamawiającego od wykonawcy, aby dysponował osobami posiadającymi wymagane uprawnienia może nastąpić jedynie wówczas, gdy przepisy rangi ustawowej nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Żądanie w ramach warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawcy dysponowali osobami posiadającymi uprawnienia nie wymagane w ustawie lub niekonieczne do realizacji czynności objętych przedmiotem zamówienia jest niedopuszczalne. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza z wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „W przypadku jeżeli zamawiający chce i zamierza dokonywać np. weryfikacji potencjału kadrowego wykonawców, powinien wyraźnie określić i wskazać, jakie osoby uznaje za zdolne i, w jego ocenie, niezbędne do wykonania zamówienia, tj. dysponowania jakimi osobami wymaga od wykonawcy. W ramach poprawnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, zdolność osób do wykonania zamówienia zamawiający może

określić m.in. przez wskazanie odpowiedniego wykształcenia, doświadczenia, kwalifikacji oraz **wymaganych ustawami uprawnień**. Inne postanowienia, np. ogólnie informujące o konieczności dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia nawet w odesłaniu do obowiązujących przepisów, bez konkretnego wskazania liczby tych osób, ich charakterystyki czy doprecyzowania wymaganych uprawnień, nie mogą być uznane za poprawnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu wywołujący skutki prawne w postaci dopuszczenia bądź niedopuszczenia wykonawcy do postępowania”.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 540/09) odniosła się do bardzo istotnej kwestii, stanowiącej powszechne źródło wątpliwości na etapie formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i oceny ich spełniania. W ww. wyroku Izba wskazał, że: „Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż usługa zrealizowana w okresie wskazanym przez zamawiającego opiewająca na wartość co najmniej wymaganą w treści siwz nie musi zaczynać się w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadku usług wykonanych znaczenie ma termin ich zakończenia w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a nie termin ich rozpoczęcia i zakończenia”. Powyższe jest konsekwencją literalnej wykładni § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, w którym jest mowa o „wykazie **wykonanych** robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat” lub „wykazie **wykonanych** (...) dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat”. Niewątpliwie za wykonane należy uznać świadczenia, których realizacja uległa zakończeniu. Zakończone świadczenia to te, w przypadku których strony stosunku prawnego uznały, iż zrealizowano je w sposób zgodny z treścią tego stosunku (umowy) w sprawie zamówienia publicznego, na podstawie którego zamówienie było realizowane. Zrealizowanie umowy materializuje się w jednej chwili, tzn. wtedy, gdy uznać można, iż wzajemne świadczenia stron umowy zostały spełnione zgodnie z treścią stosunku, którego umowa była źródłem. W odniesieniu do dostaw i usług (będących świadczeniami okresowymi lub ciągłymi) ustawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sposób wyraźny dopuścił możliwość ujęcia w wykazie wykonywanych, a więc będących w trakcie realizacji (niezakończonych) dostaw lub usług.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;
- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Ze względu na rozległy zakres dokumentów, których może żądać zamawiający na potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej, możliwe jest postawienie w tym zakresie zróżnicowanych warunków. Warunki te mogą obejmować średnioroczny obrót, posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Nic nie stoi na przeszkodzie aby w zakresie wykazania, że wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonania zamówienia zamawiający żądał

wykazania się w okresie ostatnich trzech lat średnimi corocznymi obrotami na określonym poziomie przy jednoczesnym warunku posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych na określonym poziomie, o ile powyższe jest niezbędne i jednocześnie gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zamawiający ma prawo postawić warunki udziału w postępowaniu składające się z kilku elementów, zwłaszcza gdy są one uzasadnione wartością lub stopniem skomplikowania zamówienia”.

W wyroku z dnia 12 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 560/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jaki jest cel żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia polisy ubezpieczeniowej, wskazując że: „Polisa ma służyć ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia”. Powyższe wskazuje, iż polisa ma obrazować jedynie sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Jej żądanie nie służy wykazaniu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest już przygotowany do realizacji umowy w wyższym stopniu niż pozostali wykonawcy, gdyż przedmiot jego polisy obejmuje przedmiot zamówienia.

Art. 22 ustawy zawiera w ust. 2 ograniczenie dowolności ustalania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, zakazując takiego ich formułowania, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Ww. ograniczenia zostały wyrażone także pośrednio w normie prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń i dokumentów. Nie ulega wątpliwości, iż możliwość żądania przez zamawiającego tylko określonych dokumentów ogranicza stawiane przez zamawiającego warunki jedynie do tych, których „sprawdzalność” (weryfikacja) jest możliwa w oparciu o te dokumenty. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) został określony zamknięty katalog dokumentów, do żądania których uprawniony jest zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien wziąć pod uwagę fakt, iż istnieją ograniczenia, co do możliwości żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających ich spełnienie. Bezcelowe byłoby wszakże postawienie przez zamawiającego warunku, który

swoim zakresem wykraczałby poza dopuszczalną rozporządzeniem możliwość jego weryfikacji. W wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 162/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczący warunków udziału w postępowaniu ma charakter blankietowy, a obowiązkiem Zamawiającego formułującego warunki udziału w postępowaniu jest doprecyzowanie pojęcia "niezbędna wiedza i doświadczenie", tak aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. (...) Zamawiający nie może żądać dokumentów lub informacji, które nie służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż takie dokumenty należy uznać za zbędne. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu może żądać również złożenia mniejszej ilości dokumentów lub złożenia dokumentów, które będą potwierdzały tylko wybrane przez Zamawiającego informacje np. wartość usług lub wyłącznie ich zakres przedmiotowy”. W wyrok z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 565/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Lista żądanych dokumentów i oświadczeń, jest elementem specyfikacji wtórnym do postawionych warunków i od nich zależnym, ponieważ wymaga się ich w celu wykazania przez wykonawców spełniania postawionych warunków. Tym samym powinny one być one tak dobrane, aby ten cel osiągnąć”. Oznacza to, iż prawo żądania wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 dokumentów istnieje jedynie wówczas, gdy mają one potwierdzać postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdzone zostało również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 12/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Dopiero na potwierdzenie spełniania tak sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, tj. potwierdzenie, iż wykonawca charakteryzuje się wymaganymi właściwościami, uprawnieniami czy potencjałem, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp żąda od wykonawców adekwatnych dokumentów, których katalog określają przepisy powoływanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów a dnia 19 maja 2006 r. Samo żądanie złożenia określonych dokumentów nie kreuje warunku udziału w postępowaniu, ani tym bardziej takim warunkiem nie jest. Ponadto żądanie dokumentów nie odnoszących się do postawionych w danym postępowaniu warunków udziału czy zawierających informacje zbędne z punktu widzenia możliwości weryfikacji spełniania warunków należy uznać za naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp, który stanowi o możliwości żądania jedynie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Jednocześnie możliwość dowolnego konkretyzowania warunku jest ograniczona rodzajem dokumentów, których może żądać zamawiający. Występuje w tym aspekcie wzajemna korelacja pomiędzy warunkami udziału a dokumentami

żadanymi na ich potwierdzenie, gdyż jak wspomniano wyżej w przypadku braku warunków żądanie dokumentów nie jest dopuszczalne.

Powyższe oznacza także, iż postawione warunki udziału muszą być możliwe do weryfikacji w oparciu o dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Nie ulega wątpliwości, iż warunki udziału w postępowaniu powinny uwzględniać możliwość ich weryfikacji przy pomocy dopuszczalnego katalogu oświadczeń i dokumentów. Określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, który nie umożliwia ich weryfikacji w oparciu o dokumenty wskazane w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy należy uznać za bezcelowe, przy uwzględnieniu zasady pisemności postępowania wyrażonej w art. 9 ust. 1 ustawy.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 22 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w określeniu warunków udziału w postępowaniu, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 22 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy określeniu warunków udziału w postępowaniu. Jako przykład można wskazać określenie innych warunków udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia i w treści SIWZ. W takim wypadku, gdy warunki zawarte w treści ogłoszenia będą bardziej rygorystyczne niż zawarte w treści SIWZ, może to doprowadzić do rezygnacji potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniu, nawet pomimo późniejszej modyfikacji treści ogłoszenia lub SIWZ w tym zakresie. Powyższe mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (mogłoby utrudnić uczciwą konkurencję) w stosunku do wykonawców, którzy zrezygnowaliby z udziału w postępowaniu na podstawie analizy warunków zawartych tylko w ogłoszeniu. W drodze analogii należy wskazać, iż na tego rodzaju konsekwencję użytego w sformułowaniu trybu przypuszczającego (mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję) wskazała, w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn.

KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym wskazano, że: „KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, **który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który **mógłby potencjalnie** zagrozić uczciwej konkurencji”.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalane przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie doprowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Określenie warunków udziału w sposób prowadzący do wyeliminowania niektórych wykonawców musi mieć odzwierciedlenie w rozumianych w sposób zbiektywizowanych preferencjach zamawiającego i jego uzasadnionych potrzebach.

Precyzja w określeniu warunków udziału w postępowaniu jest gwarancją ich poprawnej interpretacji i identyfikacji przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne oraz prawidłowej interpretacji przez zamawiającego na etapie badania spełnienia ich przez oferentów. Nieprecyzyjne określenie warunków powoduje wnoszenie przez wykonawców środków ochrony prawnej w zakresie treści ogłoszenia oraz SIWZ. Prowadzi również do nieprawidłowości na etapie dokonywania oceny spełnienia warunków w postępowaniu i czynności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej. Za niedopuszczalne należy uznać dokonywanie w trakcie oceny spełnienia przez wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty, warunków udziału w postępowaniu ich zawężającej lub rozszerzającej wykładni przez zamawiającego. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1412/08), w którym Izba wskazała, że: „Warunki udziału w postępowaniu i dokumenty składane celem ich potwierdzenia, jako istotne elementy decydujące o udziale danego wykonawcy w postępowaniu winny być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z ich literalnym brzmieniem”. Odczytywanie w sposób ścisły skonkretyzowanych przez zamawiającego na etapie postępowania warunków udziału potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1156/08) w którym wskazano, że: „Obowiązek wskazania sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu

należy do zamawiającego i jedynie przez pryzmat tego sposobu zamawiający może następnie oceniać wykonawców. Nie jest możliwe definiowanie przez wykonawców innego sposobu spełnienia warunku. (...) Wskazany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, z którym, przez treść ogłoszenia, zapoznają się potencjalni wykonawcy, winien być odczytywany ściśle, zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W innym przypadku sposób oceny spełniania warunku byłby nie do przewidzenia, wykonawcy nie znalazłby reguł interpretacji warunku, jakie ostatecznie przyjmie zamawiający”. W kolejnym orzeczeniu z dnia 9 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1368/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż każdy warunek powinien być w postępowaniu wyrażony wprost wskazując, że: „Warunek udziału w postępowaniu musi być określony przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości. Domniemanie warunku udziału w postępowaniu nie jest dopuszczalne”. Oznacza to, że każdy warunek powinien być wyrażony *expressis verbis* i niedopuszczalne jest stosowanie w tym zakresie jakichkolwiek domniemań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, wzorów wykazów użytych w dokumentacji lub tym bardziej faktów nie związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1349/08) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do powyższej kwestii wskazując, iż: „Wymagania związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zawierane w Specyfikacji, w celu zapewnienia zasady jawności i przejrzystości postępowania. Na etapie oceny ofert zamawiający nie może tworzyć dodatkowych wymagań, nie określonych w SIWZ”. Potwierdzenie powyższego poglądu znajdujemy ponadto w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2008 r. (KIO/UZP 1112/08), w którym Izba wskazała, że: „Warunki udziału w postępowaniu i dokumenty, które wykonawcy mają przedstawić w celu potwierdzenia ich spełniania, muszą być jasno określone w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, i nie można domniemywać postawienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu wbrew brzmieniu tych dokumentów”.

Jako przykładowo niedopuszczalne sformułowanie podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, którego przedmiotem są dostawy, jest ograniczenie katalogu wykonawców jedynie do producentów nabywanych urządzeń lub towarów, z wyłączeniem ich dystrybutorów, hurtowników lub podmiotów zajmujących się jedynie doraźnie obrotem tego rodzaju wyrobami. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 442/09; KIO/UZP 452/09), w którym Izba wskazała, że: „Ograniczanie kręgu wykonawców zamówienia publicznego wyłącznie do producentów uznawane jest za praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję”.

Dopuszczalny zakres ograniczenia kręgu wykonawców może być spowodowany jedynie okolicznościami związanymi z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia, bez nieuzasadnionego ograniczania konkurencji. Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1334/08) w którym wskazała, że: „Zastosowanie art. 22 ust. 2 p.z.p. w procedurach udzielenia zamówienia publicznego przejawia się w taki sposób, że zamawiający dokonując opisu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, ma możliwość ograniczenia podmiotów ze względu na ich potencjał techniczny lub finansowy, tj. żądając przedstawienia dokumentów dotyczących doświadczenia, parku maszynowego bądź też potencjału kadrowego, ale nie w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Niedopuszczalne z punktu widzenia art. 22 ust. 2 ustawy jest również formułowanie odmiennych warunków w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy. Wszakże zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia powinno, zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy, nastąpić na takich samych zasadach, jak wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełnić identyczne warunki ubiegania się o zamówienie, jak wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia samodzielnie.

Formułowanie różnych warunków ze względu na różny status wykonawcy (formę prawną lub organizacyjną), jak również ze względu na okres prowadzenia działalności lub pochodzenie wykonawcy stanowi wprost naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy. Ze względu na wymagania zamawiającego organizacyjna lub prawna forma wykonawcy nie może mieć wpływu na dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu. Takiego znaczenia, z obiektywnych względów, nie ma również okres prowadzenia działalności, okres funkcjonowania w danej branży lub miejsce pochodzenia wykonawcy.

**W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące
nieprawidłowości odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu:**

Naruszenie 1

1. Z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu) wynika, iż zamawiający w następujący sposób określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy):
 - a) zrealizowanie co najmniej jednej modyfikacji systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto) każda.
 - b) wdrożenie, co najmniej jednego systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych statystycznych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto), przy czym wdrożenie obejmowało zaprojektowanie bazy danych, migrację danych, modyfikację oprogramowania oraz integrację z co najmniej dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi,
 - c) wdrożenie, co najmniej jednego systemu informatycznego wykorzystującego formularze elektroniczne stworzone w technologiach otwartych (open source) JTC i JBOSS lub innych równoważnych technologiach otwartych o wartości nie mniejszej niż 500.000 (brutto),
 - d) dysponowanie nie mniej niż 2 programistami z doświadczeniem w tworzeniu systemów informatycznych wykorzystujących Internet posiadających doświadczenie w wykorzystaniu narzędzi zgodnych z technologią Oracle udokumentowane certyfikatami ukończenia szkolenia w tym zakresie.
 - e) dysponowanie, co najmniej 1 kierownikiem projektu, z wykształceniem wyższym oraz minimum 2 letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie prowadzenia projektów informatycznych i udokumentowaną wiedzą praktyczną dotyczącą stosowania

metodyki zarządzania projektami PRINCE2 lub innych równoważnych.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ (Rozdział II – opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania) wskazała, iż przedmiot zamówienia obejmował jedynie zmianę funkcjonalności Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej. Przedmiot zamówienia nie obejmował wytworzenia, dostawy oraz wdrożenia systemu informatycznego. Zamawiający w Rozdziale III SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od wykonawcy) w Podrozdziale I pkt 2 ppkt 1) lit. b żądał aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem obejmującym wdrożenie co najmniej jednego systemu informatycznego umożliwiającego przetwarzanie danych statystycznych z zakresu ochrony zdrowia o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto), przy czym wdrożenie to obejmować miało zaprojektowanie bazy danych, migrację danych, modyfikację oprogramowania oraz integrację z co najmniej dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi. Zakres przedmiotowy niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie obejmował wdrożenia systemu informatycznego, czynności mających na celu zaprojektowanie bazy danych i ich integracji z dwoma zewnętrznymi systemami informatycznymi. Przedmiot niniejszego zamówienia obejmował: (dla I etapu) importowanie danych (dla jednostek typu IPL i GPL), tworzenie reguł walidujących dla poszczególnych formularzy (tj. funkcji mających na celu potwierdzenie w sposób udokumentowany, że realizowane procedury, czynności lub procesy prowadzą do zaplanowanych z góry wyników), tworzenie dla wskazanych komórek danego formularza sprawozdawczego reguł wyliczających wartości (tj. umożliwiające automatyczne wyliczanie poprzez wskazanie przez użytkownika pożądanych reguł w systemie dla wskazanych komórek danego formularza i automatycznego umieszczania wyniku działania matematycznego we wskazanym polu), zmiany struktury przynależności jednostek podległych ZOZ z uwzględnieniem przynależności jednostki do danej gminy, powiatu i województwa. Zaś dla II etapu opis przedmiotu zamówienia przewidywał: wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego automatyczne przypisywanie obowiązku sprawozdawczego dla jednostek ZOZ i pozostałych jednostek w ramach wskazanego okresu sprawozdawczego, modyfikację formularza MZ-24 związaną ze zmianą nagłówka, wprowadzenie mechanizmu usuwania sprawozdań z zapewnieniem kontroli i rejestrowania faktu usunięcia sprawozdania, wprowadzenie możliwości definiowania przez administratora systemu mechanizmu regulującego okresy dostępności poszczególnych formularzy, wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego wydruk formularza rejestracji użytkownika, wprowadzenie możliwości usunięcia jednostki,

archiwizowania danych usuniętych jednostek i kontrolę warunków umożliwiających usuwanie jednostek, dodanie raportów sumacyjnych dla każdego sprawozdania, wprowadzenie możliwości kopiowania i akceptowania walidacji dla formularzy zmienianych w przyszłości, wprowadzenie możliwości złożenia wniosku o nowe hasło, edytowanie danych ZOZ-ów i innych jednostek, dostosowania formularzy do standardu rozdzielczości, dodanie dodatkowych ikon na końcu obsługiwanych formularzy, wprowadzenie możliwości zmiany przez administratora typu jednostki i jej ewentualnego usunięcia, export danych do pliku Excel na poziomie wojewódzkim. Analiza opisu przedmiotu zamówienia pozwala stwierdzić, iż wykonawcy w ramach umowy mieli jedynie obowiązek zwiększenia funkcjonalności systemu poprzez modyfikację już istniejących struktur.

Jako jeden z powodów rozbudowy Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej zamawiający wskazał wejście w życie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 kwietnia 2008 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 (Dz. U. z 2008 r. Nr 84 poz. 508). Analiza powyższego aktu prawnego wskazuje, iż nie wprowadza ono zmian załączników do rozporządzenia w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 odnoszących się do statystyki medycznej. Jedyną ogólną zmianą wprowadzoną ww. aktem prawnym jest zmiana § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 października 2007 r. w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2008 (Dz. U. Nr 210, poz. 1521 i Nr 243, poz. 1786), który otrzymał następujące brzmienie: „Sprawozdania statystyczne, o których mowa w Programie, są przekazywane w formie pisemnej lub elektronicznej **przez portal sprawozdawczy GUS www.stat.gov.pl oraz inne portale wskazane jako miejsce przekazywania danych**. W przypadku, gdy w Programie wskazana jest wyłącznie forma elektroniczna przekazywania sprawozdań statystycznych, podmioty są zobowiązane do przekazywania sprawozdań wyłącznie w tej formie". Poprzednie brzmienie zmienionego § 5 było następujące: „Sprawozdania statystyczne, o których mowa w Programie, są przekazywane w formie pisemnej lub elektronicznej. W przypadku gdy w Programie wskazana jest wyłącznie forma elektroniczna przekazywania sprawozdań statystycznych, podmioty są zobowiązane do przekazywania sprawozdań wyłącznie w tej formie”. Wprowadzona zmiana dotyczy obowiązku przekazywania formularzy statystycznych za pomocą portalu sprawozdawczego GUS. W oparciu o ww. zmiany rozporządzenia modyfikacja mogła jedynie obejmować integrację systemu **z jednym zewnętrznym systemem informatycznym, a nie dwoma – jak wskazał w warunkach zamawiający.**

Jednakże opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ nie zawierał postanowień dotyczących integracji istniejącego systemu z portalem sprawozdawczym GUS lub innym systemem informatycznym.

Wskazany powyżej zakres przedmiotowy nie przemawia za tym, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni byli posiadać jako niezbędne doświadczenie obejmujące wdrożenie systemu, którego zmiany zostały przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Ponadto warunki określone przez zamawiającego dla postępowania dotyczącego modyfikacji systemu są bardziej rygorystyczne niż warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określone dla kompleksowego wykonania i wdrożenia całego systemu (postępowania znak: CSIOZ/ZP/16/07).

Zamawiający żądał ponadto aby wartość wykonanych dostaw i usług wynosiła 500.000 zł, zaś ustalona dla przedmiotowego postępowania szacunkowa wartość zamówienia wyniosła 286.885,25 zł (wraz z podatkiem VAT 350.000,00 zł brutto). Powyższa wartość nie uzasadniała żądania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem w realizacji informatycznego systemu o wartości 500.000 zł.

Wobec powyższego należy uznać, iż postawione przez zamawiającego warunki w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, zarówno pod względem wartości dostaw i usług, jak także ich rodzaju. Pomimo faktu, iż przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wytworzenie Informacyjnego Systemu Statystyki Publicznej wraz z przeniesieniem praw autorskich do oprogramowania systemu i dokumentacji” (znak CSIOZ/ZP/16/07) obejmował kompleksową dostawę i wdrożenie całego systemu informatycznego (Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej) postawione przez zamawiającego warunki w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia nie były tak szczegółowe i rygorystyczne, jak w postępowaniu, którego przedmiotem jest wykonanie zmian Informatycznego Systemu Statystyki Medycznej. W zakresie wymaganego doświadczenia w postępowaniu obejmującym wytworzenie Informacyjnego Systemu Statystyki Medycznej (post. znak: CSIOZ/ZP/16/07) zamawiający postawił następujące warunki w zakresie doświadczenia:

- w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia,
a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności – wykonanie i wdrożenie co najmniej 2 systemów informatycznych o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (brutto) wykorzystujące Internet;
- dysponowanie nie mniej niż 2 programistami z doświadczeniem w tworzeniu systemów informatycznych wykorzystujących Internet posiadających doświadczenie w wykorzystaniu narzędzi zgodnych z technologią Oracle udokumentowane certyfikatami ukończenia szkolenia w tym zakresie.

Postawione w przedmiotowym postępowaniu warunki wskazują, że zamawiający uznał jako „niezbędne” doświadczenie w wykonaniu całkowicie innego rodzaju czynności (zaprojektowania, dostawy i wdrożenia systemu informatycznego), niż będących przedmiotem niniejszego postępowania (rozbudowy i modernizacji już istniejącego systemu informatycznego).

Art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera w sobie normę blankietową, tzn. normę którą powinien wypełnić i doprecyzować w ramach danego postępowania zamawiający. Na powyższe wskazuje użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy zwrotu niedookreślonego „posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie”. Charakter tej normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Jednakże ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu pełnej dowolności w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wprost ograniczają zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy. Jak wynika z powyższego sam art. 22 ustawy zawiera w ust. 2 ograniczenie dowolności ustalania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Ww. ograniczenia zostały wyrażone także w normie prawnej zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż weryfikacja przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu odbywa się na

podstawie złożonych przez wykonawców w toku postępowania oświadczeń i dokumentów. Wobec powyższego ustalanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania w konkretnym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Ocena adekwatności postawionych warunków odbywa się zawsze w oparciu m. in. o analizę zakresu przedmiotowego zamówienia, okoliczności towarzyszących wykonaniu tego zakresu, innowacyjności stosowanych technik lub dostarczanych produktów, ilości na danym rynku potencjalnych podmiotów, do których skierowane jest ogłoszenie oraz znajomości przedmiotu zamówienia przez samego zamawiającego. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i kadrowego niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przy formułowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i potencjału kadrowego oraz techniczno – ekonomicznego istotne jest funkcjonalne powiązanie tych warunków z obiektywną możliwością realizacji postawionego przed potencjalnymi wykonawcami zamówienia.

Wobec powyższego warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należyłą starannością. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy. Tak więc warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia. Sąd Okręgowy w Poznaniu, w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 marca 2006 r. sygn. akt II Ca 168/06 zaznaczył, iż: „Jeżeli ustawodawca przewiduje możliwość wzięcia udziału w przetargu tylko tych podmiotów, które posiadają uprawnienia do wykonania zamówienia, posiadają w tym zakresie niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie takiego zamówienia, to istotny dla interpretacji przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest charakter zamówienia. Dopiero odniesienie do wymogów zamawiającego związanych z konkretnym zamówieniem umożliwia prawidłowe ustalenie, czy podmiot składający ofertę spełnia warunki wskazane w treści ww. przepisu. Oczywiście jest zatem, iż sposób oceny kwalifikacji oferentów będzie inny przy różnych typach zamówienia. Przyjmując odmienną wykładnię nie uwzględniającą różnorodnej specyfiki każdego

zamówienia, ustawodawca nakazałby stosować zamawiającym identyczne kryteria w zakresie posiadania uprawnień, wiedzy i umiejętności przez oferentów oraz oceny sytuacji ekonomiczno – finansowej dającej gwarancję wykonania zamówienia nie bacząc na jego przedmiot, specyfikę i cel, który ma zostać zrealizowany poprzez jego wykonanie, oraz na zakres wymagań, które zostaną nałożone na wykonawcę po wyborze jego oferty. Zamawiający pragnąc uzyskać towary odpowiedniej jakości oraz rzetelne wykonanie zamówienia może postawić odpowiednie żądania zmierzające do tego celu. Warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalone w sposób odpowiadający charakterowi zamówienia i zapewniający dobór wykonawców najbardziej właściwych do jego wykonania”. Stanowisko takie zostało wyrażone także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2008 r. (sygn. KIO/UZP/592/08), w którym Izba stwierdziła, że „Warunki udziału w postępowaniu muszą być adekwatne nie tylko do samego przedmiotu zamówienia, w sensie jego rodzaju i charakteru, ale także do jego skali, a zatem i w tym zakresie muszą znajdować potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia”.

Należy również zauważyć, iż z naruszeniem uczciwej konkurencji mamy do czynienia w sytuacji, gdy postawione warunki udziału w postępowaniu prowadzą do wyłączenia określonej grupy wykonawców z postępowania bez uzasadnionej przyczyny. Zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trzeba badać pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w danym postępowaniu.

Określenie w przedmiotowym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia niewspółmiernego do przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 22 ust. 2 ustawy.

Naruszenie 2

Zamawiający w pkt 5 SIWZ zamieścił następujący zapis: „W okresie od 1 września 2005 zrealizowali co najmniej 2 zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych o wartości nie mniejszej niż 50% ceny ofertowej – ocena spełnienia warunku na podstawie wykazu zrealizowanych zamówień i referencji”. W pkt 6 SIWZ w ppkt 1 lit. h Zamawiający żądał załączenia: „Wykazu wykonanych w okresie **od 1 września 2005** zamówień odpowiadających swym rodzajem przedmiotowi zamówienia z podaniem wartości,

dat wykonania i odbiorców, według załącznika nr 4 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały wykonane należycie (referencje)”. Załącznik nr 4 do SIWZ (Wykaz wykonanych zamówień) zawierał następujący zapis: „Wykaz zrealizowanych **od września 2005 r.** zamówień o wartości nie mniejszej niż 50% ceny ofertowej”.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) został określony zamknięty katalog dokumentów, do żądania których uprawniony jest zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane: „W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług **w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia**, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie”. Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 25.07.2008 r., tj. w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wobec powyższego Zamawiający w SIWZ postawił warunek w zakresie wymaganego doświadczenia uznając dostawy z okresu krótszego niż wskazany w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 112 K.c. okres ten powinien wynosić od 25.07.2005 do 25.07.2008 r., zaś okres wskazany przez Zamawiającego jest krótszy o 38 dni kalendarzowych.

Wobec powyższego warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt 5 ppkt 7 SIWZ oraz żądane na potwierdzenie powyższego warunku dokumenty w pkt 6 ppkt 1 lit. h SIWZ

są niezgodne z treścią § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Powyższe ograniczyło również możliwość wykazania się doświadczeniem przez wykonawców, którzy zrealizowali dostawy odpowiadające dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia w okresie od 25.07.2005 r. do 01.09.2005 r.

Wobec powyższego zawarte w SIWZ zapisy stanowią naruszenie § 1 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie 3

Zamawiający w treści SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia dla oferentów składających oferty w zakresie zadania nr 2 żądając aby wykazali oni, że w okresie od 1 września 2005 r. zrealizowali co najmniej 2 zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych o wartości nie mniejszej niż **50% ceny ofertowej**.

Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Ustanowiony przez zamawiającego warunek odnoszący się do doświadczenia uczestników postępowania prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy bowiem stwierdzić, iż każdy z wykonawców określa inną

cenę ofertową brutto, a zatem, każdy z nich będzie musiał spełniać inny warunek, dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem. Określony przez zamawiającego warunek został skonstruowany na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez każdego z wykonawców ceny ofertowej brutto w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe spowodowało, że dla każdego z wykonawców ma on różną wysokość. A zatem przy powyższym sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż każdy z wykonawców musi spełnić inny warunek, w zależności od wysokości zaoferowanej przez siebie ceny.

Z powyższego wynika, iż określenie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w powyższy sposób prowadzi do naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Naruszenie 4

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia oraz posiadanie niezbędnego doświadczenia, wykonawca musiał wykazać:

- a) średni roczny obrót w ostatnich trzech lat obrotowych w wysokości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN,
- b) dysponowanie własnymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w kwocie minimum 30 % wartości kontraktu,
- c) doświadczenie (tj. w okresie ostatnich 5 lat, jako Główny Wykonawca lub Partner Konsorcjum, zrealizowanie zadania na łączną kwotę 2 mln PLN, polegających na wykonaniu nawierzchni jezdni lub parkingów w technologii cegły klinkierowej, kostki betonowej lub kamiennej; trzy z wykazanych zadań winny polegać na łącznym ułożeniu nawierzchni o powierzchni co najmniej 3000 m²).

Lider konsorcjum musiał spełniać każdy z opisanych warunków co najmniej w 75 %.

Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp określa warunki, których spełnienie umożliwia wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog określony w powyższym przepisie wskazuje jedynie ogólne warunki, które muszą spełniać wykonawcy. Rolą zamawiającego jest dookreślenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc do nieuzasadnionego, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, ograniczenia kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Tym samym, warunki stawiane przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom powinny być odpowiednie do przedmiotu zamówienia publicznego i jego wartości. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Zamawiający powinien mieć również na względzie treść art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Z powyższego wynika, że - w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę łączną sytuację ekonomiczną i finansową, potencjał kadrowy i techniczny oraz doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum lub przez jednego w przeważającym zakresie, ale także spełnienie tych samych warunków przez kilku z nich w różnym zakresie. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-43/05 dotyczący postępowania, w którym żądano spełnienia przez lidera konsorcjum warunku w zakresie doświadczenia i potencjału budowlanego w 50 %. W wyroku tym stwierdzono, iż przepis art. 23 ust. 3 ustawy należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną świadczącą, iż spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja, bowiem zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa zgodnie, z którą **konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez zamawiającego.** Zamawiający nie

może zatem wymagać posiadania doświadczenia, czy zdolności ekonomicznej i finansowej w 75% przez jednego członka konsorcjum, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum, którym jest możliwość korzystania z potencjału każdego z członków. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum, np. poprzez wymaganie tworzenia konsorcjum wyłącznie z firm prowadzącym działalność na dużą skalę, czy też działających w określonej branży.

W świetle powyższego sformułowany przez zamawiającego wymóg, by lider konsorcjum spełniał w 75 % warunki opisane powyżej, mógł wpłynąć na ograniczenie konkurencji, a tym samym naruszyć **art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie **art. 23 ust. 3 ustawy Pzp**.

Naruszenie 5

W toku kontroli stwierdzone zostały rozbieżności pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zawartymi w ogłoszeniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a warunkami zamieszczonymi w ogłoszeniach zamieszczonych w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz.

W ogłoszeniu w DUUE w zakresie wymaganej od wykonawców zdolności technicznej, zamawiający żądał wykazania się sprzedażą określonego w siwz asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym niż **3 000 000 PLN netto** w każdym roku z lat 2005-2007, w tym co najmniej 3 zadania o **wartości dostawy 1 000 000 PLN netto**.

Natomiast warunki zamieszczone w ogłoszeniach zamieszczonych w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz określały wymóg dokonania przez wykonawców sprzedaży określonego asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym niż **4 000 000 zł netto** w każdym roku z lat 2005-2007, w tym co najmniej 3 zadania o wartości dostawy **1 500 000 zł netto**.

Po pierwsze, należy wskazać, iż zgodnie z treścią art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej zamawiającego, nie może zawierać informacji innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Wskazanie w ogłoszeniach zamieszczonych w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego oraz w ogłoszeniu przekazanym Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich innych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy mieć na uwadze treść art. 22 ust. 1 ustawy, który określa warunki, których spełnienie umożliwia wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Katalog określony w powyższym przepisie wskazuje jedynie ogólne warunki, które muszą spełniać wykonawcy. Rolą zamawiającego jest dookreślenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zapewni wybór oferty wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, nie prowadząc do nieuzasadnionego, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, ograniczenia kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, powinny być przez zamawiającego określone jednoznacznie, przy użyciu sformułowań, które pozwolą wykonawcy ustalić, czy może ubiegać się o udzielenie zamówienia, jak również warunki stawiane przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom powinny być sformułowane precyzyjnie.

Zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu muszą być zgodne z warunkami zawartymi w SIWZ, a brak jednolitości w tym zakresie oznacza zmianę sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niedopuszczalną ze względu na treść obowiązującego w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 38 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 38 ust. 5 ustawy, zamawiający nie może zmieniać treści SIWZ poprzez zmianę warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia odmiennie w ogłoszeniu zamieszczonym w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz niż w ogłoszeniu przekazanym do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich,

stanowiło niedozwoloną modyfikację treści SIWZ. Tym samym zamawiający naruszył treść art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający określając odmiennie warunek wykazania się stosownym doświadczeniem w DUUE oraz w ogłoszeniach w siedzibie, na stronie internetowej zamawiającego oraz w siwz, nie dochował wymogu precyzyjnego i jednoznacznego określania warunków udziału w postępowaniu, naruszając tym samym przepisy art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stan niepewności u wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co do spełniania tych warunków, wywołany wskutek niejednolitego formułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się stosownym doświadczeniem, jest niedopuszczalny w świetle zasady uczciwej konkurencji. Jak wskazała bowiem KIO w wyroku z dnia 27 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08) „treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie może pozostawać w tym zakresie rozbieżna. Brak uzasadnienia dla powyższego. Co więcej należy zwrócić uwagę, że decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawcy mogą podejmować na podstawie właśnie przedmiotowego Ogłoszenia bądź SIWZ (tym bardziej biorąc pod uwagę jednoczesną dostępność tych dokumentów), zatem nie ulega wątpliwości, że oba dokumenty w swej treści muszą być tożsame, w przeciwnym bowiem razie, mogłoby dojść do podjęcia przez wykonawców wadliwych decyzji, co skutkowałoby naruszeniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”. Również w wyroku z dnia 31 maja 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1517/06) Zespół Arbitrów uznał, iż naruszenie przepisu art. 41 pkt 7 ustawy w powiązaniu z art. 36 pkt 8 ustawy (którego odpowiednikiem jest art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy obowiązującej w okresie prowadzenia postępowania przez zamawiającego) stanowi wadę w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, albowiem zapisy w ogłoszeniu dotyczące warunków udziału w postępowaniu muszą być takie same jak w siwz.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zamawiający ma prawo określić warunki, które muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, lecz nie może on określać tych warunków w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 ustawy). Ustalone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym

dyskryminacji innych wykonawców. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, czy też stopniem złożoności przedmiotu zamówienia i nie mogą naruszać podstawowych zasad udzielania zamówień. Zamawiający powinien umieć wykazać, że stawiane przez niego warunki mają związek z realizacją zamówienia, nie utrudniają uczciwej konkurencji oraz są odpowiednie do przedmiotu zamówienia publicznego i jego wartości.

Każde odstępienie od naczelnych zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Stawiane przez zamawiającego warunki muszą zawsze pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia (jego wartością, rozmiarami, czasem realizacji, kapitałochłonnością itp.).

Należy zauważyć, iż szacunkowa wartość zamówienia (1 654 125,01 zł, tj. 426 639,76 euro) jest znacznie niższa od postawionego wykonawcom warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tak więc zamawiający, stawiając wykonawcom warunek wykazania się sprzedażą określonego w siwz asortymentu towarowego na poziomie nie mniejszym niż 3 000 000 PLN netto (a w siwz i ogłoszeniu w siedzibie i na stronie internetowej 4 000 000 zł netto) w każdym roku z lat 2005-2007, w tym co najmniej 3 zadania o wartości dostawy 1 000 000 PLN netto (a w siwz i ogłoszeniu w siedzibie i na stronie internetowej 1 500 000 zł netto), naruszył dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy. Taki warunek udziału w postępowaniu mógł znacznie ograniczyć konkurencję i naruszyć tym samym także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego - zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. O tym, że ww. warunek mógł utrudniać uczciwą konkurencję może świadczyć fakt, że w postępowaniu złożono tylko dwie oferty. Należy przy tym zauważyć, iż wykaz wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat dostaw złożony w ofercie przez L. P. Sp. z o.o. nie potwierdzał spełnienia przez wykonawcę niniejszego warunku (wskazane w naruszeniu nr 7).

Mając na uwadze powyższe naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 38 ust. 5, art. 41 pkt 7 w powiązaniu z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 22 ust. 2 ustawy należy uznać, iż niniejsze postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i winno być zostać unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Orzecznictwo KIO

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1011/09

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 Pzp)

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 893/09

Wyrok KIO dotyczący zgodności oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp.)

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 984/09

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący równoważności zaoferowanych w ofercie urządzeń w stosunku do zapisów SIWZ.

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1115/09

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący art. 183 ust. 5 ustawy - Pzp.

[treść wyroku](#)

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/KD 18/09 w

sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 52 ust. 1, art. 25 ust. 1 art. 36 ust. 5 ustawy – Pzp)

[treść uchwały](#)

Orzecznictwo SO

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 czerwca 2009 r. sygn. akt: XXIII Ga 362/09

Wyrok SO dotyczący m.in. treści gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na inną jednostkę niż zamawiający.

[treść wyroku](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 lipca 2009 r. sygn. akt: XXIII 418/09

Wyrok SO dotyczący wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 oraz niezgodności oferty z SIWZ.

[treść wyroku](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 31.08.2009

I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	97 959	8 662	106 621
O udzieleniu zamówienia	107 101	12 159	119 260
O konkursie	77	33	110
O wynikach konkursu	52	53	105
O zmianie ogłoszenia	16 636	4 533*	21 169
O koncesji na usługi / roboty budowlane	12	17	29
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	373	373
RAZEM	221 837	25 830	247 667

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	40,44%	5,87%
Dostawy	33,08%	58,05%
Usługi	26,48%	36,08%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,74%	93,58%
Przetarg ograniczony	0,85%	5,00%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,12%	1,05%
Dialog konkurencyjny	0,05%	0,37%
Licytacja elektroniczna	0,24%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	94%	87%	87%	90%
Cena i inne kryteria	6%	13%	13%	10%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	29,37%	3,13%
Dostawy	31,70%	37,60%
Usługi	38,93%	59,27%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	70,24%	74,29%
Przetarg ograniczony	0,65%	4,60%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	3,67%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,38%	17,38%*
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,06%
Wolna ręka	23,99%	-
Zapytanie o cenę	4,51%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,14%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	35,6 mld zł
-------------------------	--------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	66%
Dostawy	18%
Usługi	16%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

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

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	8%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	5%	4%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	6%	7%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	17%	15%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	5%	7%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	12%	10%
świętokrzyskie	3%	5%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	9%	9%
zachodniopomorskie	4%	4%

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

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	4,3%
Administracja rządowa terenowa	2,3%
Administracja samorządowa	60,8%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,3%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,7%
Uczelnie publiczne	3,4%
Podmiot prawa publicznego	0,2%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,5%
Inny	14,5%

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,96%
Administracja rządowa terenowa	3,28%
Administracja samorządowa	46,24%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,24%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,93%
Uczelnie publiczne	5,46%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	15,90%
Zamawiający sektorowy	1,10%
Inny	18,89%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	16,84%	21,00%	62,17%
Administracja rządowa terenowa	9,99%	35,53%	54,47%
Administracja samorządowa	42,60%	13,11%	44,29%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	15,88%	43,17%	40,96%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	8,72%	44,65%	46,63%
Uczelnie publiczne	14,17%	53,00%	32,83%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,06%	67,95%	25,99%
Zamawiający sektorowy	1,29%	56,42%	42,29%
Inny	18,56%	39,48%	41,96%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień
według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	57,03	0,58	0,00	0,16	0,00	35,39	6,68	0,16
Administracja rządowa terenowa	63,10	0,42	0,00	0,56	0,14	24,53	10,73	0,52
Administracja samorządowa	71,57	0,61	0,05	0,39	0,02	24,01	3,20	0,15
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	65,50	0,64	0,05	0,24	0,03	28,38	5,04	0,13
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	47,44	0,54	0,09	0,36	0,00	25,97	25,43	0,18
Uczelnie publiczne	61,71	0,17	0,08	0,35	0,00	28,51	9,07	0,11
Podmiot prawa publicznego	71,61	0,00	0,00	0,21	0,21	20,46	7,10	0,42
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	83,64	0,85	0,03	0,24	0,00	13,33	1,91	0,00
Inny	65,31	0,83	0,12	0,52	0,06	27,09	5,89	0,19

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x dostawy	brak danych
Belgia	4	4 x usługi	2 333 250 EUR
Czechy	3	3 x dostawy	2 596 675 EUR
Estonia	2	2 x dostawy	4 733 559 EUR
Grecja	2	2 x dostawy	468 862 EUR
Litwa	5	5 x dostawy	5 997 802 EUR
Luksemburg	8	8 x usługi	12 673 450 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	235 000 EUR
Portugalia	1	1 x dostawy	469 500 EUR
Szwecja	1	1 x dostawy	516 308 EUR
Węgry	2	2 x dostawy	3 696 379 EUR
Razem	30	17 x dostawy 13 x usługi	33 720 785 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – ilość kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Australia					1	4 500 000			1	4 500 000
Austria	1	920 460 073	3	4 939 004	4	358 249			8	925 757 326
Belgia			4	3 496 450					4	3 496 450
Chorwacja					1	2 746 045			1	2 746 045
Czechy			10	309 737 554	11	20 542 804			21	330 280 358
Cypr			4	15 816 025					4	15 816 025
Dania					4	662 917			4	662 917
Estonia			1	24 888 000					1	24 888 000
Finlandia			2	239 126 734	1	10 274 315			3	249 401 049
Francja			8	24 105 168	8	18 639 620			16	42 744 788
Grecja	1	868 961 756							1	868 961 756
Hiszpania	1	1 259 105 333			5	12 661 701			6	1 271 767 034
Holandia			12	18 482 582	4	32 915 292			16	51 397 874
Irlandia			2	5 132 200	3	40 129 010			5	45 261 210
Izrael			1	812 000					1	812 000
Niemcy	4	515 527 231	28	214 706 618	13	387 178 437	1	15 890	46	1 117 428 176
Norwegia			1	4 210 000	1	1 000 000			2	5 210 000
Portugalia	1	553 299 486							1	553 299 486
Słowacja			1	3 586 318					1	3 586 318
Szwajcaria			14	15 279 377	1	1 705 000			15	16 984 377
Szwecja			2	2 742 607			1	0	3	2 742 607
Ukraina			1	2 880 000					1	2 880 000
USA			3	1 085 588	3	218 764 668			6	219 850 256
Węgry					1	2 904 000			1	2 904 000
Wielka Brytania			82	24 984 705	16	76 127 106			98	101 111 811
Włochy			21	25 939 781	1	1 415 142			22	27 354 923
Razem	8	4 117 353 879	200	941 950 711	78	832 524 305	2	15 890	288	5 891 844 785

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

II. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kontrole uprzednie

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	54	
Zakończone	51	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	32	63%
Stwierdzono naruszenia	19	37%
w tym:		
	3	16%
zalecenie unieważnienia	0	0%
ponowna ocena	16	84%
uchybień formalne		

Kontrole następne

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	95	
Zakończone	95	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Brak naruszeń	13	14%
Stwierdzono naruszenia	82	86%
W tym:		
zawiadomienie RD FP	47	57%

Kontrole doraźne
(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 – 2009 r.	
Wszczęte	30	
Zakończone	21	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	12	57%
Stwierdzono naruszenia	9	43%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	3	33%
uchybień formalne	5	56%
Zawiadomienie RDFP	2	22%

III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba - 2009 r.	
Wniesiono ogółem	1 293	
Brak wpisu	69	
Rozpatrzono ogółem	1 074	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Odrzucone	145	13%
Umorzone postępowanie	120	11%
Oddalone	468	44%
Uwzględnione	341	32%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2009 r.	2008 r.
Roboty budowlane	35%	39%
Dostawy	28%	32%
Usługi	37%	29%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej / zespołu arbitrów wniesionych do sądów

Skargi	2009 r.	2008 r.
Liczba wniesionych skarg	228	182
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	22%	19%

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

<i>Joanna Czarnecka</i>	<i>Joanna Orzeł</i>
<i>Renata Dzikowska</i>	<i>Anna Łagocka</i>
<i>Urszula Krynicka</i>	<i>Paweł Trojan</i>
<i>Izabela Rzepkowska</i>	<i>Piotr Zabadeusz</i>

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