

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

styczeń – marzec 2018 r.

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

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

Spis treści

AKTUALNOŚCI	2
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE	2
➤ Elektronizacja zamówień publicznych	2
➤ Elektroniczny JEDZ	5
➤ Opinie dotyczące aktualności dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp oraz nowego podejścia do badania konfliktu interesów	5
➤ Wyrok Sądu Najwyższego dotyczący gwarancji wadialnej dla konsorcjum	6
➤ Udostępnione przez UZP zestawienia oświadczeń i dokumentów	6
➤ Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych	7
DZIAŁANIA EDUKACYJNE	7
➤ Seminarium UZP pt. „Działania proceduralne wpływające na efektywność procesu udzielania zamówień publicznych”	7
➤ Współpraca UZP z PARP dotycząca informowania o zmianach w sposobie składania JEDZ	8
PRAWO EUROPEJSKIE	9
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	9
OPINIE PRAWNE	23
Oświadczenia wstępne poniżej progów unijnych w postępowaniach wszczynanych od dnia 18 kwietnia 2018 r.	23
Na jakim etapie konkursu osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają oświadczenia, o których mowa w art. 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018)?	24
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	25
Warunki udziału w postępowaniu a naruszenie zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji	25
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	35
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	35
ANALIZY SYSTEMOWE	45
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 31.03.2018	45

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE

➤ Elektronizacja zamówień publicznych

W serwisie informacyjnym UZP został zamieszczony [komunikat dotyczący elektronizacji zamówień publicznych](#), którego treść przytaczamy poniżej:

Przepisy dyrektyw UE [https://www.uzp.gov.pl/e-zamowienia/elektronizacja-zamowien-publicznych - przypis-1](https://www.uzp.gov.pl/e-zamowienia/elektronizacja-zamowien-publicznych-przypis-1) nakazują państwom członkowskim wprowadzenie obowiązkowej komunikacji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej najpóźniej od dnia **18 października 2018 r.** (w przypadku zamawiających centralnych obowiązek ten istnieje od dnia 18 kwietnia 2017 r.).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, znowelizowane ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r., łącznie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r., implementują w sposób formalno-prawny rozwiązania przewidziane treścią dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Tym samym w sferze formalnoprawnej zostały zaimplementowane rozwiązania, pozwalające począwszy od dnia 18 października 2018 r. na wszczęcie i przeprowadzenie postępowania w sposób elektroniczny w wymaganym przez dyrektywy UE zakresie.

Niezależnie od powyższego niezwykle istotne jest techniczne przygotowanie się do prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim przez zamawiających, ale i przez wykonawców. W tej sferze zostały podjęte działania związane z budową centralnej Platformy e-Zamówienia, która dzięki zintegrowaniu z nią działalności Portali e-Uслуг (posiadających określone funkcjonalności), będzie stanowiła kompleksowe rozwiązanie w zakresie procesu udzielania zamówienia publicznego. Przywołane rozwiązanie pozwoli na elektroniczne przeprowadzenie całego procesu udzielenia zamówienia publicznego oraz aktywny monitoring zarówno poszczególnych postępowań, jak i całego systemu zamówień publicznych.

W związku z powyższym i ze zbliżającą się datą wejścia w życie wskazanego wyżej obowiązku przedstawiamy szczegółowe informacje na temat działań podejmowanych w tym zakresie, tak w sferze prawnej (legislacyjnej), jak i w sferze technicznej, tj. udostępnienia narzędzia zapewniającego prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z wymogami dyrektyw UE.

I. Projekt budowy Platformy e-Zamówienia

W nawiązaniu do wcześniej publikowanych informacji na temat realizacji wspólnego projektu Ministerstwa Cyfryzacji i Urzędu Zamówień Publicznych, informujemy, że kluczowe

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na wybór wykonawcy do budowy Platformy e-Zamówienia zostało sfinalizowane.

W dniu 6 kwietnia 2018 r. **Ministerstwo Cyfryzacji zawarło Umowę z firmą Enterprise Services Polska Sp. z o.o., której przedmiotem jest „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie Platformy e-Zamówień wraz z usługą hostingu”.**

W trakcie realizacji pierwszego i drugiego etapu przedmiotu Umowy będą wypracowane szczegółowe rozwiązania techniczne dotyczące integracji Portali e-Uслуг z Platformą e-Zamówienia. Powyższe oznacza, że projekt techniczny oraz wypracowanie standardu usług i danych Platformy powinno nastąpić (zgodnie ze zaktualizowanym harmonogramem realizacji zamówienia) do 15 maja 2018 r. Po opracowaniu powyższych dokumentów zostaną one udostępnione zamawiającym i dostawcom Portali e-Uслуг w celu umożliwienia im integracji z Platformą e-Zamówienia.

Jednocześnie informujemy, że planowane są prace nad stworzeniem państwowego Portalu e-Uслуг, który będzie stanowił istotny instrument w polityce zakupowej państwa.

II. Projekt budowy Miniportal e-Zamówień.

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

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

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

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

Wersja testowa rozwiązania powstanie nie później niż w sierpniu 2018 r. **Od dnia 1 października 2018 r. będą z niej mogli korzystać wszyscy zamawiający.** Powyższe rozwiązanie będzie funkcjonować do momentu pełnego wdrożenia modelu docelowego.

III. Projektowane zmiany legislacyjne

Mając na względzie przede wszystkim potrzebę odpowiedniego przygotowania jednostek zamawiających do wdrożenia elektronizacji w zamówieniach publicznych informujemy także o planowanych działaniach legislacyjnych w tym obszarze.

Urząd Zamówień Publicznych wspólnie z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii opracowuje projekt regulacji prawnych, dzięki którym **nastąpi przesunięcie w czasie elektronizacji zamówień w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE.** Projektowane zmiany zakładają przesunięcie obowiązku wprowadzenia w tych postępowaniach komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej do końca 2019 r., tj. do czasu pełnego wdrożenia modelu docelowego zakładającego istnienie centralnej Platformy e-Zamówień, z którą zintegrowane są Portale e-Uслуг. Powyższe rozwiązanie:

1. zwiększa szanse na lepsze przygotowanie się wykonawców, w szczególności z sektora MŚP, do elektronizacji zamówień, w tym dysponowania przez nich kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
2. zapewnia lepsze szanse dla mniejszych zamawiających na przygotowanie się do wdrożenia elektronicznych narzędzi do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
3. zdywersyfikuje zagrożenia zmniejszenia ilości ofert składanych w postępowaniach/unieważnienia postępowań z powodu braku ważnych ofert, ze względu na brak podpisu elektronicznego po stronie mniejszych wykonawców.

IV. Działania informacyjno-edukacyjne

Mając świadomość tego, że tematyka elektronizacji zamówień publicznych leży w sferze zainteresowania wielu interesariuszy rynku zamówień publicznych, w tym przede wszystkim zamawiających, zawiadamiamy, że Urząd Zamówień Publicznych będzie prowadził szeroko zakrojone działania informacyjno-edukacyjne mieszczące się tak w sferze prawnej, jak i technicznej w obszarze elektronizacji zamówień publicznych.

W tym celu **na stronie internetowej Urzędu www.uzp.gov.pl została stworzona specjalna zakładka poświęcona e-zamówieniom**, gdzie na bieżąco będziemy publikować informacje pozwalające Państwu na pozyskanie wiedzy na temat elektronizacji zamówień, w tym również postępu prac nad wdrożeniem Platformy e-Zamówienia oraz innych działań dostosowawczych.

Uruchamiamy również specjalny adres mailowy: ezamowienia@uzp.gov.pl, na który możecie Państwo kierować zapytania dotyczące elektronizacji zamówień publicznych.

W najbliższym czasie będziemy również informować Państwa o innych przedsięwzięciach podejmowanych przez Urząd Zamówień Publicznych mieszczących się w ramach szeroko zakrojonej kampanii mającej na celu odpowiednie przygotowanie do elektronicznej zamówień publicznych.

➤ **Elektroniczny JEDZ**

W związku z istotnymi zmianami związanymi ze sposobem przekazywania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, które obowiązują od dnia 18 kwietnia 2018 r., (dotyczy postępowań wszczętych od dnia 18 kwietnia 2018 r.) Urząd Zamówień Publicznych przygotował instrukcję składania JEDZ przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz przykładowe zapisy SIWZ dotyczące składania JEDZ w formie elektronicznej, a także krótką instrukcję obrazującą graficznie sposób postępowania przy składaniu JEDZ.

[Instrukcja składania JEDZ elektronicznie](#)

[Przykładowe zapisy SIWZ - elektroniczny JEDZ](#)

[Elektroniczny JEDZ - krótka instrukcja](#)

➤ **Opinie dotyczące aktualności dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp oraz nowego podejścia do badania konfliktu interesów.**

W zakładce „Opinie prawne dotyczące nowelizacji ustawy Pzp” na stronie internetowej Urzędu zamieszczono przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych nowe opinie:

- 1) „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” oraz
- 2) „Nowe podejście do badania konfliktu interesów”.

Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) wprowadziła do porządku prawnego nowe rozwiązania w zakresie m.in. reguł potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, w tym w szczególności aktualności dokumentów. Powyższą nowelizacją wprowadzono również nowe reguły dotyczące obowiązków zamawiającego w zakresie badania konfliktu interesów. W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi zgłaszanymi przez uczestników rynku zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych przygotował opinie, w których przekrojowo przeanalizowano powyższe zagadnienia.

Zachęcamy do zapoznania się z w/w opiniami.

[Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp](#)

[Nowe podejście do badania konfliktu interesów](#)

➤ **Wyrok Sądu Najwyższego dotyczący gwarancji wadialnej dla konsorcjum**

Wyrokiem z dnia 15 lutego 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: IV CSK 86/17 Sąd Najwyższy, uwzględniając skargę kasacyjną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 stycznia 2016 r. (sygn. akt: XII Ga 697/15), uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego oznacza, że gwarancja wadialna wystawiona po zawiązaniu konsorcjum wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Wyrok Sądu Najwyższego wraz z uzasadnieniem zostanie zamieszczony na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych niezwłocznie po jego otrzymaniu.

➤ **Udostępnione przez UZP zestawienia oświadczeń i dokumentów**

W zakładce „Repozytorium wiedzy” – „Wzorcowe dokumenty” – „Wzory oświadczeń i dokumentów z zakresu znowelizowanych przepisów ustawy Pzp” zamieszczone zostały cztery nowe dokumenty: „Zestawienie oświadczeń i dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji” - odrębnie dla postępowań, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne oraz dla postępowań, których wartość jest mniejsza od progów unijnych, a także „Zestawienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia” – odrębnie dla postępowań, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne oraz dla postępowań, w których wartość jest mniejsza od progów unijnych.

[Zestawienie - warunki udziału poniżej progów](#)

[Zestawienie - podstawy wykluczenia powyżej progów](#)

[Zestawienie - warunki udziału powyżej progów](#)

[Zestawienie - podstawy wykluczenia poniżej progów](#)

➤ **Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych**

Na stronie internetowej Urzędu został udostępniony przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych *Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych*.

Raport jest efektem analizy przeprowadzonej przez Urząd we wskazanym wyżej obszarze na podstawie umów zawartych w okresie od 1.01.2015 r. do 31.10.2017 r.

Jest to materiał ważny z punktu widzenia realizacji kontraktów publicznych nie tylko z uwagi na przedmiot badania, ale również ze względu na fakt, iż te istotne aspekty dotyczące realizacji umów w sprawach zamówień publicznych nie były dotychczas poddawane analizie systemowej - raport jest efektem pierwszego tego typu badania.

Przedstawiamy zatem Państwu wynik prac przeprowadzonych przez Urząd w zakresie stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych, mając nadzieję, że wnioski z niego płynące przyczynią się do kształtowania wzajemnych praw i obowiązków stron umów w sprawach zamówień publicznych w sposób równomierny, prowadzący do uzyskania najlepszych rezultatów przy realizacji publicznych kontraktów.

[Raport dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych](#)

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ **Seminarium UZP pt. „Działania proceduralne wpływające na efektywność procesu udzielania zamówień publicznych”**

28 marca 2018 r. w Warszawie odbyło się seminarium zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych pt. „Działania proceduralne wpływające na efektywność procesu udzielania zamówień publicznych”.

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

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

Spotkanie otworzyła prelekcja **dr Izabeli Fundowicz**, zastępcy Dyrektora Departamentu Prawnego UZP, która zapoznała uczestników z informacjami na temat: [Dialogu technicznego - działanie wspierające przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne](#).

Następnie **Pan Jarosław Jerzykowski**, przedstawił [„Zasady wypłacania zaliczek przy udzielaniu zamówień publicznych”](#) wskazując na istotne zagadnienia w tym obszarze.

Temat pozyskiwania personelu do realizacji zamówienia zaprezentowała Pani **Wioleta Bajda**, która omówiła weryfikację personelu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, warunki odnoszące się do zdolności zawodowej personelu oraz kryteria oceny ofert odnoszące się do personelu.

Pan **Arkadiusz Zieliński** przybliżył uczestnikom seminarium tematykę Konkursu w zamówieniach publicznych na przykładzie Konkursu na Opracowanie projektu znaku graficznego (Logo) na Wystawę Światową EXPO w Mediolanie.

Seminarium zakończyło wystąpienie Pani **Ewy Wiktorowskiej** poświęcone zagadnieniom powoływania i obowiązków zespołu projektowego oraz kontroli nad realizacją zamówienia. Wszystkie wystąpienia budziły duże zainteresowanie ze strony uczestników. Dyskusja oraz wymiana poglądów i doświadczeń dotyczących funkcjonowania w praktyce przepisów Prawa zamówień publicznych stanowiło cenną pomoc dla przedstawicieli zamawiających i instytucji kontroli w dążeniu do zapewnienia poprawności i efektywności udzielania zamówień publicznych.

➤ **Współpraca UZP z PARP dotycząca informowania o zmianach w sposobie składania JEDZ**

W celu rozpowszechnienia wśród uczestników rynku zamówień publicznych informacji nt. sposobu składania JEDZ w postępowaniach wszczętych od dnia 18 kwietnia 2018 r., Urząd Zamówień Publicznych podjął współpracę z Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości. W ramach ww. współpracy na stronie internetowej PARP opublikowano przygotowaną przez UZP **informację dla wykonawców, zawierającą instrukcję składania JEDZ przy użyciu poczty elektronicznej**.

Zachęcamy do zapoznania się z jej treścią.

<http://www.parp.gov.pl/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17 Lloyd's of London

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Artykuły 49 i 56 TFUE – Dyrektywa 2004/18/WE – Podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym – Usługi ubezpieczeniowe – Uczestnictwo kilku syndykatów Lloyd's of London w tym samym postępowaniu przetargowym – Podpisanie ofert przez przedstawiciela ogólnego Lloyd's of London na dany kraj – Zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji – Proporcjonalność

Przedmiotem sprawy **C-144/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (regionalny sąd administracyjny dla Kalabrii, Włochy) postanowieniem z dnia 22 lutego 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 22 marca 2017 r., w postępowaniu: Lloyd's of London (dalej „Lloyd's”) przeciwko Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria (regionalna agencja ochrony środowiska naturalnego w Kalabrii, Włochy, zwana dalej „Arpacał”).

Postępowanie główne

W 2015 r. Arpacał wszczął otwarte postępowanie przetargowe w sprawie udzielenia zamówienia na usługi ubezpieczeniowe, w którym uczestniczyły dwa syndykaty będące członkami Lloyd's. Obie oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's we Włoszech.

Decyzjami z 2015 r. i 2016 r. Arpacał wykluczył powyższe syndykaty z postępowania z powodu naruszenia prawa włoskiego. Dlatego Lloyd's za pośrednictwem swojego przedstawiciela ogólnego na Włochy wystąpił do sądu odsyłającego (regionalnego sądu administracyjnego dla Kalabrii, Włochy), który uchylił każdą z tych dwóch decyzji wyrokami wydanymi w 2016 r. i zarządził w każdym z nich dopuszczenie syndykatów do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Dwoma decyzjami wydanymi również w 2016 r. Arpacał ponownie wykluczył przedmiotowe syndykaty z postępowania z powodu naruszenia tego samego przepisu prawa krajowego na tej podstawie, że oferty można było przypisać obiektywnie jednemu ośrodkowi decyzyjnemu, ponieważ oferty techniczne i ekonomiczne zostały przedstawione, sformułowane i podpisane przez tę samą osobę - specjalnego pełnomocnika głównego przedstawiciela Lloyd's na Włochy (dalej „sporne decyzje”).

Lloyd's, nadal działając za pośrednictwem swojego głównego przedstawiciela na Włochy, ponownie wniósł skargę na sporne decyzje do sądu odsyłającego, podnosząc, że stanowi on „zbiorową osobę prawną o wielowarstwowej strukturze” tworzącą uznane towarzystwo osób fizycznych i prawnych – członków – które działają autonomicznie w grupach – syndykatach – również działających samodzielnie i stanowiących konkurencję dla siebie, mimo że przynależą do tej samej organizacji. Każda wewnętrzna struktura jest pozbawiona własnej osobowości prawnej i działa za pośrednictwem przedstawiciela ogólnego, jednego dla wszystkich syndykatów działających w danym państwie.

Z kolei Arpacal stwierdził, że liczne dowody wskazują na to, że dwie oferty można przypisać jednemu ośrodkowi decyzyjnemu, a mianowicie: identyczność zastosowanych formularzy, identyczny podpis tej samej osoby działającej jako specjalny pełnomocnik przedstawiciela ogólnego na Włochy, progresywna numeracja papieru firmowego dwóch ofert ekonomicznych, a także identyczność sformułowań i oświadczeń. Z powyższego wynika naruszenie zasad poufności ofert, swobodnej i uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oferentów.

Sąd odsyłający zauważył, że zgodnie z krajowym orzecznictwem, jeżeli kilka syndykatów ubezpieczycieli Lloyd's uczestniczy w tym samym postępowaniu przetargowym, podpisanie przez ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy akt kandydatury i oferty ekonomicznej syndykatów nie stanowi naruszenia ani odpowiednich przepisów prawa krajowego, ani zasad konkurencji, autonomii i poufności ofert. W tym zakresie orzecznictwo to podkreśla szczególną strukturę Lloyd's, który zgodnie z uregulowaniem Zjednoczonego Królestwa działa w różnych krajach za pośrednictwem jednego ogólnego przedstawiciela. Podobnie włoski organ nadzoru nad zamówieniami publicznymi, obecnie krajowy organ antykorupcyjny, stwierdził, że autonomia syndykatów oraz konkurencja pomiędzy nimi pozwala na zapewnienie swobodnej konkurencji pomiędzy kandydatami i ich równego traktowania.

Pytanie prejudycjalne

Regionalny sąd administracyjny dla Kalabrii zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady zawarte w przepisach prawa Unii w dziedzinie konkurencji, o których mowa w [traktacie FUE], jak również wywodzące się z nich zasady takie jak autonomia i poufność ofert, stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu w wykładni dokonanej przez orzecznictwo, umożliwiającemu jednoczesny udział w tym samym przetargu ogłoszonym przez instytucję zamawiającą różnych syndykatów przynależnych do Lloyd's, jeżeli ich oferty zostały podpisane przez tę samą osobę, ogólnego przedstawiciela na dany kraj?”.

Stanowisko Trybunału

Nie ma wątpliwości, co do tego, że Lloyd's stanowi uznane stowarzyszenie członków będących osobami prawnymi i osobami fizycznymi, którzy to członkowie – poprzez ugrupowania – syndykaty – działają autonomicznie i są konkurencją dla siebie. Niemniej jednak z uwagi na to, że każda struktura wewnętrzna jest pozbawiona własnej osobowości prawnej, syndykaty

mogą działać jedynie za pośrednictwem ogólnego przedstawiciela, jedyne na każde z państw. Lloyd's wyjaśnił również, że syndykaty nie są ani trwałą strukturą, ani trwałym stowarzyszeniem członków, lecz raczej reprezentują ich zgrupowania, których skład może się różnić i z których każde działa za pośrednictwem własnego organu zarządzania, który wydaje wiążące je decyzje, pomimo iż nie mają one własnej osobowości prawnej.

Z postanowienia odsyłającego wynika, że o ile zgodnie z treścią samego pytania prejudycjalnego sporne w postępowaniu głównym uregulowanie krajowe zezwala dwóm syndykatom należącym do Lloyd's na uczestniczenie w tym samym przetargu w dziedzinie ubezpieczeń nawet wówczas, gdy oferta każdego z nich została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy, spór w postępowaniu głównym wynika z przyjęcia kilku decyzji, w tym spornych decyzji, przez które Arpacal wykluczył z postępowania wspomniane obydwie syndykaty dokładnie z tego powodu, że ich oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika rzeczzonego przedstawiciela, który znał treść tych ofert.

W tym zakresie Trybunał przypomniawszy, że art. 45 dyrektywy 2004/18, który ustanawia powody wykluczenia podmiotu gospodarczego z uczestnictwa w przetargu publicznym, nie przewiduje powodu wykluczenia, takiego jak omawiany w postępowaniu głównym, który zmierza do uniknięcia wszelkiego ryzyka pomylenia dwóch jednostek będących członkami jednej organizacji. W rzeczywistości powody wykluczenia przewidziane w tym przepisie dotyczą wyłącznie kwalifikacji profesjonalnych zainteresowanych (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 42, 43).

Niemniej jednak z orzecznictwa Trybunału wynika, że art. 45 dyrektywy 2004/18 nie wyklucza możliwości utrzymania lub ustanowienia przez państwa członkowskie powodów wykluczenia, przepisów prawa materialnego mających na celu w szczególności zagwarantowanie przestrzegania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów oraz przejrzystości, które stanowią podstawę dyrektyw Unii dotyczących postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pod warunkiem że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności (wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21).

Tymczasem oczywiste jest, że uregulowanie krajowe, takie jak sporne w postępowaniu głównym, ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego postępowania przetargowego oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 22).

Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, tego rodzaju uregulowanie nie może jednak wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 23, 24; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29).

W tym zakresie Trybunał przypomniawszy, że przepisy Unii w dziedzinie udzielania zamówień publicznych zostały przyjęte w ramach realizacji jednolitego rynku zmierzającego do

zapewnienia swobodnego przepływu i usunięcia ograniczeń konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 25), stąd w interesie prawa Unii pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów (zob. wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 26; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36).

Z powyższego wynika zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, że automatyczne wykluczenie kandydatów lub oferentów, którzy pozostają w stosunku kontroli lub są powiązani z innymi kandydatami, wychodzi poza to, co jest konieczne dla zapobiegania zachowaniom polegającym na zмовie, a tym samym dla zapewnienia stosowania zasady równego traktowania i przestrzegania obowiązku przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 28; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 38, 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36, 38).

Zdaniem Trybunału takie automatyczne wykluczenie stanowi niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu ofert złożonych w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa, które są powiązane poprzez stosunek kontroli lub stowarzyszenia. W ten sposób wyklucza ono możliwość wykazania przez tych kandydatów lub oferentów niezależności ich ofert, a tym samym jest sprzeczne z interesem Unii polegającym na zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 29, 30; z dnia 23 grudnia 2009 r., Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 39, 40; a także z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 36).

W tym zakresie Trybunał zauważył już, iż grupy przedsiębiorstw mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że kontrolowane przedsiębiorstwa będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w dziedzinie uczestnictwa w przetargach. W rzeczywistości stosunki pomiędzy przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego (wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 31).

Przestrzeganie zasady proporcjonalności wymaga, aby instytucja zamawiająca była zobowiązana do zbadania i oceny okoliczności w celu ustalenia, czy stosunek istniejący pomiędzy dwoma podmiotami wywarł konkretny wpływ na odpowiednią treść ofert złożonych w ramach tego samego postępowania przetargowego, przy czym stwierdzenie takiego wpływu w jakiegokolwiek formie jest wystarczające do tego, aby wspomniane przedsiębiorstwa mogły zostać wykluczone z postępowania (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 32).

Z powyższego wynika, że w niniejszej sprawie sama tylko okoliczność, iż oferty, takie jak w postępowaniu głównym, zostały podpisane przez tę samą osobę, to znaczy specjalnego

pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy, nie może uzasadniać ich automatycznego wykluczenia z rozpatrywanego zamówienia publicznego.

Dokonane przez Arpacal w pisemnych uwagach rozróżnienie w zależności od tego, czy podpis dotyczy akt kandydatury w postępowaniu przetargowym lub samych ofert finansowych, nie ma znaczenia. W każdym razie taki podpis, nawet jeżeli oznacza on, że specjalny pełnomocnik lub ogólny przedstawiciel Lloyd's znał treść ofert, nie świadczy sam w sobie o tym, że dwa syndykaty jako takie działają w zмовie co do treści ich odnośnych ofert, a tym samym, że stosunki istniejące pomiędzy nimi, a także interwencja specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's, wywarła konkretny wpływ na te oferty. Podobnie jest z innymi elementami wskazanymi przez Arpacal.

Opierając się wyłącznie na podpisaniu ofert przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy w celu wykluczenia syndykatów, sporne decyzje założyły tym samym istnienie zмовy, przy czym syndykaty nie miały możliwości wykazania, że ich odnośne oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny od siebie.

W tym zakresie Trybunał zauważył, że z dyrektywy 2009/138, a w szczególności z jej art. 145 ust. 2 lit. c) wynika, iż prawo Unii mające zastosowanie do działalności ubezpieczeniowej wyraźnie zezwala Lloyd's na to, by był on reprezentowany wobec osób trzecich przez ogólnego przedstawiciela jednego dla każdego państwa członkowskiego w ten sposób, że Lloyd's może wykonywać swoją działalność ubezpieczeniową w państwach członkowskich jedynie za pośrednictwem właściwego ogólnego przedstawiciela, w tym w celu uczestnictwa w przetargu publicznym dotyczącym udzielenia zamówienia na usługi ubezpieczeniowe, w ramach którego oferty syndykatów muszą zostać podpisane i złożone przez tego przedstawiciela.

W pisemnych uwagach Lloyd's wyjaśnił w tej kwestii, że to do sądu odsyłającego należy zbadać, czy ogólny przedstawiciel na dane państwo członkowskie ogranicza się zgodnie z wewnętrznymi procedurami Lloyd's do przekazania na papierze firmowym, bez wpływania na sformułowanie woli przez każdy z syndykatów, treści typowej odpowiedzi na ogłoszenie przetargowe i wypełnionych i przyjętych przez każdy z syndykatów standardowych formularzy, co gwarantowałoby, iż każdy z syndykatów działa w pełnej autonomii w stosunku do pozostałych syndykatów za pomocą jego własnych organów zarządzających.

W tych okolicznościach prawo Unii sprzeciwia się temu, aby syndykaty Lloyd's zostały wykluczone w sposób automatyczny ze spornego w postępowaniu głównym postępowania przetargowego z tego tylko powodu, że ich odnośne oferty zostały podpisane przez specjalnego pełnomocnika ogólnego przedstawiciela Lloyd's na Włochy. Niemniej jednak to do sądu odsyłającego należy zapewnienie, że sporne oferty zostały złożone w sposób niezależny przez każdego z syndykatów.

Trybunał stwierdził, podobnie jak uczyniła to Komisja Europejska w pisemnych uwagach, że sporne uregulowanie krajowe nie wydaje się zezwalać na takie automatyczne wykluczenie, lecz zezwala instytucji zamawiającej na wykluczenie ubiegających się, w stosunku do których stwierdzi na podstawie jednoznacznych dowodów, że oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego.

Orzeczenie Trybunału

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

Zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji wynikające z art. 49 i 56 TFUE oraz przewidziane 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 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, takiemu jak sporne w postępowaniu głównym, które nie pozwala na wykluczenie dwóch „syndykatów” Lloyd’s of London z uczestnictwa w tym samym przetargu publicznym na usługi ubezpieczeniowe z tego tylko powodu, że każda z ich odnośnych ofert została podpisana przez ogólnego przedstawiciela Lloyd’s of London na to państwo członkowskie, lecz umożliwia z kolei ich wykluczenie, jeżeli okaże się na podstawie jednoznacznych dowodów, że ich oferty nie zostały sformułowane w sposób niezależny.

2. Orzeczenie z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawach połączonych C-523/16 i C-536/16 MA.T.I. SUD i in.

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 51 – Uzupełnienie ofert – Dyrektywa 2004/17/WE – Wyjaśnienie ofert – Przepisy krajowe uzależniające uzupełnienie składanej dokumentacji przez oferentów od zapłaty kary pieniężnej – Zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych – Zasada równego traktowania – Zasada proporcjonalności

Przedmiotem spraw połączonych **C-523/16 i C-536/16** były wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez regionalny sąd administracyjny dla Lacjum, Włochy, postanowieniami z dnia 13 lipca i 15 lipca 2016 r., które wpłynęły do Trybunału w dniach, odpowiednio, 12 października i 24 października 2016 r., w postępowaniach: MA.T.I. SUD SpA przeciwko Centostazioni SpA, z udziałem China Taiping Insurance Co. Ltd (C-523/16), oraz Duemme SGR SpA (dalej „Duemme”) przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (stowarzyszeniem krajowego funduszu opieki społecznej i pomocy dla księgowych, dalej „CNPR”) (C-536/16).

Spory w postępowaniach głównych i pytania prejudycjalne

Sprawa C-523/16

Centostazioni wszczęła otwartą procedurę przetargową w celu udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem były „zintegrowane działania rutynowej i szczególnej konserwacji [oraz] usługi energetyczne w budynkach dworców kolejowych”. Zamówienie to było podzielone na cztery obszary geograficzne.

W ogłoszeniu o zamówieniu przewidziano możliwość żądania przez instytucję zamawiającą uzupełnienia, pod rygorem wykluczenia z postępowania, każdej niekompletnej lub nieprawidłowej oferty, a żądanie to skutkowało zapłatą przez oferenta wezwanego do uzupełnienia oferty kary pieniężnej w wysokości 35 000 EUR, zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych. Natomiast zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków tego zamówienia, oferta złożona przez tymczasowy związek przedsiębiorstw niestanowiący jeszcze osoby prawnej powinna zawierać, na podstawie wymaganej dokumentacji administracyjnej, oświadczenie ad hoc zawierające zobowiązanie, na wypadek udzielenia zamówienia w tej części przetargu, do udzielenia szczególnego zbiorowego pełnomocnictwa przedsiębiorstwu będącemu liderem, który zostanie wyznaczony z nazwy (dalej „oświadczenie o zobowiązaniu”). To oświadczenie o zobowiązaniu miało być podpisane przez wszystkie przedsiębiorstwa tworzące związek, przy czym wyjaśniono, że jeśli oferent uczestniczy w kilku częściach w różnych formach, powinien przedstawić oświadczenie o zobowiązaniu dla każdej części.

MA.T.I. SUD, jako podmiot odpowiedzialny za tymczasowy związek przedsiębiorstw utworzony z Graded SpA (zwany dalej „związkiem”), złożyła zgłoszenie udziału dla 1 i 2 części przetargu, jednakże komisja przetargowa stwierdziła, że oświadczenie o zobowiązaniu wymagane w celu udzielenia części 2 zamówienia, wyznaczające MA.T.I. SUD jako lidera związku, nie zawierało podpisu jej przedstawiciela prawnego. W konsekwencji instytucja zamawiająca zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych wezwała ów związek, po pierwsze, do usunięcia tej nieprawidłowości w terminie siedmiu dni pod rygorem wykluczenia z przetargu, a po drugie, do zapłaty kary pieniężnej w wysokości 35 000 EUR.

Następnie MA.T.I. SUD przedłożyła żądane oświadczenie o zobowiązaniu, podpisane przez przedstawicieli prawnych obu spółek tworzących związek. Wniosła ona także o uchylenie nałożonej kary pieniężnej na tej podstawie, że sporne oświadczenie nie było „ani brakujące, ani niekompletne, ani obarczone istotną nieprawidłowością”. Podniosła ona w tym względzie, że dana specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała oświadczenia o zobowiązaniu w odniesieniu do każdej części przetargu wyłącznie w wypadku, w którym związek miał w nim uczestniczyć „w odrębnej formie”. W niniejszym wypadku związek wyraził wolę uczestnictwa w częściach nr 1 i 2 przetargu w takiej samej formie, z MA.T.I. SUD jako liderem, przedstawiając oświadczenie o zobowiązaniu w odniesieniu do części nr 1 zawierające wszystkie wymagane elementy.

Instytucja zamawiająca wezwała jednak MA.T.I. SUD do zapłaty nałożonej kary pieniężnej, uprzedzając, że w przeciwnym wypadku zostanie ona ściągnięta z gwarancji tymczasowej.

W odpowiedzi MA.T.I. SUD wniosła do regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum (Włochy) skargę o wstrzymanie wykonania i uchylenie rzeczonej kary pieniężnej, podnosząc w szczególności, że nie dopuściła się żadnej istotnej nieprawidłowości w przedstawieniu dokumentów przygotowawczych do udziału w postępowaniu przetargowym.

Sąd odsyłający wskazał, że mechanizm płatnej pomocy w sporządzeniu dokumentacji, ustanowiony w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych, jest przedmiotem wątpliwości co do jego zgodności z prawem Unii, w szczególności z art. 51 dyrektywy 2004/18,

który przewiduje możliwość uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów towarzyszących ofertom złożonym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie przewidując zarazem żadnej sankcji, oraz z zasadami proporcjonalności, wyczerpującego charakteru podstaw wykluczenia, przejrzystości procedur, najszerszego możliwego udziału w przetargu i najszerszej możliwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, regionalny sąd administracyjny dla Lacjum zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy pomimo że ustalenie odpłatności za usunięcie braków oferty stanowi uprawnienie państw członkowskich, art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] w brzmieniu obowiązującym w dniu opublikowania ogłoszenia o przetargu – w którym przewidziana jest zapłata »kary pieniężnej« w wysokości określanej przez instytucję zamawiającą (»nie niższej niż jeden promil i nie wyższej niż jeden procent wartości przetargu, a w każdym wypadku nie wyższej niż 50 000 EUR, której zapłatę zabezpiecza gwarancja tymczasowa«), ze względu na jej rażąco wygórowaną kwotę i z góry określony charakter tej kary, która nie podlega stopniowaniu w zależności od faktycznej sytuacji, w której jest nakładana, lub istotności usuwalnych braków – jest spreczny z prawem Unii?

2) Czy, przeciwnie, przywołany art. 38 ust. 2 bis [kodeksu zamówień publicznych] jest spreczny z prawem Unii z tego powodu, że sama odpłatność za usunięcie braków oferty może zostać uznana za sprzeczną z zasadą maksymalnego otwarcia rynku na konkurencję, z którą to zasadą środek ten ma być zgodny, ponieważ prawo wymaga, aby komisja przetargowa działała w tym zakresie w interesie publicznym zasadzającym się na dążeniu do tegoż otwarcia rynku na konkurencję?”.

Sprawa C-536/16

CNPR wszczęła otwartą procedurę przetargową w celu podpisania umowy ramowej dotyczącej zarządzania jej portfelem inwestycji. W ogłoszeniu o zamówieniu przewidziano, na podstawie art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych, że w wypadku braku, niekompletności lub jakiegokolwiek innej istotnej nieprawidłowości dotyczącej oświadczeń oferent jest zobowiązany do zapłaty kary pieniężnej w wysokości 50 000 EUR, przysługuje mu jednak 10-dniowy termin na uzupełnienie lub konwalidację oświadczenia poprzez przedstawienie brakujących dokumentów. Z kolei specyfikacja istotnych warunków spornego zamówienia przewidywała, że oferenci powinni złożyć, pod rygorem wykluczenia, oświadczenie własne potwierdzające spełnienie przesłanek przewidzianych w art. 38 kodeksu zamówień publicznych.

Komisja przetargowa po otwarciu nieoznakowanych kopert stwierdziła, że Duemme nie załączyła ww. oświadczeń własnych, potwierdzających, iż jej wiceprezes i dyrektor generalny nie zostali skazani prawomocnym wyrokiem sądu. W konsekwencji wezwała ona Duemme do przedstawienia brakujących oświadczeń oraz do zapłaty odpowiedniej kary pieniężnej, czyli 50 000 EUR.

Duemme uzupełniła wymaganą dokumentację w wyznaczonym terminie, ale odmówiła w całości zapłaty tej kary pieniężnej, kwestionując ją co do zasady. CNPR skierowała zatem do

Duemme wezwanie do zapłaty kary pieniężnej, informując ją, że w wypadku odmowy kara ta zostanie ściągnięta z gwarancji tymczasowej.

Następnie Duemme wniosła do regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum skargę o uchylenie rzeczzonej kary pieniężnej, który zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi identycznymi jak w sprawie C-523/16.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Trybunał stoi na stanowisku, że w ramach środków transpozycji dyrektywy 2004/18 państwa członkowskie mają w zasadzie swobodę nie tylko w zakresie wpisania takiej możliwości uzupełnienia ofert do prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 35), lecz również jej ograniczenia. Zatem państwa członkowskie mogą uzależnić możliwość uzupełnienia od zapłaty kary pieniężnej, jak w niniejszym przypadku przewiduje to art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych.

Jednakże jeżeli państwa członkowskie wdrażają możliwość przewidzianą w art. 51 dyrektywy 2004/18, powinny one zadbać, aby nie zagrażać realizacji celów, jakim służy owa dyrektywa, oraz nie zagrażać skuteczności (effet utile) ani jej przepisów, ani innych istotnych przepisów prawa Unii, w szczególności zasad równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, pkt 34).

Trybunał przypomniał także, że art. 51 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w ten sposób, że zezwala on instytucji zamawiającej na dopuszczenie jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferenta (wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 46; z dnia 10 listopada 2016 r., Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, pkt 30).

Ponadto, Trybunał orzekł, iż dyrektywy 2004/17 i 2004/18 nie stoją na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów (wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał orzekł w szczególności, że żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 33).

Zdaniem Trybunału, takie żądanie nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez danego oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, pkt 31).

Trybunał przypomniał również, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii i w poszanowaniu której powinny być udzielane zamówienia w państwach członkowskich, jak wynika to zarówno z motywu 9 dyrektywy 2004/17, jak i z motywu 2 dyrektywy 2004/18, środki przyjęte przez państwa członkowskie nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 48, 61; z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21, 23; z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33; z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29).

Trybunał stwierdził, że w świetle powyższych rozważań do sądu odsyłającego, wyłącznie właściwego do stwierdzenia i oceny okoliczności faktycznych w postępowaniach głównych, należy zbadać, czy w okolicznościach dwóch spraw w postępowaniach głównych uzupełnienia wymagane przez instytucje zamawiające dotyczą przekazania dokumentów, których brak winien prowadzić do wykluczenia oferentów, czy przeciwnie – stanowią one bez wątpienia zwykłe żądania doprecyzowania ofert, które wymagają pojedynczych poprawek lub uzupełnień lub naprawy oczywistych błędów materialnych.

Następnie Trybunał zauważył, że mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji przewidziany w art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych nie znajduje zastosowania w wypadku, w którym oferta złożona przez oferenta nie może zostać uzupełniona lub wyjaśniona oraz że w konsekwencji w takim wypadku nie można na oferenta nałożyć żadnej sankcji.

Trybunał stwierdził, że zgodnie z art. 38 ust. 2 bis kodeksu zamówień publicznych do instytucji zamawiającej należy, w granicach widełek określonych w tym przepisie, określenie kwoty kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na oferenta wezwanego do uzupełnienia oferty.

Trybunał zauważył także, że określenie z góry przez instytucję zamawiającą kwoty sankcji w ogłoszeniu o zamówieniu odpowiada rzeczywiście wymogom wynikającym z zasad równego traktowania oferentów, przejrzystości i pewności prawa, w zakresie, w jakim pozwala ono obiektywnie uniknąć ich dyskryminującego lub arbitralnego traktowania przez ową instytucję zamawiającą.

Niemniej jednak, zdaniem Trybunału, automatyczne stosowanie tak określonej z góry sankcji, niezależnie od charakteru uzupełnień dokonanych przez niedbałego oferenta, a zatem także w braku jakiegokolwiek zindywidualizowanego uzasadnienia, nie wydaje się zgodne z wymogami wynikającymi z poszanowania zasady proporcjonalności.

Ponadto Trybunał stwierdził, że nałożenie kary pieniężnej rzeczywiście stanowi właściwy środek do realizacji uzasadnionych celów, do jakich dąży państwo członkowskie, dotyczących konieczności z jednej strony stymulowania odpowiedzialności oferentów w przedstawianiu ofert, a z drugiej strony zrekompensowania obciążenia finansowego, jakie może stanowić każde uzupełnienie dla instytucji zamawiającej.

Orzeczenie Trybunału

Z powyższych względów Trybunał orzekł, iż:

Prawo Unii, a w szczególności art. 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, wśród których znajdują się zasady równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, i w art. 2 dyrektywy 2004/18, a także zasadę proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że co do zasady nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na którego podstawie w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może wezwać każdego oferenta, którego oferta zawiera istotne nieprawidłowości w rozumieniu tych przepisów, do uzupełnienia oferty, z zastrzeżeniem zapłaty kary pieniężnej, o ile kwota tej sankcji pozostaje zgodna z zasadą proporcjonalności, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego.

Natomiast te same przepisy i zasady należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom krajowym ustanawiającym mechanizm pomocy w sporządzeniu dokumentacji, na podstawie którego instytucja zamawiająca może wymagać od oferenta, przy jednoczesnej zapłacie przez niego kary pieniężnej, aby uzupełnił on brak dokumentu, który według wyraźnych przepisów dokumentacji przetargowej powinien prowadzić do wykluczenia oferenta, lub aby usunął on nieprawidłowości mające wpływ na jego ofertę w ten sposób, że dokonane poprawki lub zmiany byłyby zbliżone do przedstawienia nowej oferty.

3. Orzeczenie z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie C-9/17 Tirkkonen

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na usługi doradztwa rolniczego – Istnienie zamówienia publicznego lub jego brak – System nabywania usług polegający na dopuszczeniu w charakterze usługodawcy wszystkich wykonawców, którzy spełniają z góry ustalone warunki – System niedostępny później dla innych wykonawców

Przedmiotem sprawy **C-9/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez naczelną sąd administracyjny w Finlandii postanowieniem z dnia 22 grudnia 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 stycznia 2017 r., w postępowaniu wszczętym przez Marię Tirkkonen, przy udziale Maaseutuvirasto (fińską agencję ds. obszarów wiejskich, Finlandia, zwaną dalej „Agencją”).

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

Republika Finlandii ustanowiła program rozwoju obszarów wiejskich stałego lądu Finlandii na lata 2014–2020, na którego realizację Agencja zorganizowała postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia w drodze zawarcia umów na usługi doradcze w ramach systemu doradztwa rolniczego Neuvo 2020. Przedmiotowe usługi oferowane są rolnikom i innym

gospodarującym gruntami, którzy zawarli porozumienie środowiskowe dotyczące wypłaty rekompensat środowiskowych. Spełniający ten warunek rolnicy pragnący ubiegać się o poradę mogą zwrócić się do wybranego przez siebie doradcy będącego członkiem systemu doradztwa rolniczego Neuvo 2020. Świadczenie rozpatrywanych w postępowaniu głównym usług doradczych podlega warunkom określonym w projekcie umowy ramowej załączonym do ogłoszenia o zamówieniu.

Agencja nałożyła na kandydatów na doradców obowiązek wykazania, że mają kwalifikacje, regularnie się szkolą oraz mają doświadczenie w charakterze doradców w dziedzinach, w których zamierzają udzielać porad. Następnie podjęła warunkową decyzję o udzieleniu zamówienia (zwaną dalej „sporną decyzją”), w której zaakceptowała wszystkich doradców, którzy się zgłosili i którzy spełniali kryteria zdolności do realizacji zamówienia oraz minimalne wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu i załącznikach do niego.

Wśród doradców dopuszczonych warunkowo przez sporną decyzję nie znalazła się Maria Tirkkonen, która nie wypełniła formularza przetargowego w punkcie dotyczącym akceptacji warunków projektu umowy ramowej załączonej do ogłoszenia o zamówieniu. Dlatego M. Tirkkonen zaskarżyła tę decyzję do sądu do spraw gospodarczych w Finlandii, aby uzyskać prawo do uzupełnienia swojej dokumentacji przetargowej. W tym celu podniosła, że rozpatrywane w postępowaniu głównym postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia stanowi system zatwierdzeń, a więc nie wchodzi w zakres pojęcia zamówienia publicznego. Utrzymywała w związku z tym, że powinna otrzymać prawo uzupełnienia swojej oferty. Gdy jej skarga została oddalona, M. Tirkkonen wniosła odwołanie do naczelnego sądu administracyjnego w Finlandii.

Sąd odsyłający zastanawia się nad stosowaniem w sporze w postępowaniu głównym ustawy o zamówieniach publicznych, w zakresie, w jakim z wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) wynika, że wybór oferty, a więc i wykonawcy, stanowi nieodzowny element pojęcia „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. Sąd odsyłający wskazuje jednak, że ponieważ oferenci musieli zdać egzamin opisany w ogłoszeniu o zamówieniu, zanim zostali ostatecznie dopuszczeni do zawarcia umowy ramowej załączonej do ogłoszenia o zamówieniu, wymogi te mogą stanowić decydujące cechy w rozumieniu wyroku z dnia 26 marca 2015 r., Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 31, 32), a więc nadawać postępowaniu status „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

Sąd odsyłający stwierdza jednak przy tym, po pierwsze, że w rozpatrywanym w postępowaniu głównym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia nie określono kryteriów udzielenia zamówienia, na których podstawie oferty będą porównywane względem siebie, a po drugie, że Agencja nie przyznawała ofertom ocen ani ich nie porównywała. Tym samym, zdaniem sądu odsyłającego, wszystkich oferentów, którzy spełniali wymogi tego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia i którzy zdali egzamin, o którym mowa w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu, dopuszczono do zawarcia umowy ramowej.

Sąd odsyłający podkreśla jednak, że choć liczba usługodawców dopuszczonych do zawarcia umowy ramowej nie była z góry ograniczona w specyfikacji warunków zamówienia, to w praktyce była ograniczona z racji obowiązku spełnienia wskazanych wymogów.

Sąd odsyłający wskazuje ponadto, że specyfika systemu umów leżąca u podstaw wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., *Falk Pharma* (C-410/14, EU:C:2016:399) polegała na stałym otwarciu przez cały okres ważności dla zainteresowanych wykonawców, co wystarczy, aby odróżnić ten system od umowy ramowej w rozumieniu dyrektywy 2004/18. Tymczasem w niniejszym przypadku podmiot świadczący usługi doradcze nie mógł już przystąpić do systemu doradztwa rolniczego *Neuvo 2020* po wydaniu przez Agencję ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia, co ograniczyło liczbę wykonawców mogących świadczyć usługi doradcze.

W związku z powyższym, naczelny sąd administracyjny zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy dokonywać w taki sposób, że definicja »zamówień publicznych« obejmuje w rozumieniu tej dyrektywy system zamówień:

- poprzez który instytucja publiczna zamierza pozyskać na rynku usługi na z góry ograniczony okres, zawierając umowy na warunkach załączonego do ogłoszenia o przetargu projektu umowy ramowej ze wszystkimi wykonawcami, którzy spełniają ustalone szczegółowo w dokumentach przetargowych wymogi dotyczące zdolności oferenta do realizacji zamówienia i oferowanej usługi i zdadzą opisany w ogłoszeniu o przetargu egzamin, oraz
- do którego nie można już przystąpić w trakcie okresu obowiązywania umowy?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Trybunał przypominał, że celem dyrektywy 2004/18 było wykluczenie ryzyka, żeby przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani byli oferenci albo kandydaci krajowi. Zaś takie ryzyko jest ściśle związane z udzieleniem danego zamówienia publicznego na wyłączność wykonawcy, którego oferta została wybrana, lub wykonawcom, których oferty wybrano w przypadku umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Falk Pharma*, C-410/14, EU:C:2016:399, pkt 35, 36).

Trybunał podkreślił już, że wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy, stanowi element nieodłącznie związany ze sposobem ujęcia zamówień publicznych w ramy tej dyrektywy, a w konsekwencji z pojęciem »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Falk Pharma*, C-410/14, EU:C:2016:399, pkt 38). Dlatego brak wyznaczenia jednego wykonawcy, któremu zamówienie zostanie udzielone na wyłączność, skutkuje tym, że nie istnieje konieczność ujęcia działania instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18, by uniemożliwić jej faworyzowanie wykonawców krajowych przy udzieleniu zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Falk Pharma*, C-410/14, EU:C:2016:399, pkt 37).

Ponadto, Trybunał zauważył, że Agencja przyjmuje wszystkich kandydatów spełniających określone wymogi i nie dokonuje żadnej selekcji dopuszczalnych ofert. Natomiast okoliczność, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, dostęp do systemu doradztwa rolniczego

rozpatrywanego w postępowaniu głównym jest ograniczony do wstępnego okresu, który dobiega końca z chwilą przeprowadzenia egzaminu lub najpóźniej w chwili opublikowania ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia, a w związku z tym doradca, taki jak M. Tirkkonen, nie ma już możliwości przystąpienia do tego systemu doradztwa rolniczego, nie podważa tej oceny.

W niniejszym przypadku decydującym elementem jest to, że instytucja zamawiająca nie podała żadnego kryterium udzielenia zamówienia w celu porównania i klasyfikacji dopuszczalnych ofert. Dlatego system doradztwa rolniczego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym nie może stanowić zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

Trybunał stwierdził, że za „kryteria udzielenia zamówienia” nie można uznać kryteriów, które nie mają na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, a są tylko zasadniczo związane z oceną zdolności oferentów do realizacji danego zamówienia. Kryteria dotyczące głównie doświadczenia, kompetencji i środków mających gwarantować prawidłowe wykonanie danego zamówienia uznano za kryteria odnoszące się do zdolności oferentów do wykonania tego zamówienia, a nie za „kryteria udzielenia zamówienia”, choć instytucja zamawiająca tak właśnie je określiła (zob. podobnie wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r., Lianakis i in., C-532/06, EU:C:2008:40, pkt 30, 31).

Orzeczenie Trybunału

Z powyższych względów Trybunał orzekł, iż:

Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że system doradztwa rolniczego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, do którego instytucja publiczna przyjmuje wszystkich wykonawców, jeżeli spełniają oni wymogi zdolności do realizacji zamówienia stawiane w ogłoszeniu o zamówieniu i zdadzą egzamin, o którym mowa w tym ogłoszeniu, nawet jeżeli w trakcie ograniczonego w czasie obowiązywania tego systemu nie może do niego zostać dopuszczony żaden nowy wykonawca, nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy.

OPINIE PRAWNE

Oświadczenia wstępne poniżej progów unijnych w postępowaniach wszczynanych od dnia 18 kwietnia 2018 r.

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), zwana dalej „ustawą nowelizacyjną” wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I (art. 10a – art. 10g) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018), dalej „ustawa Pzp”, obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcą w powyższy sposób w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje m.in. przesyłanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu zamówienia.

Ustawodawca określił jednocześnie termin stosowania obowiązkowej pełnej komunikacji elektronicznej dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych od dnia 18 października 2018 r. (art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy nowelizacyjnej). Natomiast na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej, w zw. z art. 10a ustawy Pzp jednolity europejski dokument zamówienia winien być składany przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wszczynanych od dnia 18 kwietnia 2018 r. Oznacza to, iż od dnia 18 kwietnia 2018 r. obowiązek stosowania środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 10a ustawy Pzp dotyczy wyłącznie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (składanego w postaci elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

Powyższy wymóg nie dotyczy oświadczeń wstępnych, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia o wartościach nieprzekraczających progów z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Oświadczenia wstępne poniżej progów unijnych, w postępowaniach wszczynanych od dnia 18 kwietnia 2018 r. składane są na dotychczasowych zasadach.

Na jakim etapie konkursu osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają oświadczenia, o których mowa w art. 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018)?

Konkurs nie stanowi procedury udzielenia zamówienia publicznego. Przepisy regulujące zasady i organizację przeprowadzania konkursu zostały umiejscowione w Dziale III ustawy Pzp – Przepisy szczególne. Art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przeprowadza konkurs na podstawie ustalonego przez siebie regulaminu konkursu. Mając na uwadze treść powyższego przepisu zamawiający może ukształtować treść regulaminu zgodnie z własnymi potrzebami (z wyjątkiem minimalnych wymogów wskazanych w art. 116 ust. 2).

Na podstawie przepisu art. 112 ust. 4 ustawy Pzp do osób wykonujących czynności w postępowaniu konkursowym, w tym członków sądu konkursowego, zastosowanie ma przepis art. 17 ustawy Pzp. W celu ustalenia chwili złożenia przez członków sądu konkursowego oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy należy odnieść się do sytuacji występującej w trybach otwartych udzielania zamówień publicznych. Ustanowiony w treści art. 17 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek nie określa wprost terminu, w którym oświadczenie to powinno być złożone. Zasadniczo oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, powinno być złożone przed podjęciem jakichkolwiek czynności w postępowaniu. Jednak, aby osoba obowiązana do jego złożenia, mogła oświadczyć, co do określonych okoliczności, musi mieć wiedzę na temat kręgu wykonawców. W przypadku konkursów, ostateczna lista wykonawców jest znana wraz z upływem terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Zatem terminem właściwym dla złożenia odpowiedniego oświadczenia będzie termin złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Natomiast oświadczenie o istnieniu okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia, osoba je składająca powinna złożyć w każdym momencie po powzięciu przez nią wiadomości o istnieniu podstaw wyłączenia. W tym miejscu wyjaśnić należy znaczenie art. 121 ust. 3 ustawy Pzp, który nie stoi na przeszkodzie możliwości powzięcia przez sąd konkursowy wiedzy o wykonawcach, którzy złożyli wnioski o przystąpienie do konkursu. Przepis ten, podniesiony w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. w wyroku KIO z dnia 17 lipca 2017 r., sygn. akt 1251/17) do rangi zasady konkursowej, wskazuje na niedopuszczalność zapoznania się przez członków sądu konkursowego z autorem konkretnej pracy konkursowej, która ma być przedmiotem oceny sądu konkursowego. Oznacza to, że zamawiający (ale także wykonawcy składający konkretne prace) zobowiązani są zapewnić pełną anonimizację prac konkursowych. Anonimizacja prac konkursowych nie jest jednak tożsama z anonimizacją nazw wykonawców przystępujących do konkursu.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Warunki udziału w postępowaniu a naruszenie zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Jak wskazano w dyspozycji art. 22 ust. 1 a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Norma wyrażona w art. 22 ust. 1 b wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający może również zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, nie mniejszy niż 30 % (art. 22 ust. 2 i 2 a ustawy Pzp).

Pod pojęciem warunków udziału w postępowaniu należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby warunki te pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji czy proporcjonalności.

Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu pełnią szczególną rolę i muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ze względu na fakt iż zakreślają krąg podmiotów mogących skutecznie ubiegać się o zamówienie. Z drugiej strony warunki powinny zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. A zatem, warunki udziału

w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Oznacza to, że muszą mieć one swoje uzasadnienie w zakresie, charakterystyce, stopniu złożoności, specyfice lub sposobie realizacji danego zamówienia. Określony przez zamawiającego opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu powinien umożliwić ustalenie zdolności do wykonania zamówienia, a nie w nieuzasadniony sposób preferować konkretnego wykonawcę kosztem dyskryminacji reszty uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany zachować równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można eliminować z udziału w postępowaniu poprzez postawienie nadmiernych warunków udziału w postępowaniu. Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny z celem jakiemu służy – z wyborem wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia przy równoczesnym braku ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający jest również zobligowany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Stosownie do wyżej wymienionej zasady zamawiający zobowiązany jest do stosowania jednej miary dla wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, w szczególności poprzez zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji oraz umożliwienie starania się o udzielenie zamówienia każdemu wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

Warto wskazać, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 b ustawy Pzp, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne (art. 23 ust. 5 ustawy Pzp). Tym samym, zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia jedynie gdy będzie to adekwatne do charakteru przedmiotu zamówienia. Za zasadne należy uznać żądanie przez zamawiającego spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej co najmniej przez jednego członka konsorcjum w przypadku gdy zamówienie obejmuje roboty budowlane, gdyż możliwość sumowania się doświadczeń wykonawców wchodzących w skład konsorcjum prowadziłyby do sytuacji, w której żaden z tych podmiotów nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Celem dokładnego zobrazowania wskazanego zagadnienia poniżej zaprezentowano naruszenia przepisów ustawy Pzp popełnione przez zamawiających w zakresie sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji. Przykłady dotyczą zarówno postępowań wszczętych po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. jak i przed nowelizacją, albowiem zasada określania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1 a obecnie obowiązującej

ustawy) funkcjonowała również przed nowelizacją (art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).

Przykład nr 1 (UZP/DKD/KND/10/17)

Przedmiotem postępowania było wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej budowy nowej jednostki penitencjarnej. Zamawiający zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zastrzegł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”, że o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, tj. osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 557, z późn. zm.), mających trudności w integracji ze środowiskiem. Jednocześnie, zgodnie z art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, Zamawiający określił minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do grupy określonej w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na poziomie nie mniej niż 40 %.

Z dokumentacji postępowania, w tym z protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN wynika, iż do upływu terminu składania ofert wpłynęła jedna oferta złożona przez Konsorcjum: XX (Lider konsorcjum), YY (członek konsorcjum) - dalej jako: „Konsorcjum”. Z treści oferty Konsorcjum wynika, iż wszystkie warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej spełniał samodzielnie członek Konsorcjum: wykonawca YY (w tym w zakresie polisy OC i dysponowania kadrą). Wskaźnik zatrudnienia osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został określony w ofercie Konsorcjum na poziomie 55 %. Z wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum w toku postępowania wynikało, że osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, zatrudniał tylko jeden z członków konsorcjum - XX (Lider konsorcjum), przy czym wskaźnik, o którym mowa w art. 22 ust. 2a ustawy Pzp, został obliczony łącznie dla obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia .

Jednocześnie, załączona do oferty umowa Konsorcjum z dnia 1 grudnia 2016 r. nie precyzowała żadnych obowiązków konsorcjantów ani zakresu ich odpowiedzialności za wykonanie poszczególnych części zamówienia, przy czym z § 3 ust. 3 umowy szczegółowej (porozumienia wykonawczego) zawartej w dniu 30 grudnia 2016 r. wynikało, iż partner, tj. wykonawca YY: „zobowiązuje się do faktycznego wykonania całego zakresu prac projektowych i ponoszenia kosztów z tym związanych”.

Należy wskazać, iż przedmiotem ww. zamówienia publicznego było wykonanie kompletnej dokumentacji projektowo – kosztowej zamierzenia inwestycyjnego polegającego na lokalizacji nowej Jednostki Penitencjarnej. Przedmiot zamówienia nie obejmował jednocześnie innych czynności.

Ponadto, Zamawiający w opisie warunków udziału w postępowaniu zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (por. pkt 5.2) wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji zamówienia osobami posiadającymi następujące kwalifikacje:

a) projektant branży architektoniczno-budowlanej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego,
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży architektonicznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

b) projektant branży konstrukcyjno-budowlanej - 1 osoba - uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży konstrukcyjno - budowlanej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

c) projektant branży elektrycznej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży elektrycznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

d) projektant branży sanitarnej - 1 osoba - uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych i kanalizacyjnych, zgodnie z wymogami ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r. poz. 290) lub równoważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, posiadająca:

- aktualne potwierdzenie statusu przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;
- doświadczenie w opracowaniu, jako projektant branży elektrycznej minimum jednej dokumentacji projektowej (projekt budowlany) budowy lub przebudowy (w rozumieniu Prawa

budowlanego) budynku zamieszkania zbiorowego lub mieszkalnego o powierzchni użytkowej co najmniej 3000 m².

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż ustanowienie wymogu zatrudnienia odpowiedniego wskaźnika osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stawianych wykonawcom wymagań podmiotowych należy uznać na gruncie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za wymóg nadmierny, a poprzez to niezgodny z zasadą proporcjonalności i ograniczający konkurencję.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione jego charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to, w uproszczeniu, założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

Ponadto, opis kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że ma się ono odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. Wymogu tego nie można zatem traktować jedynie jako narzędzia formalnego do ograniczania konkurencji poprzez ograniczanie pozostałym wykonawcom dostępu do zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, stawianie wymogów zatrudniania osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w przypadku usługi projektowej pozostawało zupełnie bez związku z przedmiotem zamówienia i jego realizacją. W szczególności charakter usługi projektowej oraz wymagania odnośnie potencjału kadrowego posiadającego odpowiednie prawem uprawnienia budowlane i aktualne członkostwo w Izbach Inżynierów Budownictwa racjonalnie wykluczały możliwość realizacji zamówienia przez osoby wskazane w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem stwierdzić należy, że wymóg ten miał charakter pozorny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonane przez Zamawiającego zastrzeżenie eliminowało z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności wyrażonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Zamawiający w ustalonym stanie faktycznym dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 2 i ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt: KIO/KD 67/17) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

Przykład nr 2 (UZP/DKUE/KU/95/16)

Przedmiotem zamówienia było „Wyłonienie Menadżera Funduszu Funduszy w ramach programu BRIDGE VC” w zakresie części II zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zamawiający opisując warunek zdolności zawodowej wskazał, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 6 miesięcy przed dniem składania ofert zarządzali aktywami o wartości co najmniej 500 000 000 PLN (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie).

Zgodnie z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126): *„W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, (...)”*.

Opisując warunek oraz katalog dokumentów, których przedłożenie wymagane jest w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek posługiwać się listą dokumentów wskazanych w przytoczonym rozporządzeniu oraz tak opisać warunki, aby dokumenty wymagane na ich potwierdzenie odzwierciedlone były w treści ww. rozporządzenia.

Dniem otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu był 05.12.2016 r., co oznacza, że dopuszczone powinno być wykazanie usług wykonanych nie wcześniej niż na dzień 05.12.2013 r., a nie jak wynika z treści warunku - wykonanych nie wcześniej niż na dzień 05.06.2016 r. Dopuszczając możliwość wykazania doświadczenia w usługach w zakresie zaledwie ostatnich 6 miesięcy (zamiast 3 lat) zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy zrealizowali wymagane usługi 3 lata przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Nie można uznać, że wykonawcy, którzy wykonywali wymagane usługi wcześniej niż w okresie ostatnich 6 miesięcy przed dniem składania ofert (ale nie wcześniej niż przed 05.12.2013 r.) nie byłiby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy posiadali wymagane doświadczenie w okresie od

05.12.2013 r. do 04.06.2016 r., nie było adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zapewniającego należyłą realizację zamówienia, zatem było to ograniczenie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 3 (KND/4/17/DKZP)

Przedmiotem zamówienia były Usługi polegające na odbieraniu i zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy X.

Jak wynika z treści sekcji III.3.4) ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawcy mieli przedłożyć odpowiednie oświadczenie stanowiące załącznik nr 5 do SIWZ.

Jednocześnie na mocy rozdziału VI ust. 4 SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli wykazać spełnianie warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z uwzględnieniem dysponowania osobami zdolnymi i uprawnionymi do wykonania zamówienia. Personel, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia musiał posiadać odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia – na potwierdzenie ww. warunku wykonawca do oferty miał załączyć oświadczenie stanowiące załącznik nr 5 do SIWZ.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uchwale z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/KU 54/10), *w pierwszej kolejności Zamawiający określa warunki w danym postępowaniu, a następnie winien wskazać, w jaki sposób będzie dokonywał oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z ustawą, dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego oraz złożonych w ofercie przez Wykonawcę. Żądanie przez Zamawiającego przedłożenia dokumentów bez jednoczesnego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest możliwe żądanie*

dokumentów bez określenia warunku i bez określenia sposobu oceny warunku, którego spełnienie dokumenty te mają potwierdzać.

Równocześnie, zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, zamawiający jest zobowiązany zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. W ślad za powyższym, stosownie do przepisu art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków stanowią minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu, jaką zamawiający powinien zawrzeć w ogłoszeniu. Zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Jak wskazuje orzecznictwo, zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane dla wykonawcy. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków oraz wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmując decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1148/13).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że Zamawiający dokonując opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pominął w treści warunku informacje takie jak: kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia. Określenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania kwestionowanego warunku poprzez żądanie wykazania dysponowania osobami zdolnymi i uprawnionymi do wykonania zamówienia - personel, który miał uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia musiał posiadać odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia uznać należy więc za niejasne i nieprecyzyjne. Należy stwierdzić, że na podstawie tak sformułowanego w SIWZ warunku nie sposób jest ustalić kwalifikacji osób, które wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mieli przedstawić w złożonym wykazie.

Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający żądając złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia bez sprecyzowania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie np. ich kwalifikacji czy wykształcenia naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 7 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Do przedmiotowej kontroli Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Przykład nr 4 (UZP/DKD/KND/8/17)

Przedmiotem zamówienia była „dostawa aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie wg 3 pakietów”. Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „SIWZ”, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał spełniać wymagania określone w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, a w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tzn. wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty, oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania na zasadach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca miał załączyć do oferty:

1. oświadczenie o spełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ,
2. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W celu realizacji zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu sposobu spełniania warunków na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu wiedzieli, jakie warunki muszą spełnić, aby móc złożyć ważną ofertę, zaś sam zamawiający – był w stanie dokonać obiektywnej, rzetelnej i przejrzystej oceny spełniania przez nich warunków. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach.

W świetle powyższego należy przyjąć, że co do zasady opis warunku zdolności finansowej nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty (ceny ofertowej), ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie. Tak opisany warunek może bowiem prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do zdolności finansowej, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do zdolności finansowej), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać.

Po trzecie wreszcie, nie można uznać, że zamawiający precyzyjnie opisał warunek, skoro ostateczna wysokość kwoty, jaką wykonawcy dysponują, lub do jakiej ewentualnie będą mieli dostęp, nie zależy od cech przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca. Tym samym kwota, jaką dysponuje wykonawca lub będzie miał do niej dostęp, nie została w ogóle związana z przedmiotem zamówienia proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, ale została odniesiona do ceny oferty.

Powyższe prowadzi do wniosku, że opis warunku zdolności finansowej odnoszący się do ceny oferty w zakresie wymaganej wartości nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Tym samym, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na fakt, iż żaden z wykonawców nie został wykluczony z powodu niespełnienia ww. warunku, powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia wniesione do wyniku przedmiotowej kontroli, w uchwale z dnia 10 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 62/17) nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego od wyżej stwierdzonego naruszenia.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 197/18 - ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu

„Należy mieć przy tym na uwadze, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą zaktualizować się na każdym etapie postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które kończy się w momencie zawarcia umowy z wykonawcą, może zaistnieć zmiana sytuacji prawnej lub ekonomicznej wykonawcy, rzutująca na ocenę predyspozycji wykonawcy do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może pominąć takich okoliczności, dotyczących sytuacji finansowej wykonawcy, które mogłyby wpłynąć negatywnie na zdolność wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wynika z art. 22 ust. 5 Pzp, warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przy czym nie chodzi tu wyłącznie o weryfikację formalną. Wymóg wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wynikający z art. 26 ust. 2a Pzp, nie sprzeciwia się obowiązkowi wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy – w przypadku wystąpienia (ujawnienia) nowych okoliczności, których wpływ na kondycję finansową wykonawcy jest istotny. Na zamawiającym ciąży w tym względzie obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca może wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby w trakcie wykonywania zamówienia. Wykonawca musi zatem wykazać, że faktycznie może z tych zasobów korzystać. Zamawiający musi zatem zbadać, czy Konsorcjum (...) jest nadal w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie i upewnić się, czy wykonawca wykazywanymi zasobami jest w stanie realnie dysponować przy realizacji zamówienia (vide orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari - Informator Zamówień Publicznych nr 11/2011).”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 83/18 – potencjał ekonomiczny – finansowy

„Postępowanie dowodowe wykazało, że wymóg legitymowania się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln zł istotnie ogranicza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedłożył kopię polis sześciu wykonawców, działających na rynku dużych inwestycji budowlanych i realizujących zadania o znacznej wartości. Z dokumentów tych wynika, że wartość ubezpieczenia tych wykonawców waha się w przedziale od 20 mln zł do 100 mln zł, co oznacza, że bez istotnego podwyższenia – na potrzeby udziału w niniejszym postępowaniu – kwoty ubezpieczenia, wykonawcy ci nie mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienie.

Wobec ustalenia, że wymagana przez Zamawiającego kwota ubezpieczenia OC istotnie ogranicza konkurencję w postępowaniu, należało ocenić konieczność takiego ograniczenia dla zapewnienia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia. Zamawiający powinien w tym zakresie umieć taki związek wykazać i wyjaśnić, dlaczego wykonawca dysponujący ubezpieczeniem na mniejszą kwotę nie ma odpowiedniego potencjału do realizacji zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający takiemu obowiązkowi nie podołał. Zaprezentował jedynie gołosłowne twierdzenie, że warunek taki znajduje uzasadnienie w charakterze i skali przyszłego przedmiotu zamówienia i ma na celu wykazanie przez wykonawcę jego wiarygodności, a także zdolności do opłacenia składki ubezpieczeniowej po oszacowaniu przez zakład ubezpieczeń ryzyka ubezpieczeniowego. Twierdzenie to nie zostało poparte żadną bardziej szczegółową argumentacją czy przeprowadzonymi analizami. Podczas rozprawy Zamawiający na pytanie członka składu orzekającego, czym kierował się ustalając wysokość ubezpieczenia, wyjaśnił jedynie, że kierował się wartością przedmiotu zamówienia, wysokością wymaganą w innych, mniejszych kontraktach, a także możliwością tworzenia konsorcjum, przy czym nie wskazał bardziej konkretnego uzasadnienia.

Pozostała argumentacja podniesiona przez Zamawiającego nie może zostać uznana za poprawną. Jakkolwiek w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaprzeczył, jakoby nie rozróżniał obowiązku wykazania się posiadaniem ubezpieczenia OC jako warunku udziału w postępowaniu, od obowiązku ubezpieczenia samego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy, to jego stanowisko prezentowane na rozprawie wskazuje na brak dostatecznego rozróżnienia tych kwestii. Próbuąc wykazać zasadność kwestionowanego warunku Zamawiający wskazywał na rozprawie na istotne ryzyko szkodowości w ramach przedmiotowego kontraktu, podając m.in., że działania wykonawcy, które mogłyby doprowadzić do zablokowania wejścia do toru wodnego, generowałyby bardzo duże koszty oraz uszkodzenie dużej jednostki generuje to koszt około 60 mln dolarów. Wyjaśnił również, że wymaga od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie ubezpieczenia na sumę nie niższą od Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (klauszula 18.2 Warunków Szczególnych Kontraktu), jednak jest to ubezpieczenie jedynie ryzyk budowlanych, a nie odszkodowań wobec osób trzecich (z wyjątkiem personelu wykonawcy i Zamawiającego). Powyższa argumentacja wskazuje, że określając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający kierował

się w znacznej mierze koniecznością ubezpieczenia ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu dotyczący ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej służy zweryfikowaniu wiarygodności finansowej wykonawcy, co należy odróżnić od ubezpieczenia ryzyk towarzyszących konkretnemu kontraktowi.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że już na etapie postępowania przetargowego konieczne było żądanie od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia OC na tak wysoką kwotę, kilkakrotnie przekraczającą standardowe ubezpieczenie wykonawców realizujących duże kontrakty budowlane. Skoro Zamawiający brał pod uwagę istotne ryzyko zaistnienia szkód przy realizacji kontraktu, zasadne było wprowadzenie odpowiedniego obowiązku dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, co zresztą Zamawiający uczynił. Mógł też w taki sposób określić obowiązki wykonawcy, by ubezpieczenie obejmowało szkody na osobach trzecich. Trudno natomiast dopatrzyć się uzasadnienia dla wymagania ubezpieczenia w celu zabezpieczenia ryzyk kontraktowych od wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, mimo braku jakiegokolwiek pewności po stronie tych wykonawców, że uzyskają zamówienie.

Tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie może usprawiedliwiać podniesiona przez Zamawiającego możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zsumowania zdolności wszystkich konsorcjantów. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że żądana kwota ubezpieczenia istotnie ogranicza konkurencję. Warunki udziału w postępowaniu – jak wskazano powyżej – muszą mieć na celu zapewnienie wyboru wykonawcy mającego odpowiedni potencjał, nie mogą natomiast, w oderwaniu od tego celu, wymuszać zawiązywania konsorcjów. Jeśli Zamawiający nie wykaże celowości określenia warunku udziału w postępowaniu na tak wysokim poziomie, to możliwość utworzenia konsorcjum nie powoduje, że warunek taki staje się zgodny z przepisami ustawy.

Podsumowując, Zamawiający opisał warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia OC w sposób ograniczający konkurencję (co zostało wykazane przez Odwołującego), nie wykazując jednocześnie zasadności takiego ograniczenia z punktu widzenia celów, jakim służą warunki udziału w postępowaniu. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp. Wobec nieprzedstawienia przez Zamawiającego konkretnych argumentów uzasadniających określoną kwotę wymaganego ubezpieczenia, Izba nakazała zmianę warunku w sposób wnioskowany przez Odwołującego.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 154/18 – powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego

„W ocenie Izby, jeżeli w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ znajdowała się deklaracja wykonawcy, że wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach podmiotów trzecich, wykonawca ten nie mógł po otwarciu ofert zmienić swojego oświadczenia i powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, przedkładając oświadczenie JEDZ tego podmiotu na zasobach którego polegał.

Należy zauważyć, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów powinno być zawarte w ofercie tj. być załączone do oferty. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o oświadczenia wykonawców składane na formularzu JEDZ. W omawianym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, która została udostępniona na jego stronie internetowej, a także ocenę Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ocenie Trybunału, wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających. Taką zmianę należy traktować jako istotną zmianę oferty. Kluczowe dla stanowiska Trybunału jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą podmiotową po stronie wykonawcy. Taki kierunek rozumowania wskazywała w swoich uwagach w tej sprawie także Komisja Europejska. Najpierw rzecznik generalny¹, a następnie Trybunał podzielili tę opinię.

Należy przyjąć, że od dnia 4 maja 2017 r. wykładni przepisu art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, jak również przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP, należy dokonywać zgodnie z tym orzeczeniem. Stanowisko, jakie Trybunał zajął w tej sprawie, zachowuje swoją aktualność również na gruncie dyrektywy 2014/24/UE (art. 56 ust. 3). Skutki wyroku ograniczają się do przypadków gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się na własnych zdolnościach, w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających powołuje się na zdolności podmiotów trzecich. W nowej dyrektywie 2014/24, w art. 63 dotyczącym polegania na zdolności innych podmiotów, określono wprost zasadę, że „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”, co zostało przeniesione wprost do krajowych przepisów w art. 22a ust. 6 ustawy, a więc ustawodawca wprost dopuścił możliwość zmiany podmiotowej w tak określonych warunkach. W okolicznościach niniejszej sprawy nie będzie miał zastosowania art. 22a ust. 6 ustawy pzp, gdyż przystępujący nie powoływał się przy złożeniu oferty w oświadczeniu JEDZ na zasoby podmiotów trzecich, a uczynił to dopiero na późniejszym etapie postępowania. Skoro wykonawca chciał powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, to powinien był to uczynić na etapie złożenia oferty, a nie na późniejszym etapie.

W konsekwencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czego skutkiem jest konieczność wykluczenia go z postępowania.

Powyższe ustalenie zasadności zarzutu legło u podstaw rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie odwoławczej.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

¹ opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka przedstawiona w dniu 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2016:899, pkt 30

Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2709/17 – zaangażowanie potencjału w inne przedsięwzięcia gospodarcze art. 22d ust. 2 ustawy Pzp

„Oceniając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę cel normy określonej art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, którym jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępność określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłoby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej.

Ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy i zależna od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Nie bez powodu norma art. 22d ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, dotyczy ona bowiem okoliczności, które mogą być zmienne w czasie, co do których nie zawsze możliwe jest ustalenie przesłanek jej zastosowania już w momencie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się oczywiście zdarzyć, że z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegóły dotyczące jego zaangażowania w realizację innych zadań, już w dacie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu możliwe jest ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny, nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel dla każdego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania. O ile istnieje

realna możliwość zapewnienia, że ten personel będzie mógł wykonywać zamówienie, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić oceniając potencjał wykonawcy. W niniejszej sprawie na dzień składania ofert członkowie personelu kluczowego: pan F.B. – wskazany do funkcji Kierownik Robót Drogowych i pan M. M. – wskazany do funkcji Kierownika Robót Mostowych, mieli przypisane funkcje w innym zadaniu. Nie można jednak pomijać okoliczności, że zadanie to, realizowane w formule „projektuj i buduj”, na dzień składania ofert w obecnie prowadzonym postępowaniu nie weszło jeszcze w fazę robót budowlanych, jak również tego, że na podstawie subklauzuli 6.8 Warunków Szczególnych Kontraktu dopuszczone były zmiany osób pełniących funkcje w tym zadaniu. Dodatkowo Odwołujący nie wykazał, aby w ramach tego zadania zastrzeżona była konieczność pracy przy tym kontrakcie na zasadzie wyłączności.

Biorąc powyższe pod uwagę nie można stwierdzić, że stan istniejący na dzień składania ofert dawał Zamawiającemu pewność co do wystąpienia negatywnego wpływu zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze na realizację niniejszego zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę zdarzenia, które nastąpiły na późniejszych etapach postępowania, a które spowodowały, że osoby przewidziane do pełnienia funkcji w niniejszym zadaniu nie są już zaangażowane w inne przedsięwzięcia, a w konsekwencji stanowią realnie dostępny potencjał wykonawcy. Nadmienić należy, że fakt zwolnienia tych osób z udziału w realizacji zadania Projekt i budowa drogi ekspresowej (...).”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18 – łączenie doświadczenia konsorcjantów

„Izba podkreśla, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. Jakkolwiek przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1-3 ustawy Pzp ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 23 ust. 5 ustawy Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia.

Jak wskazano powyżej dyspozycję art. 23 ust. 5 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od ustawowej reguły ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i jak każdy wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco. Ponadto jego zastosowanie powinno wynikać z okoliczności obiektywnie uzasadnionych szczególnie w kontekście charakteru zamówienia i proporcjonalności. Tymczasem zamawiający ani w przedłożonej dokumentacji przetargowej, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających czy też wyjaśniających zastosowanie przez niego tego wyjątku. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający próbował sygnalizować, że przy określeniu warunku, który jest jego

obowiązkiem i uprawnieniem zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, niemniej określenia te w kontekście przyjętej przez siebie konstrukcji warunku pozostawił gołosłowne. W żadnym zatem wypadku nie mogło to przekonać Izby, że zastosowanie tego wyjątku było w tej sytuacji proporcjonalne i uzasadnione.

Już sama konstrukcja warunku może doprowadzić do twierdzenia, że świadczenie będące jej przedmiotem jest podzielne. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca ma wykazać się należytych wykonaniem lub wykonywaniem jednej usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym świadczoną autobusami – w liczbie minimum 2 mln wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie jednego roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie trzech umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2136). Powyższe oznacza, że osiągnięcie zakładanego limitu wozokilometrów może nastąpić na podstawie maksymalnie trzech umów co oznacza, że można ją w tym zakresie podzielić i nie ma znaczenia czy będzie to jeden wykonawca, czy konsorcjum kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zsumowane w ten sposób doświadczenie niezależnie czy jednego wykonawcy, czy konsorcjum w ocenie Izby nie różni się pod względem przedmiotowym, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nie ma także znaczenia w tym przypadku aspekt organizacyjny, bo organizatorem publicznego transportu zbiorowego w tym przypadku jest zamawiający, a przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez niego. W związku z tym wykonawca – co słusznie zostało zakreślone w warunku – ma przede wszystkim wykazać się doświadczeniem w realizacji usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym świadczoną autobusami.

Reasumując w zakresie zasadności ww. zarzutu Izba podziela dotychczasowe stanowisko wyrażane zarówno przez samą Izbę jak i przez sądy powszechne (wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt XXIII GA 442/08; KIO z dnia 6 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 940/17, 943/17; KIO z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1902/17) w zakresie wykładni art. 23 ustawy Pzp i sprzeczności z tym przepisem treści SIWZ, która zmierzałaby do ograniczenia, bez szczególnego, obiektywnie uzasadnionego powodu, możliwości łączenia przez wykonawców swojego potencjału. Należy przy tym po raz kolejny podkreślić, że w niniejszej sprawie zamawiający nie wskazywał, aby taki szczególny, obiektywnie uzasadniony przypadek występował. Izba przyjęła zatem, że taki przypadek w niniejszej sprawie nie miał miejsca, a zatem określenie szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowanie nie było uzasadnione.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2522/17 – uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy

„W ocenie Izby podstawa uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, wskazująca jedynie na fakt odstąpienia od umowy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie odnosiła się – wbrew temu co twierdził Zamawiający – do przyczyn uzasadniających wykluczenie Odwołującego. W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca miał świadomość z rozwiązaniem jakiej umowy związane jest wykluczenie oraz czym kierował się Zamawiający składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy są niewystarczające przy obecnym brzmieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – regulującym fakultatywną przesłankę wykluczenia tzw. nierzetelnego wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym ostatnią nowelizacją wprowadzoną z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) w pierwszej kolejności winno zostać wykazane przez Zamawiającego – w ramach podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) i odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy nie wykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy.

Nadto jak wskazuje się w orzecznictwie odstąpienie od umowy nie tworzy żadnych domniemań związanych z kwestią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jak zostało wskazane w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r. (sygn. akt III CSK 288/06) Odstąpienie od umowy stanowi realizację uprawnień związanych z określonymi wypadkami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań z umów wzajemnych (art. 491-493 k.c.) i skuteczne odstąpienie od umowy stanowi w pewnym sensie potwierdzenie, że istotnie miał miejsce przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez drugą stronę. Sąd Najwyższy nie przez przypadek w uzasadnieniu odstąpił od kategorycznego stwierdzenia, że odstąpienie od umowy stanowi potwierdzenie nienależytego wykonania umowy, gdyż takiego skutku oświadczenie to nie wywołuje.

Tym samym wszystkie, istotne z punktu widzenia Zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, powinny znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w podstawie wykluczenia wykonawcy, tak aby wnosząc środek ochrony prawnej wykonawca posiadał pełną wiedzę, co do podstaw jego wykluczenia, tak aby przede wszystkim mógł do tych podstaw odnieść się składając odwołanie. Choć Zamawiający wskazywał, że pismo o odstąpieniu wymieniało około 50 przesłanek, które skłoniły Zamawiającego do tej decyzji, to trudno wyobrazić sobie, aby każdy z tych powodów był na tyle ważki, by spowodował tak restrykcyjne zachowanie Zamawiającego. Niewątpliwie powody, które doprowadziły do odstąpienia od umowy podlegały ze strony Zamawiającego pewnej gradacji. (...)

Zatem Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego, co do wykluczenia wykonawcy, wyłącznie w oparciu o uzasadnienie i podstawę wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 listopada 2017 r., nie odnosząc się do podstaw podniesionych w odpowiedzi na odwołanie oraz przywołanych przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie sprostął obowiązkom wynikającym z treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który w przypadku wykluczenia wykonawcy obliguje podmiot zamawiający do podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego. Powyższe wynika w szczególności powiązania tego przepisu z treścią normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, która w swojej hipotezie sankcję w postaci wykluczenia wiąże nie tylko z faktem odstąpienia od umowy, ale przede wszystkim z koniecznością wykazania, że doszło do niewykonania umowy lub, że doszło do jej nienależytego wykonania, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) a także odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zamawiający być może dokonał pewnych ustaleń w tym zakresie, jednak nie dopełnił obowiązku przedstawienia ich w ramach uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r. , sygn. akt KIO 2443/17, KIO 2445/17 – art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp

„(...) zauważyć należy, że ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska, nie odnosząc się zatem do konkretnego aktu prawnego, w tym obowiązującej w Polsce ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126). Ograniczenia w tym zakresie zresztą być nie mogło, skoro adresatem dyrektywy są wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, które w krajowych porządkach prawnych mogą posiadać lub nie, różnie brzmiące akty prawne w ww. zakresie.

Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp pojęcia „prawo ochrony środowiska” wyłącznie do aktu prawnego - ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, czy też w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania „prawo ochrony środowiska”, a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126), lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Częstochowie z dnia 12 października 2017 r., sygn. akt VI Ca 743/17 – wadium

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1337/17 - konkurs

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 3/2018

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 31.03.2018

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	30 649	5 757	36 406
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	7	56	63
O udzieleniu zamówienia	26 843	7 013	33 856
O konkursie	20	8	28
O wynikach konkursu	20	39	59
O zmianie ogłoszenia	10 812	4 338*	15 150
O zamiarze zawarcia umowy	643	264	907
O zmianie umowy	632	106	738
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	344	344
O profilu nabywcy	-	11	11
Razem	69 626	17 936	87 562
Koncesje			
O koncesji	4	1	5
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	2	0	2
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	0	0
O zawarciu umowy koncesji	3	0	3
O zmianie umowy koncesji	0	2	2
Razem	9	3	12

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	47,72%	11,07%	41,87%
Dostawy	29,15%	52,13%	32,82%
Usługi	23,13%	36,80%	25,31%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,39%	98,47%	99,25%
Przetarg ograniczony	0,21%	1,17%	0,36%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	0,22%	0,07%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,12%	0,03%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,33%	-	0,28%

Kryteria oceny ofert – BZP

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	1%	23%	11%	10%
Cena i inne kryteria	99%	77%	89%	90%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	10%	27%	19%	22%
Cena i inne kryteria	90%	73%	81%	78%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	133	0,91%
Dostawy	22	0,25%
Usługi	40	0,56%
Razem	195	0,64%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	16	0,11%
Dostawy	21	0,24%
Usługi	47	0,66%
Razem	84	0,27%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	1 126	7,70%
Dostawy	348	3,89%
Usługi	335	4,73%
Razem	1 809	5,90%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	13 707	93,72%
Dostawy	6 782	75,90%
Usługi	5 836	82,34%
Razem	26 325	85,89%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	16	0,11%
Dostawy	18	0,20%
Usługi	14	0,20%
Razem	48	0,16%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	30,04%	5,75%	25,01%
Dostawy	37,52%	43,26%	38,70%
Usługi	32,44%	50,99%	36,29%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	88,64%	87,36%	88,37%
Przetarg ograniczony	0,24%	2,27%	0,66%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	1,20%	0,29%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,14%	9,07%*	1,99%
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,09%	0,04%
Wolna ręka	9,05%	-	7,18%
Zapytanie o cenę	1,51%	-	1,20%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,01%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,33%	-	0,26%

* - w tym wolna ręka

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	3,00	1,56
Dostawy	2,09	1,31
Usługi	2,27	1,36
Średnio	2,29	1,38

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,15%
Administracja rządowa terenowa	2,75%
Administracja samorządowa	39,78%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	6,13%
Podmiot prawa publicznego	14,03%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,10%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	3,03%
Inny	32,03%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	11,26%	26,10%	62,64%
Administracja rządowa terenowa	13,43%	36,41%	50,16%
Administracja samorządowa	44,10%	18,88%	37,02%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	25,55%	43,88%	30,57%
Podmiot prawa publicznego	9,87%	61,08%	29,05%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	44,12%	35,29%	20,59%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	13,37%	32,59%	54,05%
Inny	10,78%	54,19%	35,03%

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

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	82,52	0,31	0,00	0,31	0,00	15,95	0,61	0,00	0,31
Administracja rządowa terenowa	75,78	3,99	0,00	0,00	0,00	16,40	2,51	0,00	1,33
Administracja samorządowa	89,73	0,11	0,02	0,04	0,02	8,58	0,93	0,00	0,58
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	89,48	0,10	0,05	0,00	0,10	7,16	3,02	0,00	0,10
Podmiot prawa publicznego	88,72	0,13	0,03	0,03	0,03	10,00	1,06	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	94,12	0,00	0,00	0,00	0,00	2,94	2,94	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	92,06	0,00	0,00	0,00	0,00	7,94	0,00	0,00	0,00
Inny	88,04	0,22	0,13	0,38	0,01	9,02	2,14	0,00	0,06

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	2	2 x usługi	400 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Czechy	3	1 x dostawy 2 x usługi	19 797 225 EUR
Francja	1	1 x dostawy	898 000 EUR
Litwa	2	2 x dostawy	22 906 000 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	6 500 000 EUR
Niemcy	4	1 x roboty budowlane 2 x dostawy 1 x usługi	1 508 561 EUR
Szwecja	3	2 x dostawy 1 x usługi	2 988 436 EUR
Węgry	5	3 x dostawy 2 x usługi	2 243 937 EUR
Włochy	1	1 x usługi	brak danych
Razem	22	1 x roboty budowlane 11 x dostawy 10 x usługi	57 242 159 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			2	5 797 490					2	5 797 490
Belgia			6	1 162 350					6	1 162 350
Bułgaria			4	9 701 325					4	9 701 325
Czechy			15	60 416 084	3	39 895 498			18	100 311 583
Cypr			1	40 889 300					1	40 889 300
Francja			3	1 789 700	7	54 492 221			10	56 281 921
Hiszpania	1	54 367 899	2	3 018 190	3	74 937 525			6	132 323 614
Holandia			5	64 115 470	2	4 845 419			7	68 960 889
Irlandia			40	5 106 772	2	829 812			42	5 936 584
Lichtenstein			1	b.d.					1	b.d.
Litwa			1	618 000					1	618 000
Luksemburg					1	62 519 650			1	62 519 650
Niemcy	1	44 000 000	16	59 768 056	10	73 305 029			27	177 073 086
Norwegia			1	2 490 000					1	2 490 000
Rumunia			1	167 133 000					1	167 133 000
Słowacja			1	1 564 285	1	1 740 000			2	3 304 285
Szwajcaria			8	6 481 733	2	2 461 565			10	8 943 298
Szwecja			5	87 199 300					5	87 199 300
Turcja			1	b.d.					1	b.d.
USA					4	7 782 644			4	7 782 644
Węgry			1	566 570					1	566 570
Wielka Brytania			35	21 467 454	8	118 726 073			43	140 193 527
Włochy			2	1 036 985 716	3	22 275 353			5	1 059 261 069
Razem	2	98 367 899	151	1 576 270 796	46	463 810 790	0	0	199	2 138 449 485

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	82	
Zakończone	87	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	35	40%
Nie stwierdzono naruszeń	28	32%
Stwierdzono naruszenia	24	28%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	0	0%
zalecenie usunięcia naruszeń	5	21%
zalecenie usunięcia naruszeń	19	79%
naruszenia formalne (bez zaleceń)		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	14	
Zakończone	8	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	1	12,5%
Brak naruszeń	1	12,5%
Stwierdzono naruszenia	6	75%
W tym: zawiadomienie RDFP	0	-

Kontrole doraźne zawiadomień

(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do Prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	2	
Zakończone	2	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	2	100%
w tym:		
uchybień formalne	2	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	1	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	53	
Zakończone	54	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	16	30%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	617	
Rozpatrzone ogółem	613	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	46	8%
Odrzucone	14	2%
Umorzone postępowanie	104	17%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	92	15%
Oddalone	191	31%
Uwzględnione	166	27%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2018 r.	2017 r.
Roboty budowlane	24%	24%
Dostawy	31%	31%
Usługi	45%	45%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2018 r.	2017 r.
Liczba wniesionych skarg	53	60
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	9%	9%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

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

KONTAKT:

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