

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Luty 2013 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.

NOWELIZACJA USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

➤ Wejście w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi	2
1. Definicje „roboty budowlanej” i „obiektu budowlanego”	4
2. Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp.....	14
3. Zmiany w katalogu przesłanek wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu .	33
4. Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego	42
5. Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych	48
6. Zakres przedmiotowy i podmiotowy stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	60
7. Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne.....	78
8. Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	103
9. Katalog przesłanek umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienia postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	117
10. Pozostałe zmiany w Prawie zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	124
11. Orzecznictwo ETS odnoszące się do nowelizacji ustawy Pzp	140

NOWELIZACJA USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

➤ Wejście w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi

W dniu 20 lutego 2013 r. wchodzi w życie ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych służy wdrożeniu do polskiego prawa postanowień dyrektywy obronnej 2009/81/WE, koordynującej procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz niektórych postanowień dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, dyrektywy sektorowej 2004/17/WE i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Rządowy proces legislacyjny prac nad nowelizacją ustawy Prawo Zamówień Publicznych znajduje się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych

(<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1701>)

oraz Rządowego Centrum Legislacji

(<http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/20055>)

[Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi](#)

W wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych zostały także zmienione rozporządzenia do ustawy Pzp.

Rozporządzenia opublikowane w Dzienniku Ustaw:

1. [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 03 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych \(Poz. 1372\).](#)
2. [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 03 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa \(Poz. 1361\)](#)
3. [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 03 grudnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest](#)

[uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej \(Poz. 1360\)](#)

Projekty rozporządzeń skierowane na Komitet Stały Rady Ministrów:

1. [Projekt Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane](#)
2. [Projekt Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych](#)
3. [Projekt Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań](#)

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych dostępna jest także publikacja wydana przez Urząd, poświęcona zamówieniom w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w której oprócz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE zawarto również komunikaty i noty wyjaśniające Komisji Europejskiej dot. dyrektywy obronnej (publikacja: [Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa](#))

1. Definicje „roboty budowlanej” i „obiektu budowlanego”

1. Wprowadzenie

Nowelizacja ustawy *Prawo zamówień publicznych*¹ (dalej: Pzp) wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. *o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*² wprowadza dwie grupy przepisów. Oprócz regulacji wprowadzających na grunt prawa polskiego przepisy *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE*³ (tzw. dyrektywa obronna) ustawa wprowadza również zmiany, które wychodząc poza implementację dyrektywy obronnej, **mają na celu pełne dostosowanie polskich przepisów w zakresie zamówień publicznych do regulacji europejskich** wynikających z dyrektywy 2004/18/WE⁴ (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz z dyrektywy 2004/17/WE⁵ (tzw. dyrektywa sektorowa), jak również **uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości**.

Pośród takich rozwiązań wprowadzonych nowelizacją z dnia 12 października 2012 r., można wymienić m.in. wprowadzenie dialogu technicznego, czy też modyfikację definicji „robót budowlanych” oraz „obiektu budowlanego”. Temu ostatniemu zagadnieniu poświęcone jest niniejsze opracowanie.

¹ Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386, Nr 240, poz. 1429, z 2012 r. poz. 769.

² Dz. U. z 2012 r., poz. 1271.

³ Dz. U. UE L 216 z dn. 20.08.2009 r., str. 76.

⁴ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114).

⁵ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 1).

2. Definicja robót budowlanych i obiektu budowlanego w prawie europejskim

Zgodnie z definicją „**robót budowlanych**” ujętą w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE i odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE, zamówienia na roboty budowlane oznaczają **zamówienia, których przedmiotem jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I (w przypadku dyrektywy 2004/18/WE) i w załączniku XII (w odniesieniu do dyrektywy 2004/17/WE) lub obiektu budowlanego, albo też realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą.**

Jak wskazano w definicji, pod pojęciem „**obiekt budowlany**” należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Zgodnie z тезami prezentowanymi w literaturze⁶, uwzględnienie możliwości włączenia prac projektowych w zakres zamówienia na wykonanie prac budowlanych oznacza, że zamówienia typu „projekt i budowa” mogą spełniać warunki definicji, np. zamówienia obejmujące zaplanowanie i sfinansowanie projektu, jak również jego realizację. W przypadkach, w których zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zlecałoby się osobno, usługi projektowe byłyby usługą priorytetową (kategoria 12) lub mogłyby być zlecane w drodze konkursu.

Druga część definicji, odnosząca się do pojęcia „obiekt budowlany” rozumianego jako wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, mogący samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną jest, w opinii doktryny⁷, szczególnie trafna w kontekście realizacji robót budowlanych za pomocą dowolnych środków oraz z punktu widzenia potrzeby oszacowania wartości zamówienia, i w konsekwencji podjęcia decyzji, czy pojedyncze zapotrzebowanie na roboty budowlane nie zostało podzielone na mniejsze zamówienia w celu obniżenia wartości szacunkowej do wartości poniżej progów określonych w dyrektywach.

⁶ Por. P. Trepte „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną”, PHARE 2002/000-580.02.03, Warszawa – Katowice 2006, str. 26.

⁷ Ibid.

Ponadto, jak wskazał Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁸ z art. 1 lit. c) dyrektywy wynika, że **istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych**⁹.

3. Definicja robót budowlanych i obiektu budowlanego w Pzp

W ustawie Prawo zamówień publicznych - w brzmieniu sprzed nowelizacji z 12 października 2012 r. - definicja „robót budowlanych” znajdująca się w art. 2 ust. 8 Pzp wskazywała, że jako *„roboty budowlane” należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego*. Powyższa definicja - odwołująca się do zakresu regulacji ujętej w ustawie Prawo budowlane - budziła pewne wątpliwości interpretacyjne w kontekście regulacji zawartych w dyrektywie klasycznej i sektorowej.

W celu zapewnienia pełnej kompatybilności polskich regulacji w zakresie definicji robót budowlanych ujętej w Pzp z definicją pochodzącą z prawa unijnego, ustawodawca zdecydował się na zmianę definicji zawartej w ustawie.

4. Definicje

Zgodnie z nowymi definicjami, wprowadzonymi na grunt prawa polskiego nowelizacją z dnia 12 października 2012 r., ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o:

- **„obiekcie budowlanym”** – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 ust. 5d Pzp);
- **„robotach budowlanych”** – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

⁸ Orzeczenie C-220/05 z dnia 18 stycznia 2007 r., pkt 41.

⁹ Zob. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, pkt 26.

Zgodnie natomiast z art. 2c Pzp – „Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wykaz robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień *dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* oraz *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*”.

Nowelizacja ustawy Pzp wprowadziła zatem **legalną definicję „obiektu budowlanego”** oraz **nowe upoważnienie ustawowe do wydania rozporządzenia** określającego wykaz robót budowlanych zgodny z wykazem wprowadzonym przez dyrektywy w sprawie zamówień publicznych.

Wprowadzone elementy pozwalają na **odejście od definiowania pojęć „obiektu budowlanego” oraz „robót budowlanych” w oparciu o definicje zawarte w ustawie Prawo budowlane** oraz powiązanie ich znaczenia z regulacjami ujętymi w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE. Wprowadzenie nowej definicji robót budowlanych było konieczne z uwagi na fakt, że pojęcie robót budowlanych w rozumieniu dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych stanowi **autonomiczne pojęcie prawa unijnego**, a zatem nie może podlegać ocenie z punktu widzenia jego zgodności z ustawą Prawo budowlane (ani z żadną inną ustawą wprowadzającą definicje oderwane od siatki pojęciowej regulowanej przepisami dyrektyw w sprawie zamówień publicznych), ani nie może być dostosowywane do definicji już obowiązujących na gruncie prawa krajowego. Ponadto, dokonując implementacji szczegółowych załączników do ww. dyrektyw, ustawodawca krajowy miał bardzo ograniczony margines swobody i w celu uniknięcia zarówno wątpliwości interpretacyjnych musiał dokonać literalnego przeniesienia zapisów załączników do prawa krajowego.

5. Rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych

Realizacją upoważnienia ustawowego do wydania rozporządzenia wprowadzającego wykaz robót budowlanych, o których mowa w art. 2 ust. 8 Pzp, jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r.¹⁰, które w swym załączniku **zawiera wykaz działalności będących w świetle prawa unijnego robotami budowlanymi** i które pozostaje spójne z

¹⁰ Dziennik Ustaw z 2012 r., poz. 1372.

załącznikiem I do dyrektywy 2004/18/WE, załącznikiem XII dyrektywy 2004/17/WE oraz z definicją „zamówień na roboty budowlane” ujętą w art. 1 pkt 3 dyrektywy 2009/81/WE¹¹.

Celem wprowadzenia takiej regulacji była, jak wspomniano powyżej, **potrzeba zapewnienia precyzyjnego oraz spójnego z postanowieniami dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, zakresów powyższych pojęć**. Było to szczególnie istotne z punktu widzenia konieczności uniknięcia rozbieżności interpretacyjnych pojawiających się pomiędzy definicjami zawartymi w prawie polskim, a prawie europejskim (w znaczeniu regulacji ujętych w dyrektywach UE).

Konieczność wyeliminowania wspomnianych rozbieżności interpretacyjnych pozostawała szczególnie istotna z uwagi na **odmienne wysokości kwot wartości zamówień dla robót budowlanych oraz usług**, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (tzw. progii unijne).

Od 20 lutego 2013 r.¹² Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dotyczące zamówień przekazuje się, jeżeli wartość zamówień:

- 1) udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 130 000 euro - dla dostaw lub usług;
 - b) **5 000 000 euro - dla robót budowlanych;**
- 2) udzielanych przez zamawiających innych niż określeni w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 200 000 euro - dla dostaw lub usług;

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające działające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE; Dz. U. UE L 216 z dn. 20.08.2009 r., str. 76.

¹² Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz. U. UE L 319 z dn. 2.12.2011 r., str. 43). Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 stycznia 2012 r.

- b) **5 000 000 euro - dla robót budowlanych;**
- 3) sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 400 000 euro - dla dostaw lub usług;
 - b) **5 000 000 euro - dla robót budowlanych;**
- 4) udzielanych przez zamawiających w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 400 000 euro - dla dostaw lub usług;
 - b) **5 000 000 euro - dla robót budowlanych.**

Jak wskazuje powyższe, **niezwykle istotne jest prawidłowe zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia do kategorii „usługi”, „dostawy” lub „roboty budowlane”**. W celu uwzględnienia postanowień dyrektyw klasycznej, sektorowej i obronnej, ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w rozporządzeniu wykazu działalności, które mogą zostać zakwalifikowane jako „roboty budowlane”.

Załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 roku w sprawie wykazu robót budowlanych zawiera zestawienie działalności zawodowych, w pełni zgodne z załącznikiem I do dyrektywy 2004/18/WE i załącznikiem XII do dyrektywy 2004/17/WE oraz **odpowiadających NACE¹³**, czyli statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej w Unii Europejskiej. Załącznik podaje dla każdego kodu NACE jego odpowiednik w nomenklaturze CPV¹⁴.

W przypadku różnic interpretacyjnych pomiędzy CPV a NACE należy zastosować nomenklaturę NACE¹⁵.

¹³ NACE – fr. *Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne* - Statystyczna Klasyfikacja Działalności Gospodarczych w Unii Europejskiej. Oznaczenia zostały przyjęte w rozporządzeniu (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniające rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz. U. UE L 393 z dn. 30.12.2006 r., str. 1).

¹⁴ CPV – ang. *Common Procurement Vocabulary* – Wspólny Słownik Zamówień. Słownik został przyjęty w rozporządzeniu Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV.

¹⁵ Por. art. 1 ust. 14 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 1 ust. 13 dyrektywy 2004/17/WE.

Dział 45 wg nomenklatury NACE – „Roboty budowlane” obejmuje następujące grupy, a w nich klasy działalności:

- a) Grupa 45.1 – Przygotowanie terenu pod budowę
 - Klasa 45.11 – Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne;
 - Klasa 45.12 – Próbne wiercenia i wykopy;
- b) Grupa 45.2 – Roboty budowlane w zakresie wnoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części; roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej
 - Klasa 45.21 – Budownictwo ogólne oraz inżynieria lądowa i wodna;
 - Klasa 45.22 – Wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych;
 - Klasa 45.23 – Roboty budowlane w zakresie budowy autostrad, dróg, lotnisk i obiektów sportowych;
 - Klasa 45.24 – Budowa obiektów inżynierii wodnej;
 - Klasa 45.25 – Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane;
- c) Grupa 45.3 – Wykonywanie instalacji budowlanych
 - Klasa 45.31 – Roboty związane z montażem instalacji elektrycznych i osprzętu;
 - Klasa 45.32 – Roboty izolacyjne;
 - Klasa 45.33 – Wykonywanie instalacji cieplnych, wodnych, wentylacyjnych i gazowych;
 - Klasa 45.34 – Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych;
- d) Grupa 45.4 – Wykończeniowe roboty budowlane
 - Klasa 45.41 – Tynkowanie;
 - Klasa 45.42 – Zakładanie stolarki budowlanej;
 - Klasa 45.43 – Roboty związane z wykładaniem podłóg i ścian;
 - Klasa 45.44 – Roboty malarskie i szklarskie;
 - Klasa 45.45 – Roboty budowlane wykończeniowe, pozostałe;
- e) Grupa 45.5 – Usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską
 - Klasa 45.50 – Usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń.

Powyższe rozwiązanie, polegające na **zastosowaniu terminologii zgodnej z nazewnictwem przyjętym w załączniku do dyrektywy klasycznej oraz dyrektywy sektorowej** służy zapewnieniu zgodnego z prawem unijnym opisywania i szacowania wartości zamówień

publicznych przez zamawiających. Wprowadzone rozwiązanie **pozwoli na uniknięcie rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy przepisami prawa polskiego i unijnego.**

Przyjęcie takiego, opartego na załącznikach do dyrektywy klasycznej i sektorowej, rozwiązania ma duże znaczenie **w przypadku projektów unijnych**, w których kwestia prawidłowego ustalenia wartości zamówienia oraz zakaz sztucznego dzielenia zamówienia na części podejmowanego w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp, a tym samym zasad płynących z dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, jest przedmiotem szczególnej uwagi audytorów unijnych oraz Komisji Europejskiej. Wobec powyższego, szczególnie ważne jest aby definicje ujęte w prawie krajowym pokrywały się z definicjami wprowadzonymi na poziomie prawa unijnego. Rozbieżności spowodowane wprowadzeniem w aktach krajowych terminologii odmiennej od tej wymaganej prawem unijnym, narażają na uznanie, przez kontrolujących, danych wydatków jako niekwalifikowanych, a tym samym na nałożenie korekty finansowej i utratę przez zamawiających dofinansowania unijnego.

Ucinając wątpliwości jakie mogą pojawić się podczas porównania definicji „robót budowlanych” i „obiektu budowlanego” w brzmieniu wprowadzonym nowelizacją z definicjami ujętymi w innych krajowych aktach prawnych (ustawa Prawo budowlane) należy podkreślić, że załącznik zawierający wykaz robót budowlanych, wprowadzony do prawa polskiego omawianym rozporządzeniem, ma zastosowanie **wyłącznie na gruncie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.** Oznacza to **oderwanie pojęcia zakresu przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane od definicji znajdujących się w innych krajowych aktach prawnych, w szczególności w ustawie Prawo budowlane.** A zatem, przedmiotowy załącznik nie będzie miał zastosowania do uregulowanych w Prawie budowlanym kwestii związanych np. z wydawaniem decyzji administracyjnych w budowlanym procesie inwestycyjnym. W efekcie, **nowe definicje „robót budowlanych” i „obiektu budowlanego” nie będą miały wpływu na rozumienie tych pojęć w innych aktach normatywnych zawierających ich definicję oraz na interpretację przepisów budowlanych, czy też przepisów dotyczących podatków oraz kwalifikowania wydatków.** Takie rozwiązanie, polegające na przeniesieniu na grunt prawa polskiego definicji wprowadzonych dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, powodowane jest koniecznością wdrożenia rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu robót budowlanych dyrektyw 2004/17/WE, 2004/18/WE oraz 2009/81/WE.

Należy ponadto podkreślić, że wykaz robót budowlanych ujęty w przedmiotowym rozporządzeniu odnosi się **do wszystkich zamówień publicznych na roboty budowlane**, w tym **także do zamówień w dziedzinach bezpieczeństwa i obrony**.

Zgodnie z art. 1 pkt 3 dyrektywy 2009/81/WE, *zamówienia na roboty budowlane oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest albo wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z działań określonych w dziale 45 CPV lub obiektu budowlanego albo realizacja, z za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą (podmiot zamawiający). Terminem „obiekt budowlany” określa się wynik całości robót w zakresie budownictwa lub inżynierii, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.*

Ponadto, zgodnie z motywem 19 preambuły do dyrektywy 2009/81/WE, *zamówienia na usługi mogą, w pewnych przypadkach, obejmować roboty budowlane. Jednakże o ile takie roboty budowlane mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane.*

Jak wskazuje powyższe, dyrektywa 2009/81/WE nie zawiera załącznika w zakresie wykazu robót budowlanych, zawiera natomiast w art. 1 pkt 3 odesłanie do działu 45, który od kodu 45000000-7 („roboty budowlane”) do kodu 45520000-8 włącznie („wynajem koparek wraz z obsługą operatorską”) określa zakres pojęcia „roboty budowlane”.

Wykaz robót ujęty w załączniku do rozporządzenia odzwierciedla zakres zastosowania art. 1 pkt 3 dyrektywy 2009/81/WE i – jak wspomniano powyżej – **znajduje zastosowanie również do robót budowlanych w dziedzinach bezpieczeństwa i obrony**.

6. Podsumowanie

Podsumowując rozważania dotyczące nowych definicji pojęć „roboty budowlane” i „obiekt budowlany”, należy wskazać że terminologia wprowadzona w wyniku nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi **jest w pełni zgodna z regulacjami ujętymi w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych** (2004/18/WE, 2004/17/WE oraz 2009/81/WE). Przyjęcie rozwiązania polegającego na odwołaniu się do wykazu działalności, które mogą zostać uznane za roboty budowlane miało na celu wyeliminowanie dotychczas pojawiających się wątpliwości interpretacyjnych oraz

zapewnienie pełnej harmonizacji rozwiązań funkcjonujących na gruncie prawa polskiego z wymogami nałożonymi ustawodawstwem unijnym w zakresie zamówień publicznych.

2. Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp

1. Wstęp

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), zwana dalej „ustawą nowelizującą”, wprowadziła nowy przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia (art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp).

Wprowadzenie powyższego rozwiązania do ustawy Pzp wynikało przede wszystkim ze zgłaszanej potrzeby wzmocnienia mechanizmu weryfikacji wykonawców pod kątem zapewnienia właściwej realizacji zamówień publicznych. Zapewnienie należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym ograniczenie ryzyka związanego z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego leży nie tylko w interesie zamawiającego, ale przede wszystkim w interesie publicznym ze względu na fakt, iż poprzez realizację zamówienia publicznego zaspakajane są często potrzeby o charakterze powszechnym. Stąd też sprawna i niezakłócona realizacja zamówienia publicznego wpływa na zakres i poziom zaspakajania tych potrzeb.

2. *Ratio legis* wprowadzenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp

Istota wprowadzenia przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp sprowadza się do wyraźnego podkreślenia celu, jakiemu służyć mają warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, a mianowicie zapewnieniu wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

Do tej pory ustawa Pzp nie wskazywała celu jakiemu mają służyć warunki udziału w postępowaniu. Dotychczas obowiązujące w tym zakresie przepisy zostały przyjęte jeszcze w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1994 r. Nr 76 poz. 344), dlatego też można wskazać, iż system weryfikacji wykonawców opierał się na

zasadach wypracowanych jeszcze w I połowie lat 90 – tych. Wypracowane wówczas zasady weryfikacji i praktyka nie uwzględniały zasadniczego celu badania wykonawców, skupiając się na jego czysto formalno – prawnym aspekcie. Zamawiający dokonując oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jedynie od strony formalnej, często ograniczali się wyłącznie do weryfikacji, na zasadzie „spełnia/nie spełnia”, faktu złożenia przez wykonawcę dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu¹⁶. Wskazana praktyka dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pomija jednak zasadniczy cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wiarygodnego, dającego gwarancję należytego wykonania umowy. Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jedynie badanie dokumentów w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie czy w ich świetle wykonawca spełnia minimalne wymagania zamawiającego. Poprzez badanie wykonawcy i jego dotychczasowych dokonań oraz dostępnego mu potencjału zamawiający winien bowiem dokonywać oceny co do jego przyszłej zdolności do wykonania zamówienia publicznego. Warto przy tym podkreślić, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale przede wszystkim wybór wykonawcy, który tę ofertę złożył. Powyższe wynika jednoznacznie z definicji legalnej zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, zgodnie z którą przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (...). Dlatego też, nie mniej ważnym od wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej jest wybór wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i który zagwarantuje realizację umowy na warunkach określonych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie można również pomijać faktu, iż większość zamawiających, poza regulacjami zawartymi w ustawie Pzp, podlega także m.in. przepisom ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). W świetle ww. ustawy, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione oraz

¹⁶ J. Sadowy „Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych”, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2012, str. 21

oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów. Celowe i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi nie może jednak prowadzić do obniżenia standardów uzyskiwanych świadczeń. Wydatkowanie środków publicznych powinno bowiem następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach.

Wprowadzenie art. 22 ust. 5 do przepisów ustawy Pzp związane jest również z profesjonalnym charakterem obrotu prawnego regulowanego przepisami ustawy Pzp. Zakwalifikowanie wykonawców do grupy profesjonalistów pociąga za sobą ważne konsekwencje, gdyż od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych działań. Odwołując się do pojęcia profesjonalizmu w obrocie prawnym, należy przytoczyć regulację przepisu art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwanej dalej „Kodeksem cywilnym”, zgodnie z którym należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powołany w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego poziom wymagań jest wyższy od przeciętnego, albowiem ustawa zakłada, że podmiot gospodarczy dopełniając czynności związanych z zamierzonym prowadzeniem działalności gospodarczej składa jednocześnie zapewnienie o spełnieniu wszystkich warunków wymaganych w obowiązujących przepisach do prowadzenia takiej działalności gospodarczej, gdyż to właśnie sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności¹⁷. Przez należyta staranność, o której mowa w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należy rozumieć określony sposób postępowania dłużnika mający prowadzić do spełnienia świadczenia. Prowadzenie przez dłużnika działalności profesjonalnej uzasadnia bowiem zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. W zakresie zobowiązań umownych prymat należy przyznać oczekiwaniom kierowanym pod adresem dłużnika ze względu na treść i przedmiot zobowiązania¹⁸. W kontekście powyższego należy zauważyć, iż należyte wykonanie zobowiązania stanowi podstawowy obowiązek wykonawcy, któremu zostało udzielone zamówienie, a podstawowym interesem zamawiającego jest realizacja zamówienia

¹⁷ uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1990 r., sygn. akt: III CZP 67/90, LEX 3625

¹⁸ E. Gniewek Kodeks cywilny. Komentarz, rok wydania: 2010, Wydawnictwo: C.H. Beck, Wydanie: 4, System Informacji Prawnej Legalis

publicznego, czyli uzyskanie świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania, tj. umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. Sposób stosowania art. 22 ust. 5 ustawy Pzp

By zrozumieć i w sposób właściwy zastosować przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp w pierwszej kolejności sięgnąć należy do norm prawa europejskiego.

Zgodnie z motywem 39 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 (zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”), weryfikacja predyspozycji wykonawców i ich kwalifikacja powinna mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji wykonawców oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełniły wymagane kryteria. W celu zapewnienia przejrzystości postępowania, niezwłocznie po jego wszczęciu instytucja zamawiająca powinna wskazać kryteria kwalifikacji, które będzie stosowała i szczególnie poziom kompetencji, jakiego może ona żądać w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w procedurze udzielania zamówień.

Z kolei w świetle art. 44 ust. 1 dyrektywy klasycznej „zamówień udziela się (...) po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych (...)”. Ponadto, na podstawie art. 44 ust. 2 dyrektywy instytucje zamawiające mogą żądać od wykonawców spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, kwalifikacji technicznych i zawodowych a więc wiedzy, potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej, zdolność wykonawców może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. W tym miejscu warto podkreślić, iż regulacja ta umiejscowiona została w przepisie poświęconym kwalifikacjom technicznym i zawodowym, a więc odnosi się co do zasady do art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie zatem z normami dyrektyw, zamawiający bada predyspozycje (zdolność) wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na podstawie kryteriów dotyczących sytuacji finansowej, wiedzy, możliwości zawodowych i technicznych. W tym zakresie

zamawiający prócz kryteriów mogą żądać spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności. Kryteria i wymagania w zakresie wiedzy, możliwości zawodowych i technicznych (ale nie sytuacji finansowej i ekonomicznej) mogą dotyczyć kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Kryteria weryfikacji predyspozycji wykonawcy i określenie wymagań dotyczących minimalnych jego zdolności muszą mieć charakter przejrzysty.

Odnosząc powyższe do ustawy Pzp, a szczególnie mając na względzie nowy przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, można wskazać, iż:

- a. Celem warunków i ich opisu jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego w SIWZ.
- b. Zamawiający może w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określać kryteria weryfikacji predyspozycji wykonawcy i określać wymagania dotyczące minimalnych jego zdolności w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. W sprawach 27-29/86 *CEI i Bellini* Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał za dopuszczalną możliwość weryfikowania wykonawcy w oparciu o zakres zobowiązań realizowanych przez niego równocześnie. Trybunał wskazał, że łączna wartość zamówień na roboty budowlane udzielonych danemu wykonawcy może być użytecznym czynnikiem przy ustalaniu kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w odniesieniu do jego przyszłych obowiązków (w trakcie wykonywania zobowiązań umownych). Innymi słowy, zamawiający może dokonywać oceny zdolności finansowej wykonawcy przez pryzmat zaciągniętych przez niego zobowiązań finansowych, związanych z realizacją wielu przedsięwzięć równocześnie, co z kolei ma zapobiegać podejmowaniu się przez indywidualnych wykonawców realizacji zamówień wykraczających poza ich możliwości. W kontekście powyższego, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp stanowić ma instrument dzięki któremu zamawiający będzie uprawniony do badania różnych aspektów działalności zawodowej wykonawcy, w tym jego renomy.
- c. Spełnianie warunków wiedzy, zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp) może być oceniane poprzez kryteria i wymagania odnoszące się do jego kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. wydanym w sprawie prejudycjalnej C- 465/11 *Forposta i ABC Direct Contact* wskazał, iż nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, może być brane pod uwagę przy ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia świadcząc o

jego niższych kompetencjach zawodowych. W ocenie Trybunału, niewykonywanie zobowiązań umownych może stanowić zatem kryterium weryfikacji predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jako świadczących o jego niższym poziomie kompetencji, a ocena kompetencji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia powinna zostać poprzedzona zindywidualizowaną oceną jego sytuacji podmiotowej. Tym samym, Trybunał potwierdził, iż rzetelność może stanowić kryterium służące ocenie sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

- d. Kryteria weryfikacji i wymagania dotyczące minimalnych zdolności wykonawcy dokonane w opisie sposobu oceny spełniania warunków muszą mieć charakter przejrzysty, a więc powinny być znane wykonawcy od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu powinny zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.
- e. Kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków powinny być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.
- f. Ustawa Pzp jak i dyrektywa klasyczna nie wymaga, by kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków musiały zostać wyrażone liczbowo, mogą mieć one zatem charakter przesłanek lub wytycznych, które zamawiający przyjmie przy weryfikacji informacji zawartych w dokumentach złożonych przez wykonawcę.
- g. Jeżeli wykonawca nie wykazał odpowiedniego poziomu wiedzy, potencjału technicznego, osobowego i finansowego wskazującego na jego zdolność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, przesłankę wykluczenia wykonawcy stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a więc nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Warto zwrócić uwagę, iż katalog kryteriów za pomocą których zamawiający będzie oceniał zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jest katalogiem otwartym, o czym przesądza użyty w przepisie zwrot „w szczególności”. Nie ulega wątpliwości, iż możliwość kierowania się kryteriami o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosi się

do wszystkich zamówień na usługi oraz roboty budowlane a w przypadku dostaw dotyczy szczególnie świadczeń związanych z instalacją lub rozmieszczeniem.

Z zasady prymatu wykładni literalnej wynika, iż dokonując interpretacji przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp należy sięgnąć do znaczenia użytych w jego treści wyrażen.

Zgodnie z literalnym znaczeniem „rzetelny” to „1. «wypełniający należycie swe obowiązki» 2. «taki, jaki powinien być, odpowiadający wymaganiom» 3. «zgodny z prawdą, wiarygodny»»¹⁹. Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy wyłonionego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności związany z profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią. W związku z powyższym, niewywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych zobowiązań może być oceniane w aspekcie nieposiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę do realizacji danego zamówienia publicznego, gdyż aspekt wiedzy i doświadczenia powinien być analizowany nie tylko w kontekście należycie wykonanych zobowiązań potwierdzonych stosownymi dokumentami, ale również zamówień nienależycie zrealizowanych, które podważają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warto bowiem podkreślić, iż samo wykazanie przez wykonawcę dysponowania wymaganym potencjałem w oderwaniu od innych aspektów wykonywanej przez niego działalności gospodarczej nie daje gwarancji należytego wykonania zobowiązania.

„Efektywność”, zgodnie z literalnym znaczeniem, to dawanie dobrych wyników, wydajność²⁰. Poprzez kryterium „efektywności”, o której mowa w art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, zamawiający może zatem uwzględniać m.in. efekty dotychczasowej realizacji zamówienia publicznego wynikające np. z organizacji pracy wykonawcy, użytej przy realizacji zamówienia technologii, czy też przyjętego sposobu zarządzania przedsięwzięciem. Innymi słowy, poprzez kryterium efektywności zamawiający będzie mógł badać potencjał, jakim wykonawca dysponuje, a także niezawodność i sprawność dotychczas realizowanych przez wykonawcę zamówień. W ten sposób zamawiający będzie w stanie ocenić, czy wykonawca zapewni efektywność realizacji zamówienia, o udzielenie którego się ubiega.

Z uwagi na ramowy charakter przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zamawiający posiada uprawnienie do podania kryteriów, którymi będzie się kierował przy

¹⁹ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/rzetelnosc>

²⁰ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/efektywnosc>

badaniu wykonawcy pod kątem spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, a także dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ich spełnienia w świetle kryteriów, o których mowa w zdaniu drugim art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i pozostawać z nim w związku. Powyższe oznacza, że zamawiający nie może opisywać sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przedmiotu i zakresu danego zamówienia. Natomiast wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez zamawiającego kryteriów nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia²¹.

W kontekście regulacji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający będzie mógł żądać od wykonawców przedłożenia wykazu zawierającego informacje o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Dopiero bowiem uzyskanie przez zamawiającego wiedzy w zakresie całokształtu aktywności wykonawcy na rynku umożliwi mu dokonanie oceny czy wykonawca ten daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

4. Dokumenty składane przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu ocenianych przez pryzmat kryteriów z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp

Zamawiający bada zdolność wykonawcy do należytej realizacji zamówienia co do zasady poprzez kryteria i wymagania wskazane w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie przedłożonych z ofertą oświadczeń i dokumentów. Zakres żądanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów wydane na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy

²¹ J. Sadowy „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie.” w: Prawo Zamówień Publicznych Po Zmianach z 2009 r., wyd. Urząd Zamówień Publicznych 2010; <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;456;komentarze.html>

Pzp. Konieczność wydania przedmiotowego rozporządzenia wynika przede wszystkim z nowego brzmienia upoważnienia do wydania rozporządzenia w związku ze zmianami ustawy Pzp dokonanyymi ustawą nowelizującą.

W dniu 6 lutego 2013 r. projekt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, został skierowany do rozpatrzenia przez Komitet Stały Rady Ministrów. Projekt rozporządzenia utrzymał zasadę, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia mają zastosowanie przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jednocześnie zaproponowano przepis przejściowy, zgodnie z którym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie projektowanego rozporządzenia, wykonawca, w miejsce zaświadczeń i poświadczeń będzie mógł przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług oraz wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określone w dotychczasowym rozporządzeniu w sprawie dokumentów, tj. dokumenty dotychczas wykorzystywane przez wykonawców.

Przedmiotowe opracowanie uwzględnia wersję ww. rozporządzenia wg stanu na dzień 5 lutego 2013 r.²²

Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp, przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia brany był pod uwagę fakt wykonania w przeszłości zamówień odpowiadających dokonaniem przez zamawiającemu w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisowi oceny jego spełnienia, weryfikowany na podstawie załączonych do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu różnorodnych dokumentów potwierdzających realizację zamówienia w sposób należyty (w przypadku dostaw lub usług) albo zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony (w przypadku robót budowlanych). Z przepisów powszechnie obowiązujących nie wynikał bowiem wymóg określonej treści dokumentów składanych na potwierdzenie odpowiedniego wykonania zamówienia. W praktyce, najczęściej spotykanymi dokumentami składanymi przez wykonawców na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia były referencje, a więc

²² <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2369>

wystawione przez odbiorcę świadczenia wykonawcy zaświadczenia potwierdzające zrealizowanie zamówienia w sposób właściwy, zgodny z umową, bez zastrzeżeń. Jednak z ugruntowanego orzecznictwa i poglądów doktryny wynikało, iż również inne dokumenty, takie jak faktury, protokoły zdawczo – odbiorcze, mogły stanowić dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia.

W projekcie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „projektem rozporządzenia”, wprowadzono mechanizmy umożliwiające realizację celu wyrażonego w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, czyli wyboru wykonawcy gwarantującego rzetelne wykonanie zamówienia. Dlatego też, w nowym rozporządzeniu rozszerzono uprawnienie zamawiających do zweryfikowania zdolności wykonawcy do właściwego wykonania zamówienia, co ma służyć zwiększeniu bezpieczeństwa realizacji inwestycji publicznych.

W związku z wprowadzeniem do przepisów ustawy Pzp art. 22 ust. 5, zrezygnowano z określania w zdaniu wstępnym § 1 ust. 1, iż zamawiający żąda dokumentów „w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dotychczasową treść zdania wstępnego § 1 ust. 1 zastąpiono wskazaniem, zgodnie z którym zamawiający żąda dokumentów, w celu „zweryfikowania” zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia oraz oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż całą treść § 1 ust. 1 należy odczytywać przez pryzmat zdania wstępnego. Tym samym zamawiający będzie mógł żądać, nie jak dotychczas, wyłącznie dokumentów, z treści których wynika spełnianie warunków, a więc dokumentów o pozytywnym charakterze, potwierdzającym fakt, iż wykonawca w stopniu minimalnym spełnia oczekiwania zamawiającego, lecz dokumentów, które dadzą pełny obraz zdolności, umiejętności, doświadczenia, kwalifikacji i potencjału wykonawcy, tj. dokumentów, które są niezbędne do dokonania przez zamawiającego oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z uzasadnienia do projektu rozporządzenia, w kontekście wprowadzenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zakres zasadniczych zmian w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów obejmuje:

4a. unormowanie, iż wykaz robót budowlanych, dostaw lub usług przedstawiany przez wykonawcę z zasady obejmuje pełny wykaz robót budowlanych oraz pełny wykaz głównych dostaw lub usług

Regulacja § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 projektu rozporządzenia ma na celu odejście od dotychczasowej formuły sprawdzania czy wykonawca przedłożył dokumenty potwierdzające jedynie prawidłową realizację robót budowlanych, dostaw lub usług, na rzecz umożliwienia zamawiającemu uzyskania pełnej wiedzy na temat aktywności profesjonalnej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W miejsce wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zamawiający będzie żądał wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót wydanych przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Natomiast zamiast dotychczasowego wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zamawiający będzie żądał wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W celu umożliwienia zamawiającym żądania pełnych wykazów wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat oraz wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat, w projektowanych przepisach § 1 ust. 1 pkt 2 i 3, zrezygnowano z ograniczenia treści wykazów wyłącznie do informacji niezbędnych do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W związku z tym, wykaz będzie

zawierał pełne informacje o działalności wykonawcy, a nie tylko informacje wybrane przez wykonawcę. Regulacja ta umożliwi faktyczne oraz rzeczywiste zbadanie i zweryfikowanie wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W przypadku dostaw lub usług, z uwagi na często występującą dużą ilość zrealizowanych świadczeń, wykonawca nie będzie przedstawiał wszystkich dostaw lub usług w wykazie, a ograniczał wykaz do informacji o głównych dostawach lub usługach. Wybór w kwestii zakwalifikowania niektórych ze zrealizowanych dostaw lub usług jako głównych został pozostawiony wykonawcy.

W przypadku robót budowlanych, do wykazu wykonawca będzie dołączał dowody dotyczące najważniejszych robót budowlanych wydanych przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Podkreślić należy, iż to wykonawca będzie podejmował decyzję, które z robót budowlanych widniejących w wykazie, uważa za najważniejsze. Natomiast, w przypadku dostaw lub usług głównych, do wykazu wykonawca będzie dołączał dowody wskazujące, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie.

Jednocześnie, wprowadzono regulację § 1 ust. 4, zgodnie z którą zamawiający będzie mógł doprecyzować roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia zaświadczeń i poświadczeń. Tym samym, przepis ten umożliwi doprecyzowanie wykazu w zakresie robót budowlanych, dostaw lub usług charakteryzujących się określonymi przez zamawiającego cechami, które są dla niego istotne z punktu widzenia przyszłej realizacji danego zamówienia, a także zakresu żądanych zaświadczeń lub poświadczeń. Doprecyzowanie jednak powinno zostać dokonane w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, tak by nie ograniczać w sposób nieuzasadniony wykonawcom prawa do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W celu uzyskania pełnego spectrum informacji na temat działalności zawodowej wykonawcy oraz umożliwienia wszechstronnej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia projektowany przepis § 1 ust. 4 umożliwi zamawiającemu również żądanie wskazania w wykazie informacji o robotach, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie.

4b. określenie katalogu dowodów przedstawianych w celu potwierdzenia właściwego wykonania robót budowlanych, dostaw lub usług

Zgodnie z projektowanym § 1 ust. 2 dowodami, czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz dowodami, czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, będą zasadniczo dwa rodzaje dokumentów, tj. zaświadczenia i poświadczenia. W przypadku gdy podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane był zamawiający w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, dokumentem tym będzie zaświadczenie. Z kolei w sytuacji, gdy podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane był inny podmiot niż zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, dowodem takim będzie poświadczenie, czyli dokument prywatny, wystawiony przez odbiorcę świadczenia wykonawcy.

Ponadto, z § 1 ust. 2 pkt 2 projektu rozporządzenia wynika, iż w przypadku wykonania robót budowlanych, dostaw lub usług na rzecz podmiotu prywatnego, w przypadku wystąpienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze z powodu których wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, wykonawca będzie uprawniony do samodzielnego potwierdzenia wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia poprzez złożenie stosownego oświadczenia w tym zakresie. Powyższa regulacja oznacza odejście od zasady obowiązującej na gruncie dotychczasowego brzmienia przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, iż potwierdzić należyte wykonanie umowy może wyłącznie jej strona – odbiorca świadczenia wykonawcy. Unormowanie powyższe wynika z implementacji przepisu art. 48 ust. 2 lit. a) pkt ii) dyrektywy klasycznej. Podkreślić w tym miejscu należy, iż złożenie oświadczenia w miejsce poświadczenia jest jedną z przesłanek zwrócenia się, zgodnie z projektowanym przepisem § 1 ust. 5, przez zamawiającego do podmiotu na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio zamawiającemu. Przedmiotowa regulacja powinna zapobiec składaniu przez wykonawców oświadczeń nieprawdziwych, w tym oświadczeń o wykonaniu robót budowlanych, dostaw lub usług, które nie miało miejsca.

W projekcie rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazano, iż jedynie zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp, którzy są jednocześnie obowiązani do stosowania przepisów ustawy z dnia z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania

administracyjnego (Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168), zwanej dalej „Kpa”, będą zobligowani, na podstawie art. 217 Kpa, do wydania zaświadczenia. Takie zaświadczenia wystawione przez zamawiających stanowić będą podstawowe i wiarygodne źródło informacji o dotychczasowym sposobie wykonania zamówień. Jednocześnie, dzięki projektowanym regulacjom, wykonawca będzie wyposażony w narzędzia umożliwiające mu skutecznie „dochodzenie” prawa do otrzymania stosownego zaświadczenia od zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów Kpa według przepisów Działu VII tej ustawy.

Z kolei zamawiający niezobowiązani do stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego będą wydawali zaświadczenia niebędące zaświadczeniami w rozumieniu Kpa.

Ponadto, przewiduje się uregulowanie sytuacji, gdy dostawy lub usługi o charakterze ciągłym lub okresowym wskazane przez wykonawcę w wykazie są nadal wykonywane. Proponuje się, by w przypadku dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie lub zaświadczenie zostało wydane przez podmiot na rzecz którego dostawy lub usługi są wykonywane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Projektowany nowy przepis § 1 ust. 5 stanowi podstawę dla zamawiającego, by w sytuacji, gdy (1) wykaz lub dowody, budzą jego wątpliwości, a także (2) gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać zaświadczenia lub poświadczenia od podmiotu na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonywane, w szczególności w sytuacji dotyczącej robót budowlanych, dostaw lub usług niewykonanych lub wykonanych nienależycie, oraz (3) gdy wykonawca w miejsce poświadczenia złożył oświadczenie, mógł zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio zamawiającemu.

W § 1 ust. 3 rozporządzenia proponuje się wprowadzenie przepisu, zgodnie z którym w sytuacji, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie będzie miał obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2. Przepis ten ma na celu zapobieżenie sytuacjom potwierdzania przez zamawiającego faktów, które i tak są mu znane z racji tego, iż był on odbiorcą zrealizowanych przez wykonawcę zamówień.

4c. wprowadzenie możliwości żądania przez zamawiającego dokumentu upoważniającego lub umożliwiającego mu przeprowadzenie kontroli możliwości produkcyjnych lub możliwości technicznych wykonawcy, a także dostępnych wykonawcy możliwości naukowych i badawczych oraz środków kontroli jakości, z których wykonawca będzie korzystał

Przepis § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 48 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej. Zamawiający będzie mógł żądać przedłożenia dokumentu upoważniającego lub umożliwiającego mu przeprowadzenie kontroli faktycznego potencjału technicznego wykonawcy do zrealizowania zamówienia po wyborze oferty danego wykonawcy przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp). Zamawiającemu przyznano zatem uprawnienie do weryfikacji prawdziwości informacji zawartych w przedstawionych wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentach w zakresie możliwości produkcyjnych wykonawcy, jak również zaplecza naukowego, którym dysponuje. W projekcie rozporządzenia wskazano również, iż upoważnienie zamawiającego do przeprowadzenia kontroli możliwości produkcyjnych, technicznych, naukowych i badawczych wykonawcy ma szczególnie istotne znaczenie przy zamówieniach o charakterze innowacyjnym, gdyż będzie sprzyjać udzielaniu zamówień wykonawcom, którzy faktycznie dysponują zapleczem naukowym i badawczym, co może przyczynić się zarówno do wzrostu innowacyjności, zwiększenia zainteresowania przedsiębiorców uczestnictwem w prowadzeniu badań naukowych, jak i do silniejszego powiązania nauki z gospodarką.

4d. umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny, czy wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Stosowanie do treści § 1 ust. 8 rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać przedstawienia stosownych dokumentów dotyczących, w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- 3) ewentualnego zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

Pomimo tego, iż z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika obowiązek wykonawcy do udowodnienia, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego, oraz, że będzie mógł z nich skorzystać na podstawie łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim stosunku, to kwestia ta wymaga przesądzenia w sposób jednoznaczny, także w przepisach rozporządzenia, w szczególności ze względu na brak jednolitej wykładni tego przepisu prezentowanej w orzecznictwie.

Żądanie stosownych dokumentów wskazanych w nowym przepisie rozporządzenia od wykonawcy będzie możliwe w przypadku uznania, iż nie udowodnił on zamawiającemu w wystarczający sposób dysponowania zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania zamówienia. Tym samym, obowiązek złożenia stosownych dokumentów dotyczył będzie tylko wykonawców, którzy nie udowodnili w sposób odpowiedni dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i będzie konkretyzował się w trakcie badania dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Żądanie przedłożenia dowodów potwierdzających solidarną odpowiedzialność innego podmiotu z wykonawcą, za wykonanie zamówienia publicznego, o ile taka odpowiedzialność była przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunku dotyczącego zdolności finansowych i ekonomicznych, polegał będzie na zdolnościach innych podmiotów.

Przepis § 1 ust. 7 rozporządzenia umożliwia zamawiającemu żądanie od wykonawcy przedłożenia dowodów potwierdzających jego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia publicznego z innym podmiotem, jeżeli taka odpowiedzialność została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W projekcie rozporządzenia podkreślono należy, iż jedną z podstawowych możliwości udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował potencjałem finansowym podmiotu trzeciego, tym samym będzie posiadał zdolność do należytego wykonania udzielanego zamówienia w finansowym aspekcie, jest zawarcie umowy lub wspólne złożenie przez wykonawcę i podmiot trzeci oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego za wykonanie zamówienia publicznego. W praktyce bowiem tylko bezpośrednia odpowiedzialność innego podmiotu względem

zamawiającego za zrealizowanie zamówienia stanowi odpowiednią podstawę do dysponowania zasobami finansowymi lub ekonomicznymi tego podmiotu przez wykonawcę. Z projektu rozporządzenia wynika, iż wskazana regulacja została wywiedziona z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 369 oraz art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie, nowa regulacja koresponduje z projektowanymi zmianami ustawy Pzp dotyczącymi podwykonawstwa, w świetle których podwykonawcom, po ziszczeniu się warunków określonych przepisami projektowanej ustawy, będzie przysługiwało prawo do zwrócenia się do zamawiającego o bezpośrednią zapłatę.

6. Regulacje właściwe dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa

W celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, o której mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający będzie mógł żądać, oprócz dokumentów składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych, również innych dokumentów właściwych tego rodzaju zamówieniom, które zostały wskazane w § 2 ust. 1 pkt 2 projektu rozporządzenia. Do dokumentów tych należą:

- a) oświadczenia na temat narzędzi, materiałów i urządzeń technicznych, liczebności personelu i jego wiedzy specjalistycznej lub źródeł zaopatrzenia, wraz z opisem położenia geograficznego, jeżeli znajdują się na terytorium państwa niebędącego państwem członkowskim Unii Europejskiej, dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia, sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb zamawiającego w następstwie sytuacji kryzysowej, a także zapewnienia utrzymania, modernizacji oraz adaptacji dostaw będących przedmiotem zamówienia,
- b) regulacji prawnych państwa wykonawcy oraz regulacji wewnętrznych wykonawcy, dotyczących własności intelektualnej,
- c) w przypadku zamówień, w których zamawiający wskazał na możliwość dostawy równoważnego sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu:
 - zaświadczenia sporządzonego przez uznane, właściwe urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości i wyraźnie potwierdzającego zgodność oferowanego równoważnego sprzętu wojskowego przez odniesienie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub norm,
 - dokumentów dotyczących badania typu,

- d) dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań związanych z wykonaniem zamówienia dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw,
- e) w przypadku zamówień, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają – dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Ponadto, stosowanie do treści § 2 ust. 2 projektu rozporządzenia, dokumenty potwierdzające zdolność wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych muszą spełniać wymagania wynikające z odpowiednich przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych, a zamawiający może zwrócić się do właściwych organów o przedstawienie potwierdzenia odpowiedniości poświadczenia bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanego w innym państwie. Ponadto, zgodnie z projektowanym § 2 ust. 3, zamawiający będzie mógł żądać od wykonawcy dokumentu upoważniającego lub umożliwiającego zamawiającemu lub właściwemu polskiemu organowi bezpieczeństwa państwa sprawdzenie zgodności, wskazanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, pomieszczeń i instalacji, które mogą zostać użyte, procedur przemysłowych i administracyjnych, które zostaną zastosowane, sposobów zarządzania informacjami lub sytuacji personelu wskazanego do wykonania zamówienia, o ile żądanie takie zostało przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, iż regulacje dotyczące dokumentów służących zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, o której mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp zawierają modyfikacje właściwe dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Pierwsza z nich polega na przedłużeniu okresu realizowanych dostaw lub usług wskazanych w wykazie z 3 do 5 lat (§ 2 ust. 1 pkt 1 projektu rozporządzenia). Druga modyfikacja została zawarta w przepisie § 2 ust. 4, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji, będzie

obowiązany złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Regulacja ta stanowi wyraz szczególnych unormowań prawnych danych państw w zakresie pozwoleń na produkcję bronią.

7. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w kontekście regulacji art. 22 ust. 5 ustawy Pzp

Zgodnie z propozycją Senatu, zawartą w uzasadnieniu uchwały z dnia 4 października 2012 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, konsekwencją uznania przez zamawiającego na podstawie wszechstronnej oceny całokształtu sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, iż nie daje on rękojmi należytego wykonania udzielanego zamówienia, będzie wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykluczenie wykonawcy w przypadku uznania, iż nie jest on zdolny do należytego wykonania zamówienia, wymagać będzie przedstawienia uzasadnienia, z treści którego wynikałoby, iż stwierdzone przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień wskazują na nierzetelność lub brak odpowiednich kwalifikacji lub efektywności wykonawcy, a w konsekwencji skutkują uznaniem go za wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy, doświadczenia czy też potencjału technicznego. W takim przypadku, niezależnie od wartości zamówienia publicznego, wykonawcy wykluczonemu z udziału w postępowaniu, będzie przysługiwało prawo wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a także skargi do sądu okręgowego na orzeczenie wydane przez Izbę.

3. Zmiany w katalogu przesłanek wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu

1. Modyfikacja przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. wydanym w sprawie prejudycjalnej C- 465/11 *Forposta i ABC Direct Contact* wskazał, iż nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, może być brane pod uwagę przy ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia świadcząc o jego niższych kompetencjach zawodowych. Niewykonywanie zobowiązań umownych może stanowić zatem kryterium weryfikacji predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako świadczących o jego niższym poziomie kompetencji.

Na podstawie nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się *wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązki zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.*

Dokonana ustawą nowelizującą modyfikacja art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polega na wprowadzeniu dwóch zmian:

- a) wprowadzeniu progu wysokości szkody, która skutkuje wykluczeniem wykonawcy w wysokości co najmniej 5% wartości realizowanego zamówienia;
- b) rozszerzeniu „przesłanek” wykluczenia o zobowiązanie do zapłaty kary umownej w wysokości nie mniejszej niż 5% wartości realizowanego zamówienia.

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie nowej treści art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający wykluczał z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającym szkodę nawet w nieznaczej wysokości, jeśli poniesiona szkoda została potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. Po wejściu w życie nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie każde wyrządzenie szkody stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Na gruncie ustawy nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tylko wyrządzenie szkody, czy też zasądzony obowiązek zapłaty kary umownej, która jest nie mniejsza niż 5% wartości realizowanego zamówienia, będzie sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wprowadzenie progu 5% ma na celu wyeliminowanie sytuacji nakładania daleko idącej sankcji w postaci trzyletniego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego za nieistotne uchybienie zobowiązaniom umownym. Podkreślenia wymaga, iż próg 5% odnosi się do obydwu przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wyrządzenia szkody, jak i obowiązku zapłaty kary umownej. Powyższa zmiana ma zapewnić aby sankcja wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie wymienionego przepisu była proporcjonalna w stosunku do niedopełnienia przez wykonawcę zobowiązaniom wynikającym z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Orzeczeniem sądowym potwierdzającym wyrządzenie szkody albo obowiązek zapłaty kary umownej, pociągającym za sobą konieczność wykluczania wykonawcy są wyroki i nakazy zapłaty wydane na skutek uwzględnienia powództwa zamawiającego albo oddalenia powództwa wykonawcy o zapłatę, odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy albo zapłaty kary umownej w wysokości przekraczającej 5% wartości udzielonego wykonawcy zamówienia publicznego²³. Inne niż orzeczenia sądowe dokumenty ani środki dowodowe nie mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego przy dokonywaniu oceny wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozszerzenie katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o obowiązek zapłaty kary umownej potwierdzony prawomocnym orzeczeniem sądowym wynika z dążenia ustawodawcy do jak najszerszego zagwarantowania realnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynie bowiem wykonanie umowy zgodnie z jej treścią, w szczególności poprzez dopełnienie przez dłużnika wszelkich obowiązków, które przyjął na siebie w umowie, zapewnia osiągnięcie celu zobowiązania umownego. Zastrzeżenie kary umownej w umowie w sprawie zamówienia publicznego można odnieść do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, jak również może ono zostać powiązane z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, np. ze zwłoką w

²³ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych w wersji skierowanej na konsultacje społeczne i uzgodnienia międzyresortowe, str. 72, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1636>,

spełnieniu świadczenia czy wadliwością jego przedmiotu²⁴. Innymi słowy, kara umowna może zostać związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania w ogólności, jak również z indywidulanie oznaczonymi przejawami naruszenia zobowiązania. Kara umowna wynika z faktu zaniechania prawidłowej realizacji obowiązków, które przyjął na siebie wykonawca zawierający umowę w sprawie zamówienia publicznego, dlatego też w kontekście obowiązku wykluczenia z udziału w postępowaniu pozycja takiego wykonawcy została zrównana z położeniem wykonawcy, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Nowe brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi zatem wyraz realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania zakłada, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA* i cytowane tam orzecznictwo). W świetle tej zasady, zrównano sytuację wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającemu szkodę nie realizując zamówienia publicznego lub realizując je nienależycie, a szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądowym z sytuacją wykonawców, którzy w wyniku realizacji zamówienia niezgodnej z przepisami umowy w sprawie zamówienia publicznego zostali obarczeni obowiązkiem zapłaty kary umownej, potwierdzonym prawomocnym orzeczeniem sądowym. Zmiana powyższego przepisu stanowi również przejaw zasady równego traktowania wynikający z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁵.

W kontekście powyższego podkreślenia wymaga, iż prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, co następuje jednak w ramach realizacji budżetu z wszelkimi tego konsekwencjami natury prawnej. Nie ulega wątpliwości, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który

²⁴ Z. Gordon „Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych”, *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* pod red. E. Adamowicz, J. Sadowego, wyd.: Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2012 r., str. 189

²⁵ dr P. Sobolewski, ekspert ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją i systemem prawa zmiany art. 24, art. 54 oraz art. 154c Prawa zamówień publicznych w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi* (druk nr 455)

stracił wiarygodność z uwagi na niesolidną realizację obowiązków wynikających z umów, potwierdzoną orzeczeniem sądowym, może zagrażać nie tylko realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również godzi w podstawowe zasady wydatkowania środków publicznych.

Większość zamawiających ma bowiem obowiązek wydatkowania środków publicznych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). W świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy, jeśli zamawiający przewidział w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej, to w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w umowie, jest on zobowiązany ją pobrać od wykonawcy. W przeciwnym razie, zaniechanie wyegzekwowania kary umownej będzie skutkować dla zamawiającego zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych²⁶. Z uwagi na powyższe, rozszerzenie sankcji w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców zobowiązanych do zapłaty kary umownej w wysokości minimum 5% realizowanego zamówienia, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, uprawomocnionym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, wynika również ze szczególnego reżimu prawnego obejmującego zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych.

2. Doprecyzowanie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

W związku z implementowaniem do przepisów ustawy Pzp dialogu technicznego, ustawodawca wyraźnie przesądził, iż uczestnictwo wykonawcy w dialogu technicznym nie jest równoznaczne z koniecznością wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Wykonawca uczestniczący bowiem wyłącznie w dialogu technicznym przekazuje zamawiającemu informacje i udziela porad, które następnie mogą zostać wykorzystane przez zamawiającego przy uwzględnieniu zasady uczciwej konkurencji do opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy. Taki wykonawca nie dokonuje jednak bezpośredniego opisu przedmiotu zamówienia.

W świetle nowego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wprowadzenie dialogu technicznego daje wykonawcom szansę przedstawienia propozycji swoich rozwiązań

²⁶ orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 19 listopada 2007 r., sygn. akt: DF/GKO-4900-57/61/RN-20/07/2356

w sposób przejrzysty i jednocześnie wolny od ryzyka późniejszego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

3. Wykluczanie wykonawców z udziału w postępowaniu ze względu na przynależność do tej samej grupy kapitałowej

Dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej została zawarta w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepisem tym wprowadzono dla zamawiających obowiązek wykluczania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożą odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wprowadzając nową przesłankę wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu ustawodawca dodał do przepisów ustawy Pzp przepisy umożliwiające zamawiającemu ocenę powiązań w ramach grupy kapitałowej, co w konsekwencji pozwoli na praktyczne stosowanie nowej przesłanki wykluczenia. W konsekwencji dodania nowej podstawy wykluczenia, do przepisów ustawy Pzp wprowadzono następujące zmiany:

a) art. 24b: „1. Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji.

3. Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.”

b) art. 26 ust. 2d: „Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.”

Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp udział w postępowaniu wykonawców tworzących grupę kapitałową rozpatrywany był pod kątem przesłanki odrzucenia oferty wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie wielokrotnie

podkreślano jednak, iż samo złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej, nie może stanowić podstawy do automatycznego odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu²⁷.

Wprowadzenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi wyraz wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu postępowania w sytuacji, w których w jednym postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składają przedsiębiorcy tworzący jeden podmiot gospodarczy. Jednocześnie, nowa przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu stanowi przejaw realizacji zasady *favor participationis*, czyli promowania jak najszerzego dostępu do zamówienia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, zasadniczo będą podlegać wykluczeniu, chyba że przedstawią udowodnią zamawiającemu, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie wpływają negatywnie na uczciwą konkurencję. Nowe uregulowanie prawne przewidujące dodatkową przesłankę wykluczenia umożliwia zatem wykonawcom należącym do tej samej grupy kapitałowej wykazanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brzmienie tego przepisu stanowi odzwierciedlenie stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) wyrażonego w wyroku w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 *Fabricom* przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 r., w którym Trybunał orzekł, że *„uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami”*. Jednocześnie w orzeczeniu dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07 (*Assitur Srl* przeciwko *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano*) Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, iż generalne pozbawienie powiązanych ze

²⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO 2766/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1603/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1287/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1924/11

sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. W ocenie Trybunału, uregulowanie krajowe oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami. Trybunał zwrócił również uwagę, iż grupy kapitałowe spółek mogą przybierać w obrocie prawnym różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 r. Nr 50 poz. 331), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”, do przepisów której odsyła art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, grupę kapitałową stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. Przedsiębiorca kontrolujący również wchodzi w skład tej grupy kapitałowej. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorcy dominującego (w rozumieniu definicji legalnej z art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz przedsiębiorców od niego zależnych. W doktrynie wskazuje się, iż istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie podmiotów posiadających odrębną osobowość prawną, przy jednoczesnym braku posiadania takiej osobowości przez utworzoną przez te podmioty grupę kapitałową. W ramach grupy kapitałowej przedsiębiorca dominujący ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność zarówno przedsiębiorców zależnych bezpośrednio, jak również przedsiębiorców zależnych pośrednio. Przedsiębiorca dominujący stojący na czele grupy kapitałowej stanowi zatem ośrodek decyzyjny, gdzie zapadają decyzje istotne dla funkcjonowania tej grupy, czyli wchodzących w jej skład przedsiębiorców. Pomimo tego, że grupę tworzą odrębni w sensie prawnym przedsiębiorcy, nie można mówić w tym przypadku o faktycznej niezależności, która występowałaby pomiędzy nimi. W związku ze wspólnym działaniem podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, traktowana jest ona na potrzeby prawa antymonopolowego zasadniczo jako jeden organizm

gospodarczy²⁸. Ponadto, przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej, jako uczestnicy jednego podmiotu gospodarczego zazwyczaj nie konkurują ze sobą, co z kolei może doprowadzić do wystąpienia negatywnych zjawisk w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zachwiania zasady rzeczywistej konkurencyjności tych postępowań, takich jak np. tzw. zmowy cenowe.

W celu uzyskania przez zamawiającego wiedzy na temat powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, winien złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Po analizie załączonej listy zamawiający będzie zwracał się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami, na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający jest zobligowany do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień oraz wykonawcy, który nie złożył listy. Przepis art. 24b ustawy Pzp ust. 2 ustawy Pzp wprawdzie nie wprowadza precyzyjnych wskazówek, jakie zachowania wykonawców w postępowaniu skutkować powinny wykluczeniem, w związku z czym należy przyjąć, iż zamawiający w konkretnych okolicznościach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, każdorazowo będzie oceniał wpływ powiązań z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy na zachowanie wykonawców w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Ustalenie bowiem czy rozpatrywany stosunek zależności miał wpływ na treść ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego będzie wymagał rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego powinien dokonać zamawiający przeprowadzając szczegółową analizę całokształtu dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawców wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej złożonych w postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przedłożonych wyjaśnień. Dopiero ustalenie i prawidłowa ocena takiego wpływu, niezależnie jaką postać przybierze, uzasadnić może wykluczenie z udziału w postępowaniu tych wykonawców.

²⁸ C. Banasiński, E. Piontek Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Lex Polonica

Z art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcach biorących udział w postępowaniu będzie spoczywał ciężar wykazania, iż istniejące między wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w danym postępowaniu. Ustawa Pzp nie ogranicza możliwości przedkładania środków dowodowych w celu wykazania braku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Składana wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą lista podmiotów będących w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi, albo informacja, iż nie ma powiązań podmiotów tego rodzaju, nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz dokumentem, który jest uznany za niezbędny do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Do przedmiotowej listy albo informacji o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej zastosowanie znajdzie regulacja art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co wynika z odesłania zawartego w art. 26 ust. 2d zd. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie zatem z wynikającymi z przywołanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wytycznymi, wykluczanie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie będzie miało charakteru automatycznego. W oparciu o przedstawione dowody zamawiający będzie dokonywał oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a od czynności zamawiającego wykonawcy wykluczonemu przysługuje prawo wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej, do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

4. Dialog techniczny

jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego

1. Regulacja dialogu technicznego

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych²⁹ (dalej: Pzp) wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi³⁰ przeniosła na grunt polskich przepisów o zamówieniach publicznych regulację dotyczącą dialogu technicznego. Jakkolwiek dialog techniczny mógł być dotychczas prowadzony w oparciu o unormowania wynikające wprost z dyrektywy 2004/18/WE³¹ (tzw. dyrektywy klasycznej), dyrektywy 2004/17/WE³² (tzw. dyrektywy sektorowej), jak i samej ustawy Pzp, która nie wykluczała możliwości korzystania przez zamawiających z profesjonalnego doradztwa na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to uregulowania te - ze względu na swój ramowy charakter - powodowały, że zamawiający niechętnie sięgali po tę formę konsultowania dostępnych na rynku technologii/produktów w celu identyfikacji własnych potrzeb.

Biorąc pod uwagę ogólne ramy instytucjonalne dialogu technicznego wyznaczone przez motyw ósmy preambuły do dyrektywy klasycznej i piętnasty preambuły do dyrektywy sektorowej, które wskazują, że przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą – przy wykorzystaniu dialogu technicznego – poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie ograniczy konkurencji, ustawodawca polski wprowadził do ustawy Pzp przepis art. 31a ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić

²⁹ Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386, Nr 240, poz. 1429, z 2012 r. poz. 769.

³⁰ Dz.U. poz. 1271

³¹ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114).

³² Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 1).

dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Nowa regulacja ustawowa odnosząca się do dialogu technicznego jasno określa cele, jakim służyć mają konsultacje z rynkiem, sposób prowadzenia i zakres dialogu technicznego, czyniąc z dialogu technicznego przejrzysty i elastyczny instrument pozwalający zamawiającemu na skonfrontowanie z rynkiem swoich oczekiwań i potrzeb. Z uwagi na fakt, że dialog techniczny nie stanowi z formalnego punktu widzenia odrębnego trybu postępowania kończącego się wyborem konkretnego wykonawcy, a jedynie odformalizowaną platformę komunikacji na linii zamawiający – doradcy lub podmioty potencjalnie zainteresowane w przyszłości ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia, która ma pomóc zamawiającym należycie przygotować opis przedmiotu zamówienia i ewentualnie określić warunki przyszłej umowy z uwzględnieniem analizy ryzyk ponoszonych przez strony kontraktu, nie rodzi on po stronie podmiotu publicznego obowiązku przeprowadzenia postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, którego uprzednio dotyczył dialog techniczny. Dialog może być prowadzony nawet w sytuacji, gdy budżet projektu nie jest formalnie zatwierdzony, co sprawia, że może on stać się atrakcyjną formą rozeznania rynku dla podmiotów sektora publicznego poszukujących koniecznej do realizacji zamówień publicznych wiedzy specjalistycznej, pozwalającej w sposób najbardziej korzystny dla interesu publicznego udzielić i zrealizować zamówienie publiczne. Jednocześnie wskazać należy, że ze względu na fakt, iż dialog techniczny poprzedza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na zastosowanie dialogu nie przysługują środki ochrony prawnej, zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przeprowadzenie dialogu technicznego z wybranymi przez zamawiającego podmiotami nie może zatem stanowić podstawy do skorzystania przez te podmioty ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawy Pzp.

2. Cel dialogu technicznego

Celem dialogu technicznego jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z najlepszymi, najkorzystniejszymi i najnowszymi rozwiązaniami oraz osiągnięciami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi w dziedzinie lub na rynku właściwym dla

przedmiotu zamówienia planowanego do udzielenia, a także skonfrontowanie potrzeb z możliwościami ich realizacji przez podlegający ciągłym zmianom rynek. Dialog techniczny pozwala zatem na prowadzenie konsultacji jeszcze przed wszczęciem procedury udzielenia zamówienia publicznego, do których podmiot publiczny zapraszać będzie wybrane przez siebie posiadające specjalistyczną wiedzę m.in. podmioty potencjalne zainteresowane realizacją danego zamówienia publicznego. Celem dialogu technicznego jest zatem zdobycie wiedzy, która pozwoli zamawiającemu m.in. przygotować dane postępowanie w sposób gwarantujący potencjalnym wykonawcom złożenie ofert i wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oraz efektywnie zrealizować zamówienie publiczne. Dialog techniczny to narzędzie szczególnie przydatne w chwili organizowania procedury udzielenia zamówienia publicznego na przykład na systemy komputerowe, skomplikowany sprzęt teleinformatyczny czy medyczny, a więc wszędzie tam, gdzie dla prawidłowego zorganizowania postępowania niezbędne jest posiadanie specjalistycznej wiedzy z określonej dziedziny. Dialog techniczny jako elastyczna forma konsultowania rynku, znajduje również praktyczne zastosowanie w nowatorskich, proekologicznych, intelektualnych i często skomplikowanych pod względem technologicznym, finansowym lub prawnym projektach realizowanych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego.

3. Sposób prowadzenia i zakres dialogu technicznego

Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań (art. 31a ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym, efektem dialogu nie może być przygotowanie i przeprowadzenie właściwego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób dyskryminacyjny dla wykonawców, którzy nie brali udziału w dialogu. O ile zatem sam dialog techniczny nie może być przedmiotem środków odwoławczych, o tyle jego efekt np. w postaci opisu przedmiotu zamówienia, jeżeli ma charakter dyskryminacyjny, może stanowić podstawę do środków ochrony prawnej, szczególnie w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych.

Ustawodawca wprowadził jednocześnie stosowne mechanizmy zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów biorących udział w dialogu technicznym, polegających na nałożeniu na zamawiającego obowiązku zamieszczania na swojej stronie internetowej informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego i o jego przedmiocie (art. 31b ustawy Pzp), zamieszczania przez zamawiającego informacji o

zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dialog dotyczył (art. 31c ustawy Pzp) i załączenia do protokołu z postępowania dokumentów zawierających informacje o przeprowadzeniu dialogu technicznego, podmiotach, które uczestniczyły w dialogu technicznym, jak również wpływie dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia (art. 96 ust. 2a ustawy Pzp). Wskazać przy tym należy, że pomimo obowiązku umieszczenia informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego, przepis art. 31b ustawy Pzp nie daje podmiotom zainteresowanym udziałem w dialogu uprawnienia do formułowania żądania dopuszczenia do udziału w dialogu, ani - z drugiej strony - nie kreuje obowiązku zamawiającego dopuszczenia wszystkich zainteresowanych podmiotów do udziału w dialogu. Zgodnie bowiem z treścią art. 31a ustawy Pzp, który wprost wskazuje, że to zamawiający „zwraca się” o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, siwz, lub określenia warunków umowy, określenie kręgu podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym należy wyłącznie do zamawiającego.

Uczestnictwo w dialogu technicznym nie prowadzi przy tym do wykluczenia wykonawcy, który uprzednio brał udział w dialogu technicznym z uwagi na bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowywaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), bowiem wykonawca uczestniczący w dialogu technicznym, dzieli się jedynie swoją wiedzą z zamawiającym, który może wykorzystać uzyskane w ten sposób informacje w trakcie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W celu wykluczenia wątpliwości w tym zakresie ustawa nowelizacyjna modyfikuje treść art. 24 w ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Przepisy dotyczące dialogu technicznego pozostawiają zamawiającym duży zakres swobody zarówno odnośnie jego zastosowania (np. w odniesieniu do sposobu komunikowania się z podmiotami, z którymi prowadzą dialog, terminu, do którego oczekują na propozycje od wybranych podmiotów, bądź metody dokumentowania dialogu), jak i zakresu merytorycznego. To zamawiający określa więc: z kim dialog techniczny będzie

przewodził, co będzie jego przedmiotem i jak długo procedura ta będzie trwała. Przedmiotem prowadzonego dialogu technicznego zgodnie z brzmieniem art. 31a ustawy Pzp mogą być przy tym w szczególności wszelkie aspekty związane z opisem przedmiotu zamówienia i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jak również warunki umowy.

4. Korzyści wynikające z przeprowadzenia dialogu technicznego

Dialog techniczny jest instytucją, która daje realną szansę na ograniczenie niejasnych i nieprecyzyjnych opisów przedmiotu zamówienia i zapisów specyfikacji, a także lepsze ich dopasowanie do rynkowych realiów. Wśród innych korzyści, które niesie ze sobą przeprowadzenie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dialogu technicznego można wymienić choćby:

- rozszerzenie konkurencji poprzez identyfikowanie barier mogących ograniczać dostęp wykonawców do zamówień publicznych;
- zdefiniowanie najlepszych i najnowszych rozwiązań technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych w dziedzinie właściwej dla przedmiotu zamówienia;
- promocja innowacji przez system zamówień publicznych, wspieranie rozwiązań proekologicznych, nowoczesnych i zaawansowanych technologicznie;
- skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich realizacji przez funkcjonujące na danym rynku podmioty świadczące określonego rodzaju dostawy, usługi, czy roboty budowlane;
- przygotowanie do realizacji zamówienia zwłaszcza w zakresie szczegółowego określenia jego przedmiotu, a w konsekwencji również do zapewnienia celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych;
- określenie czynników determinujących techniczną jakość czy ekonomiczną wartość zamówienia publicznego;
- określenie optymalnych kryteriów oceny ofert pożądanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia i najbardziej adekwatnych rozwiązań prawnych odnoszących się do ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dialog techniczny dotyczy;
- szczegółowa identyfikacja kosztów udzielenia zamówienia publicznego, kwestii określenia ewentualnych ryzyk kontraktowych, optymalnego ich rozkładu pomiędzy strony umowy, i analizy możliwych sposobów ich ograniczenia.

5. Podsumowanie

Dialog techniczny stanowi odformalizowane i elastyczne rozwiązanie dla tych wszystkich zamawiających, którzy organizując postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponują wystarczającą, specjalistyczną wiedzą dotyczącą rozwiązań funkcjonujących na rynku. Sięgając jednak po tą instytucję należy mieć na względzie, że:

- dialog techniczny nie stanowi odrębnego trybu udzielania zamówień publicznych, a jest swego rodzaju konsultacją pozwalającą zamawiającemu na zbadanie opinii rynku i ustalenie obecnie funkcjonujących rozwiązań;
- dialog techniczny odbywa się na etapie poprzedzającym proces przetargowy, a zatem przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia publicznego w wybranym trybie;
- przepisy nie przewidują możliwości wniesienia środków ochrony prawnej na zastosowanie dialogu technicznego;
- zastosowanie dialogu technicznego nie może naruszać fundamentalnych zasad procedury udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji czy równego traktowania.

5. Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych

Nowelizacja ustawy Pzp poza implementacją do krajowego porządku prawnego *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE*, wprowadza w ustawie Prawo zamówień publicznych szereg zmian mających na celu dalsze uelastycznienie procedur udzielania zamówień publicznych oraz zwiększenie ich transparentności. Do zmian tych należy w szczególności: poszerzenie zakresu informacji zamieszczanych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych oraz poszerzenie kryteriów prekwalifikacji.

1. Poszerzenie zakresu informacji zamieszczanych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach publicznych

Dyrektywa klasyczna nakłada na państwa członkowskie obowiązek corocznego przekazywania dla celów statystycznych Komisji Europejskiej informacji na temat zamówień udzielonych przez instytucje zamawiające w roku poprzednim, w tym także informacji w zakresie liczby lub całkowitej wartości zamówień udzielanych zgodnie z uchynieniami porozumienia³³ (art. 76 ust. 1 lit b oraz ust. 2 lit b dyrektywy klasycznej). Obowiązek ten służy głównie celom statystycznym, a jego realizacja, zgodnie z art. 152 ust. 1 w zw. z art. 154 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, ciąży na centralnym organie administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych tj. na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Celem wywiązania się przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z obowiązku sprawozdawczości, ustawą z dnia 12 października 2012 r., znowelizowana została treść art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

³³ Porozumienie w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu.

Dotychczasowe brzmienie art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiące delegację ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu, zwalniało zamawiających z obowiązku przekazywania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji na temat wszystkich zamówień, które w oparciu o treść art. 4 oraz art. 136 – 138 ustawy Prawo zamówień publicznych, udzielone zostały bez stosowania procedur zdefiniowanych w tej ustawie. W wyniku zmian dokonanych ustawą z dnia 12 października 2012 r. treść rocznego sprawozdania poszerzona została o zbiorczą informację w zakresie liczby i łącznej wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy określonych w art. 4 pkt 1-3, 6, 7, i 10-13 oraz art. 136 – 138, oraz łącznej wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączenia obowiązku stosowania ustawy określonego w art. 4 pkt 8. Z treści znowelizowanego przepisu art. 98 ust. 4 jednoznacznie wynika, iż obowiązek informacyjny, o którym mowa wyżej nie będzie dotyczył:

- umów z zakresu prawa pracy (art. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych),
- zamówień, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego (art. 4 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych),
- zamówień w ramach realizacji współpracy rozwojowej udzielanych przez jednostki wojskowe w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, jeżeli ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 4 pkt 5a ustawy Prawo zamówień publicznych),
- zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez stosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych (art. 4 pkt 5b ustawy Prawo zamówień publicznych),
- zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielone bez stosowania procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4b tej ustawy.

Zmiany w zakresie treści art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonane ustawą z dnia 12 października 2012 r., przyczynią się do pozyskania szerszej wiedzy na temat systemu zamówień publicznych w Polsce. Wskazać bowiem należy, iż pomimo braku obowiązku stosowania procedur określonych przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych do umów zawieranych przez zamawiających z kontrahentami, którzy w związku z treścią art. 4 bądź art. 136 - 138 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zostali wybrani w oparciu o procedury zdefiniowane w ustawie Prawo zamówień publicznych, umowy te nie utraciły statusu zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym współtworzą szeroko pojęty system zamówień publicznych.

Wiedza zdobyta w oparciu o treść poszerzonego rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach, pozwoli na oszacowanie skali udzielania zamówień publicznych poza procedurami określonymi w art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z wyłączeniem obowiązku stosowania ustawy z art. 4 oraz 136 - 138 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprowadzona zmiana dotycząca zakresu informacji przekazywanych w rocznych sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach może przyczynić się także do podejścia z większą ostrożnością przez zamawiających do korzystania z wyłączeń stosowania ustawy na mocy art. 4 oraz 136 - 138 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w rocznym sprawozdaniu, które będzie przekazywane po raz pierwszy za rok 2013 będą podawać jedynie liczbę i łączną wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy określonych w art. 4 pkt 1-3, 6, 7, i 10-13 oraz art. 136 – 138, oraz łączną wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączenia obowiązku stosowania ustawy określonego w art. 4 pkt 8.

Doprecyzowanie zakresu informacji, a także sposobu oraz form przedstawiania informacji w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, określone zostanie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów wydanym na mocy znowelizowanego art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Określanie kryteriów prekwalifikacji w przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem i w dialogu konkurencyjnym

Zmiany treści przepisów art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3, art. 60d ust. 3 oraz dodanie art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Prawo zamówień publicznych opierają się na motywie 40 dyrektywy klasycznej, który zezwala na ograniczenie liczby kandydatów w procedurach ograniczonych, negocjacjach z publikacją ogłoszenia oraz dialogu konkurencyjnym, poprzez ustanowienie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu. Przewidziane nowelizacją rozwiązania prawne w tym zakresie odnoszą się do art. 44 ust. 3 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować.

Wprowadzenie do Prawa zamówień publicznych nowych rozwiązań prawnych, umożliwiających ograniczanie liczby kandydatów zaproszonych do drugiego etapu postępowania, oznacza odejście od dotychczas praktykowanego systemu prekwalifikacji opierającego się tylko i wyłącznie na ocenie wykonawców w kontekście spełniania w najwyższym stopniu warunków udziału w postępowaniu, tj. na kryteriach podmiotowych. Powyższe nie oznacza pozbawienia zamawiającego możliwości sięgnięcia po warunki podmiotowe, które w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia umożliwią ograniczenie kręgu wykonawców jedynie do tych podmiotów, które będą najlepiej przygotowane do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem zamawiający sięga po warunki podmiotowe, ich wartościowanie w aspekcie prekwalifikacji następuje poprzez nadanie im odpowiedniego znaczenia, stosownie do treści art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Należy jednocześnie pamiętać, że równolegle istnieje możliwość przeprowadzenia prekwalifikacji w oparciu o inne zasady niż wartościowanie warunków podmiotowych, czemu służyć ma dokonywany przez zamawiającego opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu wyboru wykonawcy, zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a.

Tym samym, w drodze dokonanych zmian ustawodawca wyposażył zamawiających w dodatkowy instrument, pozwalający na przeprowadzenie „prekwalifikacji” w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria wykraczające poza warunki podmiotowe. Jednocześnie, dokonana zmiana pozwoli na uporządkowanie zasad dotyczących prekwalifikacji w postępowaniach dwuetapowych oraz będzie służyć wyeliminowaniu niekorzystnych zjawisk występujących w szczególności w związku z powoływaniem się

przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich. Prekwalifikacja wykonawców pozostawała dotychczas poza regulacją ustawową.

Zamawiający w postępowaniach dwuetapowych ma obowiązek wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu opisu obiektywnego oraz niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do następnego etapu, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu (por. art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp). Opis ten, przy zachowaniu charakteru obiektywnego i niedyskryminacyjnego, pozwoli na elastyczne kształtowanie zasad doboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, i na odejście od dotychczasowej praktyki doboru wykonawców wyłącznie w oparciu o kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu w najwyższym stopniu. Jak bowiem wykazuje praktyka, opieranie się przy w procedurze prekwalifikacji na podmiotowych kryteriach kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu prowadzi do faworyzowania dużych i bardzo dużych przedsiębiorstw, kosztem przedsiębiorstw małych i średnich. Zastosowanie tego rodzaju zasad nie jest uzasadnione w przypadku zamówień, które z równym powodzeniem mogą być wykonywane przez wykonawców nie dysponujących dużym potencjałem technicznym, finansowym czy bogatym doświadczeniem, bądź w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w najwyższym stopniu będzie potencjalnie bardzo duża. W tej sytuacji uzasadnione jest wprowadzenie możliwości elastycznego dostosowania metody prekwalifikacji do warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołując się do tradycyjnie stosowanych kryteriów prekwalifikacji wykonawców jako przykład można podać kryterium odnoszące się do potencjału finansowego czy technicznego wykonawcy w tym np. wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji przez wykonawcę określonej liczby określonego ogólnie co do kubatury rodzaju robót budowlanych, a w sytuacji, gdy wymóg ten spełnia większa niż oznaczona w ogłoszeniu liczba wykonawców, w kolejnym etapie prekwalifikacji wymóg zrealizowania obiektów kubaturowych o najbardziej zbliżonym charakterze do tego, który ma być przedmiotem zamówienia jak np. szpital.³⁴ Do składania ofert zapraszani są wówczas ci wykonawcy, którzy uzyskali najlepszy wynik w ramach selekcji.

³⁴ *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Professor Sue Arrowsmith, University of Nottingham, s. 156

Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas „prekwalifikacji” obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się przez wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem spełnienia żądanego wymogu i znalezienia się w gronie zaproszonych podmiotów.

Sięgnięcie przez zamawiającego w ramach prekwalifikacji do warunków podmiotowych, w szczególności warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy, wymaga od zamawiającego przeprowadzenia weryfikacji tak zdefiniowanego warunku, w kontekście jego istotności dla realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nietrudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca rzeczywiście najlepiej przygotowany do realizacji przedmiotu zamówienia, nie będzie miał możliwości dalszego ubiegania się o zamówienie publiczne z uwagi na postawione przez zamawiającego kryterium finansowe, które będzie spełniał lecz w stopniu mniejszym niż inni wykonawcy.

W doktrynie³⁵ jako przykłady obiektywnych i niedyskryminacyjnych warunków prekwalifikacji, znaleźć można także losowanie oraz wprowadzenie mechanizmu rotacyjnego dokonywania prekwalifikacji wykonawców. Ten rodzaj kryteriów wyboru można odnieść do sytuacji, w których istotne jest dokonanie wyboru oznaczonej w ogłoszeniu liczby wykonawców spośród dużej liczby wykonawców potencjalnie w równym stopniu zdolnych do realizacji zamówienia. Jako przykład mechanizmu prekwalifikacji można znaleźć również odniesienie do wyboru wykonawców w oparciu o premiowanie małych i średnich przedsiębiorstw. Tak zdefiniowane kryterium wyboru odnosi się do innych czynników niż przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz wpisuje się w ramy polityki dążącej do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych.³⁶

Celem zdefiniowania w ramach systemu „prekwalifikacji” obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów zamawiający może także odnieść się do informacji uzyskiwanych w ramach zastosowania normy z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem do katalogu ww. kryteriów zaliczyć można np. rzetelność wykonawcy weryfikowaną

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem

w kontekście wcześniej realizowanych zamówień publicznych. W tym zakresie zamawiający może stosować kryteria „prekwalifikacji” na podstawie przedkładanych przez wykonawców wykazów usług, dostaw lub robót budowlanych zawierających informacje niewykonanych bądź nienależycie wykonanych zamówieniach publicznych. Możliwość odwołania się przez zamawiającego w ramach prekwalifikacji do instytucji z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp celem premiowania rzetelnych wykonawców, znajduje także swoje potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³⁷, w którym jednoznacznie zostało wskazane, iż nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, może wykazywać niższe kompetencje zawodowe wykonawcy.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym zakresie jest jednym z czynników zwiększania dostępu do rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorstw. Określenie obiektywnych oraz niedyskryminacyjnych zasad doboru wykonawców w ramach prekwalifikacji w postępowaniach dwuetapowych, w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia, pozwoli zamawiającemu na pozyskanie wykonawców w pełni zdolnych do realizacji zamówienia.

3. Umowy o podwykonawstwo w koncesjach na roboty budowlane

Nowelizacja art. 131 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 12 października 2012 r. implementuje do krajowego porządku prawnego art. 60 lit. a oraz art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

Znowelizowany art. 131 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych znosi obowiązek stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez tych koncesjonariuszy koncesji na roboty budowlane, którzy nie są zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przez przedsiębiorstwa sektorowe w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w określonym ustawą zakresie. Dotychczas podmioty te były bezwzględnie zobowiązane przy udzielaniu koncesji na roboty budowlane do stosowania przepisów ustawy dotyczących: ogłoszenia o zamówieniu, ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane, określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2

³⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie prejudycjalnej C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact

ustawy Prawo zamówień publicznych, a także konieczności prowadzenia postępowań z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obecnie obowiązek ten jest wyłączony w odniesieniu do zamówień udzielnych podmiotom:

- należącym do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji,
- na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z art. 18 ust. 3 *ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, ubiegając się o udzielenie koncesji.

Jeżeli zatem wykonawcą umowy o roboty budowlane związanej z realizacją koncesji, ma być jeden z podmiotów zdefiniowanych w art. 131 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, koncesjonariusz zachowuje swobodę sposobu wyboru kontrahenta z pośród ww. podmiotów, przy czym wskazać należy, iż co do zasady swoboda ta zostaje skonsumowana już na etapie postępowania o udzielenie koncesji. Szczegółowy zakres realizacji umowy koncesyjnej na roboty budowlane, przez każdego z członków konsorcjum, powinien bowiem zostać określony w umowie regulującej współpracę podmiotów tworzących konsorcjum, zaś w odniesieniu do podmiotów na zasobach których koncesjonariusz polegał ubiegając się o udzielenie koncesji, zakres partycypacji w realizacji koncesji określa nawiązany pomiędzy koncesjonariuszem a podmiotem trzecim stosunek prawny, stanowiący podstawę skorzystania przez konsorcjanta z zasobów podmiotu trzeciego.

Zmiana dotychczasowego brzmienia art. 131 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje m.in. dodanie ust. 4, którego treść umożliwia zamawiającemu zobowiązanie koncesjonariusza do zawarcia z innym podmiotem umowy o podwykonawstwo, stanowiącą co najmniej 30 % wartości koncesji. Odnosząc się do brzmienia art. 131 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać należy, iż podmiotem zobowiązanym do zawarcia umowy o podwykonawstwo, w myśl znowelizowanego art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest koncesjonariusz, z którym zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie przepisów *ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.)*, dalej zwana „Ustawą koncesyjną”. Tym samym, ustawodawca nie upoważnił zamawiającego do nałożenia rzeczzonego obowiązku na

koncesjonariusza, z którym zawarto koncesję na usługi na podstawie ustawy koncesyjnej. Prezentowane stanowisko znajduje także swoje potwierdzenia w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który klasyfikuje koncesjonobiorcę na roboty budowlane jako zamawiającego, w zakresie, w jakim udziela on zamówienia w celu wykonania zawartej umowy koncesji.

Użyty przez ustawodawcę w art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrot „koncesjonariusz”, w świetle brzmienia art. 131 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się zarówno do koncesjonariusza posiadającego status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i do koncesjonariusza, który nie może się legitymować statusem zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Przy czym koncesjonariusz, który nie mieści się w katalogu zamawiających z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, może być zobowiązany do zawarcia umowy o podwykonawstwo, jedynie w odniesieniu do tych zamówień, które przekraczają tzw. „progi unijne” określone rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (arg. z art. 131 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Posiadanie przez koncesjonariusza statusu zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, determinować będzie także sposób wyboru wykonawcy, któremu powierzona zostanie realizacja umowy o zamówienie publiczne. Koncesjonariusz – zamawiający zobowiązany jest do wyłonienia przyszłego kontrahenta w oparciu o procedury przetargowe określone ustawą Prawo zamówień publicznych, bez względu na szacunkową wartość zamówienia, chyba że jest ona niższa od „progu bagatelności” z art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostali koncesjonariusze w odniesieniu do zamówień poniżej „progów unijnych” dokonują wyboru partnera handlowego w sposób pełni swobodny, zaś do zamówień o wartości szacunkowej co najmniej równej „progom unijnym”, swoboda wyboru co do zasady została przez ustawodawcę ograniczona, w myśl art. 131 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z zastrzeżeniem art. 131 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Koncesja na roboty budowlane stanowi wyłączone prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjonodawcy (art. 1 ust. 2 pkt 1 Ustawy koncesyjnej). Tym samym, koncesjonariusz

posiadający status zamawiającego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do wszystkich zamówień związanych z wykonywaniem koncesji tj. do umów na usługi, dostaw oraz roboty budowlane. W odniesieniu zaś do koncesjonariusza nie będącego jednocześnie zamawiającym z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, konieczność zastosowania w ograniczonym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi jedynie do udzielania zamówień na roboty budowlane (arg. z art. 131 ust. 2 ustawa Prawo zamówień publicznych).

Literalna wykładnia treści art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może prowadzić do wniosku, iż zamawiający może zobowiązać koncesjonariusza do zawarcia tylko jednej umowy, która stanowi nie mniej niż 30 % wartości koncesji. Odnosząc jednakże powyższe do art. 60 lit. a dyrektywy klasycznej, który stanowi, że *instytucja zamawiająca może wymagać, aby koncesjonariusz udzielił stronom trzecim zamówień, o wartości stanowiącej co najmniej 30 % całkowitej wartości robót budowlanych*, w oparciu o zasadę dążenia przy interpretacji prawa krajowego do takiego rozumienia przepisów, aby w najwyższym stopniu pokrywały się one z treścią dyrektywy uznać należy, iż dopuszczalnym jest zobowiązanie koncesjonariusza do zawarcia kilku umów z wieloma wykonawcami, których suma świadczeń osiągnie wskazany przez zamawiającego próg wartości udzielonej koncesji, nie mniejszy jednak niż 30 %. Zasadność prezentowanego stanowiska potwierdza również cel wprowadzenia przedmiotowej regulacji, mianowicie dążenie do wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w sektorze zamówień publicznych. Uznając bowiem, iż art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosiłby się tylko i wyłącznie do jednej umowy przekraczającej co najmniej próg 30 % wartości koncesji wówczas, przy uwzględnieniu znacznych wartości udzielanych koncesji na roboty budowlane, realna możliwość udziału małych lub średnich przedsiębiorstw w charakterze podwykonawcy, byłaby iluzoryczna. Użyty zaś w treści art. 131 ust. 4 zwrot „podwykonawca” oznacza, iż regulacja ta ogranicza się jedynie do zamówień na roboty budowlane udzielane przez koncesjonariuszy, którym udzielono koncesji na roboty budowlane.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż ustawodawca pozostawił do wyłącznej decyzji zamawiającego, czy w ogóle zobowiąże koncesjonariusza do zawarcia z podmiotem trzecim umowy o podwykonawstwo, a jeżeli przewidzi taki obowiązek, wówczas dowolnie określi wartość tych

umów w odniesieniu do wartości koncesji, przy czym minimalny próg jaki narzucił zamawiającemu ustawodawca wynosi 30 % wartości koncesji. Powyższa regulacja uzasadniona jest m.in. faktem, iż gospodarzem postępowania na koncesję na roboty budowlane jest zamawiający, i to sam zamawiający przy uwzględnieniu specyfiki danej koncesji jak i panujących realiów rynkowych, jest najlepiej zorientowany czy rzeczywiście zachodzi konieczność takiego zobowiązania koncesjonariusza, a jeżeli tak to w jakim zakresie ustalić minimalny próg umów o podwykonawstwo w stosunku do wartości udzielonej koncesji. Jednocześnie zamawiającemu pozostawiono pełną dowolność przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie skorzystania z normy art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem przepis ten nie zawiera żadnych ograniczeń, które zamawiający powinien uwzględnić przy podejmowania decyzji w przedmiotowym zakresie.

Regulacja z art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wpisuje się w katalog przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, którym celem jest wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw w sektorze zamówień publicznych. Zasadność wprowadzenia przedmiotowej normy jest szczególnie istotna w kontekście długiego okresu trwania umów na koncesję o roboty budowlane, która to okoliczność wywiera negatywne skutki dla konkurencyjności. Jednocześnie, poszerzenie dostępu dla małych i średnich przedsiębiorstw przyczyni się także do zwiększenia konkurencyjności, a tym samym zmniejszenia cen za świadczone usługi przy jednoczesnym zwiększeniu ich jakości.

Celem rozwiania wątpliwości interpretacyjnych jakie mogłyby się pojawić na tle stosowania normy z art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nowelizacją z dnia 12 października 2012 r. dodano ust. 5 rzeczonego artykułu, który stanowi, iż nie wchodzi w zakres umów o podwykonawstwo umowy zawarte z podmiotami:

- należącymi do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu *ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*,
- z którymi koncesjonariusz zawarł umowę w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji,
- na zasobach których koncesjonariusz polegał, zgodnie z art. 18 ust. 3 *ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi*, ubiegając się o udzielenie koncesji.

Tym samym, zawarcie przez koncesjonariusza z jednym czy też kilkoma ww. podmiotami umowy na podwykonawstwo, nie może być uznane za realizację nałożonego na koncesjonariusza obowiązku zawarcia z podmiotami trzecimi umów, o których mowa w art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Regulacja z art. 131 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych uniemożliwia koncesjonariuszom „ominięcie” nałożonego zobowiązania, poprzez zawarcie stosownej umowy z „powiązany” z koncesjonariuszem przy realizacji umowy koncesyjnej podmiotem, który w istocie nie posiada statusu „podmiotu trzeciego”.

6. Zakres przedmiotowy i podmiotowy stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zwana dalej „ustawą o zmianie ustawy Pzp”, została do polskiego systemu prawnego implementowana dyrektywa nr 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009 r. str. 76), zwana dalej „dyrektywą obronną”.

W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, ustawa o zmianie ustawy Pzp wprowadziła m.in. regulacje dotyczące dokonywania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Zakres podmiotowy, czyli kto będzie zobowiązany stosować zmiany wprowadzone ustawą o zmianie ustawy Pzp

W art. 131a ustawy Pzp, dodanym art. 1 pkt 20 ustawy o zmianie ustawy Pzp, określono krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów Rozdziału 4a w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, poprzez wskazanie, iż przepisy te stosują do udzielania zamówień publicznych zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

Do stosowania przepisów wprowadzonych przedmiotową nowelizacją w zakresie obronności i bezpieczeństwa będą więc zobowiązani zamawiający wymienieni w art. 3 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp, czyli:

- jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp);
- inne, niż ww. państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości

prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);

➤ inne, niż ww. osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli ww. podmioty, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50 % lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp);

➤ związki ww. podmiotów (art. 3 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp);

➤ inne niż ww. podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, które zostały wymienione na poprzednim slajdzie, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: finansują je w ponad 50 % lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego (art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), czyli tzw. zamawiający sektorowi.

Przepisów w zakresie obronności i bezpieczeństwa nie będą mogli stosować zamawiający zobowiązani do stosowania ustawy Pzp na podstawie:

➤ art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli podmioty nie będące jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych lub inną niż taka jednostka państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności: ponad 50 % wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a; wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi,

➤ art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Należy mieć przy tym na uwadze, iż podmioty wskazane w wymienionym wyżej katalogu, będą zobowiązane do stosowania przepisów Rozdziału 4a ustawy Pzp tylko wówczas, jeżeli przedmiot planowanego zamówienia mieści się w zakresie przedmiotowym określonym w art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

2. Zakres przedmiotowy stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Przepisem art. 1 pkt 20 omawianej nowelizacji dodano do ustawy Pzp Rozdział 4a „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”. Z zawartego w tym rozdziale art. 131a ust. 1 wynika, że ustawa Pzp będzie miała zastosowanie do zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane dokonywanych przez zamawiających, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp, o ile zamówienia te będą udzielane w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a których przedmiotem będą:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt. 1 i 2, i wszystkimi jego częściami, komponentami i podzespołami związanymi z cyklem życia tego produktu;
- 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Zgodnie z art. 131b ustawy Pzp znajdzie ona zastosowanie do ww. typu zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, o ile wartość zamawianych dostaw i usług będzie równa lub wyższa równowartości 400 000 euro (próg unijny), co przy obecnym kursie złotego w stosunku do euro stanowi 1 607 840 zł. Wskazany powyżej próg unijny dla dostaw i usług w zakresie obronności został wprowadzony rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 1360). W rozporządzeniu tym określono również próg unijny dla robót budowlanych, który odpowiada równowartości

5 000 000 euro, co stanowi 20 098 000 zł. Jednakże należy podkreślić, że do robót budowlanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa stosuje się ogólne zasady udzielania zamówień publicznych, a progiem stosowania ustawy Pzp, w odniesieniu do nich, jest wyrażona w złotych równowartość 14 000 euro.

Jednocześnie, poprzez art. 1 pkt 1 ustawy o zmianie ustawy Pzp wprowadzono do art. 2 ustawy Pzp szereg definicji wyjaśniających pojęcia związane z zakresem przedmiotowym zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Newralgiczne roboty budowlane, newralgiczny sprzęt i newralgiczne usługi zostały zdefiniowane w art. 2 pkt 5a, 5b i 5c ustawy Pzp. Pojęcia te zostały przeniesione do ustawy Pzp z dyrektywy obronnej, gdzie zostały zdefiniowane w art. 1 pkt 7 tejże dyrektywy jako sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

Pod pojęciem **newralgicznych robót budowlanych (art. 2 pkt 5a ustawy Pzp)** należy rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Będzie dotyczyło więc to tego typu robót budowlanych, które związane są z bezpieczeństwem, dotyczą np. budynków wojskowych czy też rządowych, których plany objęte są klauzulą tajności lub wiążą się z wykorzystaniem informacji objętych takimi klauzulami.

Przez **newralgiczny sprzęt (art. 2 pkt 5b ustawy Pzp)** należy rozumieć sprzęt wykorzystywany do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera. Ustawa nie definiuje pojęcia **sprzęt**, jednakże pod pojęciem tym należy rozumieć: zestaw przedmiotów używanych do wykonywania jakiejś czynności; przedmiot, zazwyczaj urządzenie, używane w określonym celu.

Jako **newralgiczne usługi (art. 2 pkt 5c ustawy Pzp)** należy traktować wszelkie usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Usługami newralgicznymi będą więc wszelkie usługi związane z bezpieczeństwem np. państwa, jeżeli ich zakup wiąże się z przetwarzaniem informacji niejawnych.

Sprzęt wojskowy to zgodnie z definicją wskazaną w art. 2 pkt 8a ustawy Pzp wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i

przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.

Definicja sprzętu wojskowego został przeniesiona do ustawy Pzp wprost z art. 1 pkt 6 dyrektywy obronnej. Zdefiniowanie zakresu pojęcia „sprzęt wojskowy” w dyrektywie obronnej miało na celu jego jednolite rozumienie we wszystkich państwach członkowskich.

Należy przy tym zwrócić uwagę na definicję zawartą w art. 1 pkt 6 dyrektywy obronnej, zgodnie z którą „sprzęt wojskowy powinien być rozumiany jako sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych (...)”. W polskiej ustawie ustawodawca posłużył się - analogicznym do użytego w dyrektywie obronnej pojęcia „sprzętu” - sformułowaniem „wyposażenie”, które należy rozumieć jako: urządzenia potrzebne do prawidłowego funkcjonowania czegoś np. broni, pojazdu itp.; urządzenie dodatkowe do danej maszyny lub do urządzenia głównego; narzędzia, urządzenia i inne przedmioty potrzebne do prawidłowego funkcjonowania czegoś np. broni, pojazdu, itp.

Zgodnie z motywem 10 preambuły dyrektywy obronnej jako „sprzęt wojskowy” należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętym decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. (dok. 368/58). Wykaz obejmuje:

1. Broń ręczną i automatyczną, taka jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm.
2. Broń artyleryjska, a także broń dymną, gazową oraz miotacze ognia:
 - a) armaty, haubice, moździerze, broń artyleryjska, broń przeciwpancerna, wyrzutnie raketowe, miotacze ognia, broń bezodrzutowa;
 - b) wojskowa broń dymna i gazowa.
3. Amunicje do broni wymienionej w art. 1 i 2 powyżej.
4. Bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające:
 - a) bomby, torpedy, granaty, w tym granaty dymne, bomby dymne, rakiety, miny, pociski naprowadzające, granaty podwodne, bomby zapalające;
 - b) aparaty wojskowe i komponenty specjalnie zaprojektowane do obsługi, montażu, demontażu, odpalania lub wykrywania rodzajów broni wymienionych w lit. a) powyżej.

5. Wojskowy sprzęt kierowania ogniem:

- a) komputerowe systemy odpalania i systemy naprowadzające na podczerwień, a także inne urządzenia do nocnego naprowadzania;
- b) dalmierze, urządzenia wskazujące pozycję, wysokościomierze;
- c) elektroniczne urządzenia do śledzenia obiektów – żyroskopowe, optyczne i akustyczne;
- d) celowniki bombowe i celowniki broni oraz peryskopy stosowane w urządzeniach wymienionych w niniejszym wykazie.

6. Czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe:

- a) czołgi;
- b) uzbrojone lub opancerzone pojazdy wojskowe, w tym pojazdy pływające;
- c) samochody opancerzone;
- d) półgąsienicowe pojazdy wojskowe;
- e) pojazdy wojskowe opancerzone;
- f) przyczepy przeznaczone do transportu amunicji określonej w ust. 3 i 4.

7. Środki trujące lub środki radioaktywne:

- a) biologiczne lub chemiczne środki trujące oraz środki radioaktywne przystosowane do użycia podczas działań wojennych przeciwko ludziom, zwierzętom lub plonom;
- b) aparaty wojskowe do propagacji, wykrywania i określania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej;
- c) materiały do zwalczania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej.

8. Prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające:

- a) prochy oraz płynne lub stałe materiały miotające specjalnie zaprojektowane do stosowania wraz materiałami wymienionymi w art. 3, 4 i 7 powyżej;
- b) wojskowe środki wybuchowe;
- c) środki zapalające i mro9ące do celów wojskowych.

9. Okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym:

- a) wszelkiego rodzaju okręty wojenne;
- b) sprzęt specjalnie zaprojektowany do kładzenia, wykrywania i trałowania min;
- c) kable podwodne.

10. Samoloty i sprzęt do celów wojskowych.

11. Wojskowy sprzęt elektroniczny.

12. Aparaty fotograficzne i sprzęt specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych;

13. Inny sprzęt:

- a) spadochrony i sprzęt spadochronowy;
- b) sprzęt do przekraczania cieków wodnych specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych;
- c) elektronicznie wspomagane reflektory do celów wojskowych.

14. Specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów

15. wymienionych w niniejszym wykazie.

16. Maszyny, sprzęt i urządzenia zaprojektowane wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli uzbrojenia, amunicji oraz aparatów o charakterze wyłącznie wojskowym wymienionych w niniejszym wykazie.

Jak wskazują służby Komisji w nocie wyjaśniającej na temat zakresu stosowania dyrektywy 2009/81/WE (dokument pn. Field of application), zakres przedmiotowy dyrektywy opiera się na tej samej liście, co zakres zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 346 TFUE. Odzwierciedla to podstawowe założenie ustawodawcy europejskiego, zgodnie z którym dyrektywa obronna reguluje w sposób ogólny procedury udzielania zamówień na sprzęt wojskowy, natomiast art. 346 TFUE przewiduje wyłączenie, które znajdzie zastosowanie do wyjątkowych sytuacji, gdy przepisy dyrektywy obronnej nie są wystarczające dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich.

Jednocześnie należy podkreślić, iż ww. wykaz z 1958 r. nie stanowi wyczerpującego wykazu broni, amunicji oraz materiałów wojennych. W myśl motywu 10 preambuły dyrektywy obronnej lista ta ma charakter ogólny i powinna być interpretowana szeroko w świetle rozwoju technologii, polityki zamówień i wymogów wojskowych, które prowadzą do opracowania nowych typów sprzętu. Państwa członkowskie transponując przepisy dyrektywy mogą ograniczyć się wyłącznie do tej listy, jak również mogą używać innych list, takich jak

wprost wspomniana w preambule wspólna lista sprzętu wojskowego Unii (Common Military List of the EU). Najbardziej aktualna wersja tej ostatniej listy została przyjęta decyzją Rady w dniu 15 lutego 2010 r. (2010/C 69/03).

Dodatkowo należy podkreślić, iż „sprzęt wojskowy”, o którym mowa w dyrektywie obronnej, obejmuje również produkty pierwotnie przeznaczone do użytku cywilnego, a następnie zaadaptowane do celów wojskowych o charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych. W tym miejscu należy podkreślić, że produkty objęte definicją „sprzętu wojskowego” powinny mieć charakter broni, amunicji lub materiałów wojennych. Tytułem przykładu, w ślad za notą wyjaśniającą Komisji, można wskazać „zmilitaryzowaną” wersję helikoptera pierwotnie zaprojektowanego do użytku cywilnego. Aby można było taki produkt zakwalifikować jako sprzęt wojskowy powinien on posiadać wyraźne cechy wojskowe umożliwiające wykonywanie zadań o ściśle militarnym charakterze (patrz orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 20012 r. w sprawie C-615/10 *Insinööritoimisto Instiimi Oy*).

Przedstawiając powyższe należy także zauważyć, iż definicja legalna pojęcia „sprzęt wojskowy” obejmuje swoim zakresem sprzęt, który został specjalnie zaprojektowany albo zaadoptowany do potrzeb wojskowych, a nie sprzęt, który nie ma takiego charakteru, a jest jedynie wykorzystywany w celach wojskowych.

Podkreślić należy, iż regulacje prawne dotyczące zamówień w zakresie obronności i bezpieczeństwa nie przewidują ograniczeń dotyczących używania sprzętu wojskowego przez inne służby, niż te, do których podstawowych obowiązków należą zadania z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Tym samym należy rozumieć, iż sprzęt wojskowy, o którym mowa powyżej, będzie mógł być używany, nie tracąc przymiotu „sprzętu wojskowego” przez formacje inne niż wojsko, np. przez BOR, policję.

Sytuacja kryzysowa to zgodnie z art. 2 ust. 8b ustawy Pzp wojna, konflikt zbrojny, oraz jakakolwiek sytuacja, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub sytuacja wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

Powyżej wskazana definicja wywodzi się z art. 1 pkt 10 dyrektywy obronnej, w której sytuację kryzysową określono jako jakakolwiek sytuację w państwie członkowskim lub w

państwie trzecim, w której wystąpiło zdarzenie szkody, wyraźnie przekraczającą swoim rozmiarem zdarzenia szkody mające miejsce w codziennym życiu, a przy tym które w znacznej mierze naraziło życie i zdrowie wielu ludzi, lub mające poważne następstwa dla dóbr materialnych lub wymagające podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych dla życia.

Przez **zakupy cywilne** należy rozumieć, jak wynika z art. 2 pkt 11a ustawy Pzp, zamówienia inne niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy Pzp, które obejmują zamówienia na dostawy niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych. Zakupy cywilne są to więc zakupy dostaw niewojskowych, a więc niezwiązanych z zakupami np. sprzętu wojskowego oraz usług i robót budowlanych wykorzystywanych do celów logistycznych, a więc związanych z rozmieszczeniem np. sił zbrojnych poza terytorium UE, ale niemieszczących się przedmiotowo w zakresie zamówień ściśle wskazanych jako zamówienia z zakresu obronności i bezpieczeństwa.

Zakupy cywilne zostały również zdefiniowane w art. 1 pkt 28 dyrektywy obronnej jako zamówienia niepodlegające tej dyrektywie, obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych i zawierane zgodnie z zasadami udzielania zamówień mieszanych na usługi priorytetowe i niepriorytetowe. Ta definicja ma znaczenie z punktu widzenia zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 13 lit. d) dyrektywy obronnej dotyczącego zamówień udzielonych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił (zarówno obronnych, jak i tych, do których zadań należy przede wszystkim ochrona bezpieczeństwa) poza terytorium Unii, w przypadku, gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań. Czyli na gruncie ustawy Pzp definicja ta będzie miała znaczenie dla właściwego zrozumienia wyłączenia, o którym mowa w art. 4b ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pojęcia: „informacje niejawne”, „władze publiczne” oraz „badania i rozwój” nie zostały zdefiniowane w znowelizowanych przepisach ustawy Pzp, gdyż w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą rozumiane w sposób tożsamy, jak w ustawie o ochronie informacji niejawnych i tak jak w przypadku przepisów dotyczących zamówień klasycznych i sektorowych.

Odnosząc się do pojęcia **informacji niejawnych** należy wskazać, iż zgodnie z art. 1 pkt 8 dyrektywy obronnej są to wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub

ochrony ze względów bezpieczeństwa, i które – w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim – wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem. Z powyższego wynika więc, że pojęcie to należy rozumieć zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim. W związku z tym w zakresie informacji niejawnych wystarczające jest odesłanie do obowiązujących w Polsce przepisów o ochronie informacji niejawnych.

3. Regulacje dotyczące zamówień mieszanych

W ustawie Pzp określono również sytuacje związane z udzielaniem zamówień tzw. mieszanych, czyli takich, w których łączą się ze sobą zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z zamówieniami klasycznymi lub sektorowymi, lub z zamówieniami, do których nie stosuje się ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika bowiem z art. 131a ust. 2 ustawy Pzp przepisy rozdziału 4a ustawy Pzp należy stosować również do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie ma ustawa Pzp, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

Będzie dotyczyło to sytuacji, w której zamówienie niemieszczące się w zakresie przedmiotowym zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, a będące robotą budowlaną, dostawą lub usługą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, jest związane z zamówieniem w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w taki sposób, iż uzasadnione jest dokonanie ich zakupu w ramach jednego zamówienia zgodnie z przepisami rozdziału 4a ustawy Pzp. Przy czym należy mieć na uwadze, iż okoliczności i przyczyny przemawiające za udzieleniem tych zamówień w ramach jednego zamówienia muszą mieć charakter obiektywny i nie mogą być wynikiem subiektywnych odczuć zamawiającego w tym zakresie (np. zamówienie broni i skrzyń do jej przewozu).

Ustawodawca przewidział również w art. 131a ust. 3 ustawy Pzp możliwość połączenia z zamówieniami w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w ramach jednego zamówienia publicznego, zamówienia, co do którego nie stosuje się ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jednakże udzielenie jednego zamówienia w ww. sytuacji powinno

być uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Jeżeli zostanie spełniona przesłanka uzasadniająca z przyczyn obiektywnych połączenie takich zamówień, wówczas do połączonych w ten sposób zamówień nie stosuje się ustawy Pzp.

Wskazana powyżej możliwość łączenia zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z zamówieniami wyłączonymi spod stosowania ustawy Pzp jest również jedną z podstaw wyłączenia stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych do zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Może również powodować, iż zamówienia sektorowe lub klasyczne połączone z zamówieniami obronnymi przestaną podlegać pod ustawę Pzp.

Aby wskazane wyżej przepisy nie prowadziły do obejścia prawa i wyłączenia spod stosowania ustawy Pzp pewnych kategorii zamówień ustawodawca w ust. 4 art. 131a ustawy Pzp wskazał, iż zamawiający nie może w celu uniknięcia procedur określonych w ustawie łączyć innych zamówień z zamówieniami w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. W odniesieniu bowiem do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa ustawodawca przewidział szereg wyłączeń zwalniających zamawiających z obowiązku stosowania do tych zamówień ustawy Pzp. Dlatego też za nieuprawnione należy uznawać działania zamawiających zmierzając do obejścia ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i niewynikające z przepisów łączenie innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

4. Wyłączenia, czyli które zamówienia nie będą objęte przepisami ustawy

W przypadku spełnienia przesłanek dotyczących zakresu podmiotowego i przedmiotowego przepisów dotyczących zamówień w zakresie bezpieczeństwa i obronności przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania do udzielania zamówień, jeżeli zaistnieją okoliczności dopuszczalności zastosowania wyłączenia.

Przepisy ustawy Pzp nie będą miały zatem zastosowania do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których przedmiotem są zamówienia określone w art. 4 ustawy Pzp, czyli podstaw ogólnych wyłączenia stosowania ustawy Pzp, oraz zamówień określonych w art. 4b ustawy Pzp, czyli podstaw szczególnych wyłączenia właściwych jedynie dla zamówień w sferze obronności i bezpieczeństwa.

Podstawy wyłączenia stosowania ustawy Pzp w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa określone w art. 4, 4b ustawy Pzp można podzielić na następujące kategorie zamówień: związanych z ochroną podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa,

zamówień podlegających szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej lub procedurze organizacji międzynarodowej oraz związanych wyłącznie z szeroko pojętą ochroną bezpieczeństwa państwa.

Odnosząc się do wyłączeń związanych z **ochroną podstawowego interesu państwa** należy wskazać, iż wyłączenie w tym zakresie zostało zawarte w art. 4 pkt 5b ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) oraz wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętym decyzją Rady 255/58 z 15 kwietnia 1958 r. (dok. 368/58), jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Przy czym, w art. 4c ustawy Pzp wskazano delegację ustawową dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Wprowadzenie ww. wyłączenia do polskiego Prawa zamówień publicznych wynika z treści art. 346 ust. 1 TFUE (dawniej art. 296 TWE), zgodnie z którym „postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł: a) żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa; b) każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.” Zgodnie z ustępem 2 tego artykułu Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie w dniu 15 kwietnia 1958 roku listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ust. 1 lit. b).

W 2006 r. Komisja wydała *Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności* (COM (2006) 779). W ww. *Komunikacie* Komisja zwróciła uwagę na restrykcyjne warunki zastosowania wyłączenia przewidzianego obecnie w art. 346 TFUE, zapewniające zachowanie równowagi

między interesami państw członkowskich w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a fundamentalnymi zasadami i celami Unii.

W kontekście brzmienia ww. przepisu dotyczącego wyłączenia oraz implementacji do polskiego prawa dyrektywy obronnej wyjaśnienia wymaga, iż postanowienia art. 346 pkt 1 lit. b) TFUE pełnią podwójną rolę. Z jednej strony określają wyłączenie z obowiązku stosowania przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazując, iż jest to dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi jest konieczne z uwagi na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa oraz udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie spowoduje ograniczenia konkurencji w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Z drugiej strony wskazują zakres zastosowania przepisów rozdziału 4a, albowiem regulacje w nim zawarte będą miały zastosowanie do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi w sytuacji, gdy nie wystąpią jednocześnie obydwie ww. przesłanki (tj. podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa oraz ograniczenia konkurencji w odniesieniu do produktów o podwójnym przeznaczeniu).

Podstawą wyłączenia stosowania ustawy Pzp związaną pośrednio z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa, jest przesłanka należąca do katalogu podstaw ogólnych wyłączenia określona w art. 4 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którą przepisy ustawy Pzp nie będą miały zastosowania do zamówień którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji nie jawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego.

Wyłączenie stosowania ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak wynika z art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostało przewidziane również w przypadku postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa. Głównym czynnikiem powodującym wyłączenie z tej podstawy byłaby konieczność ujawnienia takich informacji, których przekazanie naraża na uszczerbek podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, co ze względów strategicznych, obronnych, wizerunkowych, czy ze względu na bezpieczeństwo państwa byłoby niewskazane. Przepis ten implementuje do polskiego prawa art. 13 lit. a) dyrektywy obronnej. Przy czym wyłączenie to należy rozumieć przez pryzmat motywu 27 preambuły dyrektywy obronnej, w którym wskazano, iż w dziedzinach obronności i

bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich dyrektywy obronnej byłoby niewskazane, a dotyczy to m.in. zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, tj. np. pewne zakupy przewidziane dla ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez Policję i służby bezpieczeństwa.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż ocena czy mamy do czynienia z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa, a co za tym idzie z wyłączeniem stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu tego rodzaju zamówienia, nie będzie należała do zamawiającego, ale od organu ustanowionego w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa uchwalonego zgodnie z delegacją ustawową wskazana w art. 4c ustawy Pzp.

Odnosząc się do wyłączeń związanych z udzielaniem zamówień podlegających szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej lub procedurze organizacji międzynarodowej należy wskazać, iż tego typu wyłączenie zostało wskazane w art. 4b ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jak wynika z tego przepisu do kategorii zamówień wskazanych poniżej ustawa Pzp nie znajduje zastosowania, a są to zamówienia podlegające:

a) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczypospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami członkowskimi Unii Europejskiej, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,

b) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczypospolita Polska, lub porozumienia zawartego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,

c) szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczypospolitą Polską zgodnie z tą procedurą.

Wskazany powyżej przepis ustawy Pzp implementuje do polskiego systemu prawnego art. 12 dyrektywy obronnej a przewidziane w nim wyłączenia zamówień udzielanych

na podstawie procedur międzynarodowych są wzorowane na postanowieniach art. 15 dyrektywy 2004/18/WE i art. 22 dyrektywy 2004/17/WE. Przede wszystkim wyłączenia z dyrektywy obronnej dotyczą zarówno umów, jak i porozumień międzynarodowych. Tym samym wyłączenie z dyrektywy obronnej obejmuje również porozumienia zawarte na poziomie ministerialnym. Ponadto wyłączenie przewidziane w art. 13 lit. a) dyrektywy

obronnej nie zawiera żadnych ograniczeń, co do przedmiotu zamówienia. Ponadto wyłączenie z art. 13 lit. b) dyrektywy obronnej obwarowane jest dodatkowym warunkiem, aby umowa czy porozumienie międzynarodowe związane ze stacjonowaniem wojsk dotyczyło przedsiębiorstw państwa członkowskiego lub kraju trzeciego. Wreszcie wyłączenie przewidziane w art. 13 lit. c) dotyczy zamówień podlegających szczególnym zasadom proceduralnym organizacji międzynarodowej zakupującej do swoich celów lub zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami.

Wskazane w art. 4b ust. 1 ustawy Pzp przesłanki wyłączenia stosowania ustawy powinny być, więc oceniane przez pryzmat przepisów dyrektywy obronnej. Wyłączenia tego nie należy łączyć ani utożsamiać z wyłączeniem, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp.

Pozostałe wyłączenia określone w art. 4b ustawy Pzp znajdują zastosowanie jedynie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a są związane z **szeroko pojętą ochroną bezpieczeństwa państwa** oraz implementują do polskiego systemu prawnego postanowień art. 13 lit. b-d, f i h dyrektywy obronnej w zakresie wyłączeń stosowania prawa zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Wyłączeniu podlegają więc zgodnie z przepisami ustawy Pzp:

1. zamówienia udzielane do celów działalności wywiadowczej (art. 4b ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Przy czym działalność ta powinna być szeroko rozumiana i obejmować także tzw. wywiad wewnętrzny, a także działalność związaną z zapewnieniem bezpieczeństwa ekonomicznego kraju oraz bezpieczeństwa wewnętrznego państwa.
2. zamówienia udzielane w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu (art. 4b ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).
3. zamówienia udzielane w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej, w tym dotyczących zakupów cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań (art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).
4. zamówienia udzielane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa związane z:

- a) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
 - b) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem lub
 - c) robotami budowlanymi i usługami szczególnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami (art. 4b ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)
5. usługi finansowe z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.

Dodatkowymi wyłączeniami, omawianymi już w części poświęconej przedmiotowi zamówienia oraz tzw. zamówieniom mieszanym, są wyłączenia określone w:

1. ust. 3 art. 131a ustawy Pzp, w którym wskazano, iż do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których włączono stosowanie ustawy Pzp, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych, nie stosuje się ustawy Pzp;

2. art. 131 b ustawy Pzp, zgodnie z którym nie stosuje się ustawy do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa na dostawy i usługi, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, czyli tzw. progów unijnych.

Jednocześnie ustawodawca, aby zapobiec sytuacjom prowadzącym do obejścia stosowania ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wyłączenie stosowania ustawy w zakresie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, wprowadził przepis art. 4b ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający, badając przesłanki wyłączenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa spod stosowania ustawy Pzp, powinien przeanalizować tak przesłanki wynikające z ogólnych zasad określonych w art. 4 ustawy Pzp, jak również tych szczególnych wskazanych w art. 4b ustawy Pzp. Przy czym przesłanki wyłączenia stosowania ustawy Pzp przy zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa np. w zakresie usług finansowych, mogą powodować wyłączenie z obu tych podstaw.

5. Podstawowy interes bezpieczeństwa państwa

Dodatkowego omówienia wymaga pojęcie tzw. podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, które użyte zostało w art. 4 pkt 5b i art. 4c ustawy Pzp oraz w art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przy czym, należy podkreślić, iż pojęcie to nie zostało zdefiniowane ani w dyrektywie obronnej ani w ustawie Pzp, gdyż podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, w zależności od określonej sytuacji dotyczącej danego kraju, może obejmować inny zakres potrzeb np. zakupowych w zakresie obronności i bezpieczeństwa. Dlatego też nie jest możliwe stworzenie definicji legalnej tego pojęcia, gdyż prowadziłoby to do zawężenia możliwości skorzystania przez państwa z wyłączeń stosowania prawa zamówień publicznych w zakresie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, który może ulegać zmianom.

Jedynie w art. 4c ustawy Pzp wskazano kompetencję dla Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Ustalając normy rozporządzenia Rada Ministrów ma obowiązek zapewnić prawidłowe stosowanie przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz bezpieczeństwo dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.

Przedmiotowe rozporządzenie ma umożliwić:

- ▲ prawidłowe i zgodne z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonywanie oceny konieczności zastosowania procedur zamówień publicznych oraz zapewnienie bezpieczeństwa dostaw uzbrojenia i sprzętu wojskowego, a także właściwe wykonywanie napraw i remontów na posiadanym sprzęcie i uzbrojeniu,

- ▲ uniknięcie konieczności określania pojęcia „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa” w przepisach ustawowych, a tym samym ich nadmiernej kazuistyki, a także ryzyka, iż tego rodzaju normy byłyby najprawdopodobniej niekompletne oraz dają możliwości natychmiastowej zmiany w przypadku nagłej zmiany sytuacji politycznej,

Organem właściwym do dokonania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa będzie minister kierujący działem administracji rządowej, któremu podlega lub jest przez niego nadzorowana, jednostka organizacyjna będąca zamawiającym. Właściwy minister będzie dokonywała oceny w tym zakresie na wniosek dyrektora komórki organizacyjnej ministerstwa, właściwej w sprawach zamówień. Jeżeli natomiast zamawiającym jest centralny organ administracji rządowej nie podlegający ministrowi kierującemu działem administracji rządowej, ani nie jest przez takiego ministra nadzorowany, organ dokonuje takiej oceny samodzielnie. Właściwy minister albo centralny organ

administracji rządowej dokonują oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku. Wniosek powinien zawierać: nazwę zadania będącego przedmiotem zamówienia, uzasadnienie określające przesłanki przyczynowo-skutkowe wiążące przedmiot zamówienia z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa oraz opis wpływu udzielanego zamówienia na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa.

7. Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne

1. Zagadnienia wstępne

Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z uwagi na swój przedmiot mają newralgiczny charakter związany z wymogami ochrony interesów bezpieczeństwa i suwerenności państwa. Obejmując bowiem swoim zakresem zamówienia, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, dostawy newralgicznego sprzętu, roboty, dostawy lub usługi z nimi związane, jak też roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi³⁸, wykonanie takich zamówień wymaga zapewnienia szczególnych warunków bezpieczeństwa realizowanych dostaw, a także wiąże się z wykorzystaniem informacji niejawnych. Powyższe czyni koniecznym ustanowienie w procedurze udzielania zamówień publicznych reguł umożliwiających ochronę interesów bezpieczeństwa państwa poprzez zapewnienie bezpieczeństwa realizowanych zamówień oraz stworzenie gwarancji zapewnienia ochrony informacji niejawnych, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla państwa, czy też byłoby niekorzystne z punktu widzenia jego interesów.

Z uwagi na powyższy charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa poza zakresem zastosowania ustawy Pzp nadal pozostają zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które z uwagi na swój szczególny przedmiot i charakter zostały objęte specjalną ochroną zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych³⁹ jako zamówienia „tajne” lub „ściśle tajne”⁴⁰. Dotyczy to także zamówień wyłączonych z uwagi na wymogi ochrony istotnego interesu bezpieczeństwa państwa lub ochronę bezpieczeństwa

³⁸ Art. 131a ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienie pojęć „newralgicznych robót budowlanych”, „newralgicznego sprzętu” oraz „newralgicznych usług” zawierają odpowiednio przepisy art. 2 pkt 5a-5c ustawy Pzp.

³⁹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

⁴⁰ W takim przypadku sam fakt udzielenia zamówienia publicznego objęty jest tajemnicą (por. pkt 20 preambuły dyrektywy 2009/81/WE).

publicznego⁴¹. Wymóg stosowania ustawy Pzp nie dotyczy także zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa⁴². Tak więc w odniesieniu do niektórych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyjątkowe wymogi bezpieczeństwa dostaw, czy też ochrony informacji niejawnych, decydować będą, zgodnie z przyjętą zasadą proporcjonalności⁴³, o wyłączeniu obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych⁴⁴.

Przywołane powyżej okoliczności powodują, że bezpieczeństwo dostaw, a w szczególności ochrona informacji niejawnych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stają się kluczowymi zagadnieniami związanymi ze stosowaniem procedur udzielania zamówień publicznych.

Odnosnie kwestii ochrony informacji niejawnych należy jednak wyjaśnić, iż ustawa Pzp nie ustanawia specjalnych warunków i zasad ochrony informacji niejawnych. Materia ta nadal pozostaje przedmiotem regulacji ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy, które w tym zakresie mają znaczenie podstawowe. Przepisy rozdziału 4a w dziale II ustawy Pzp regulujące zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131a-131w) dodane na mocy omawianej nowelizacji nie ustanawiają zatem specjalnych reguł ochrony informacji niejawnych z uwagi na ich występowanie w zamówieniach publicznych, a jedynie włączają wymogi wynikające z ich ochrony, ustanowione w przepisach o ochronie informacji niejawnych, w ramy procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Powyższe oznacza, że szczegółowe zasady i warunki organizacyjne ochrony informacji niejawnych zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak też na etapie realizacji takiego zamówienia publicznego, są ukształtowane przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz aktów wykonawczych do tej ustawy. W szczególności zastosowanie tutaj znajdują przepisy rozdziału 9 ustawy o ochronie informacji niejawnych – Bezpieczeństwo przemysłowe (art. 54-71), jak też przepisy określające zasady przetwarzania informacji niejawnych (organizacja

⁴¹ Zob. art. 4 pkt 5 i 5a ustawy Pzp.

⁴² Zob. art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

⁴³ Zob. wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, pkt 48.

⁴⁴ Bliższe omówienie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy Pzp zawiera rozdział II.1.

ochrony, bezpieczeństwo osobowe, środki bezpieczeństwa fizycznego, bezpieczeństwo teleinformatyczne).

Włączenie wymogów związanych z ochroną informacji niejawnych określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych do procedur udzielania zamówień publicznych odnosi się nie tylko do kwestii udostępniania takich informacji wykonawcy przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, ale także do kwestii związanych z przetwarzaniem informacji niejawnych na etapie realizacji umowy. Dodatkowo ustawa Pzp ustanawia środki prewencyjne mające na celu zapobieżenie udostępnianiu informacji niejawnych podmiotom niewiarygodnym lub niedającym rękojmi zachowania tajemnicy poprzez określenie szczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Unormowania ustawy Pzp wraz z odpowiednimi regulacjami ustawy o ochronie informacji niejawnych stwarzają ramy prawne dla ustanowienia mechanizmów gwarancyjnych mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa udzielenia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

2. Bezpieczeństwo dostaw

2.1. Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw

Z uwagi na newralgiczny przedmiot zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131a ust. 1 ustawy Pzp) istotnym z punktu widzenia ochrony interesów państwa staje się zapewnienie bezpieczeństwa realizowanych dostaw, co dotyczy w głównej mierze dostaw sprzętu wojskowego oraz dostaw newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich ich części, komponentów lub podzespołów. Przez dostawy sprzętu wojskowego rozumie się dostawy wyposażenia specjalnie zaprojektowanego lub zaadaptowanego do potrzeb wojskowych i przeznaczonego do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne⁴⁵. Natomiast przez dostawy newralgicznego sprzętu rozumie się dostawy sprzętu do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera⁴⁶.

Wymagania dotyczące bezpieczeństwa dostaw mogą jednak odnosić się również do innych rodzajów zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Tak więc wymagania te mogą znaleźć swoje odpowiednie odzwierciedlenie w zamówieniach, których przedmiotem są newralgiczne usługi lub usługi do szczególnych celów wojskowych, a także

⁴⁵ Art. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

⁴⁶ Art. 2 pkt 5b ustawy Pzp.

w zamówieniach, których przedmiotem są newralgiczne roboty budowlane lub roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych⁴⁷. Przez newralgiczne roboty budowlane i usługi należy rozumieć odpowiednio roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają⁴⁸.

Unormowania dotyczące bezpieczeństwa dostaw zawarte są w przepisach art. 131g ust. 2 i 4 ustawy Pzp⁴⁹. Wskazane przepisy ustawy Pzp nie zawierają jednak wprost określonych wymogów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa dostaw pozostawiając tę materię do szczegółowego uregulowania przez samych zamawiających. Jest to w pełni uzasadnione faktem, że ustalenie konkretnych zobowiązań dla wykonawcy związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa dostaw musi stanowić odzwierciedlenie określonego przedmiotu zamówienia. Tym samym to zamawiający kierując się potrzebami wynikającymi z danego zamówienia określa wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, które muszą być spełnione przez wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie takiego zamówienia.

Bezpieczeństwo dostaw oznacza gwarancję dostarczenia przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego związanym z wykonywanymi przez niego zadaniami w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności państwa⁵⁰. Z uwagi na swój newralgiczny charakter bezpieczeństwo dostaw obejmuje nie tylko pewność dostaw i ich terminowość, ale także wymagania związane z długim okresem użytkowania sprzętu wojskowego, z czego wynika potrzeba wsparcia logistycznego, modernizacji i konserwacji, a także kontynuacji dostaw w długim okresie czasu. Bezpieczeństwo dostaw musi również uwzględniać zwiększanie się zapotrzebowania na przedmiot zamówienia w sytuacjach kryzysowych wywołanych nadzwyczajnymi wydarzeniami. W tym zakresie można uznać, iż bezpieczeństwo dostaw stanowi warunek zapewnienia skuteczności działań państwa w należących do sfery jego odpowiedzialności dziedzinach bezpieczeństwa i obronności.

⁴⁷ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa dostaw (w:) *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, UZP, Warszawa 2011, s. 137 i n.

⁴⁸ Art. 2 pkt 5a i 5c ustawy Pzp.

⁴⁹ Przepisy te stanowią transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 23 dyrektywy 2009/81/WE.

⁵⁰ W Nocie wyjaśniającej KE dotyczącej bezpieczeństwa dostaw wskazuje się, że „*bezpieczeństwo dostaw można zdefiniować jako gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa. Obejmuje to zdolność państw członkowskich do wykorzystywania swoich sił zbrojnych przy zachowaniu odpowiedniej kontroli krajowej oraz, w stosownych przypadkach, bez ograniczeń nakładanych przez strony trzecie. Tak szerokie pojęcie może obejmować szeroki zakres różnych aspektów przemysłowych, technologicznych, prawnych i politycznych.*”.

Bezpieczeństwo dostaw uzależnione jest w znacznej mierze od potencjału gospodarczego wykonawcy, który dzięki posiadanym zasobom technicznym, produkcyjnym, osobowym czy logistycznym daje gwarancję pewności dostaw. Jednakże posiadanie odpowiedniego potencjału gospodarczego nie jest wystarczające dla pełnego zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw. W szczególności zagrożenia dla pewności dostaw mogą wynikać ze specjalnych wymagań poszczególnych państw członkowskich w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, co podyktowane jest newralgicznym charakterem tych towarów i ustanawianymi przez te państwa ograniczeniami w zakresie obrotu sprzętem wojskowym. Powyższe nabiera na znaczeniu zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca mający siedzibę na terytorium państwa członkowskiego korzysta z podwykonawców mających siedzibę w państwach trzecich. Tym samym bezpieczeństwo dostaw uzależnione jest od sposobu organizacji całego łańcucha dostaw przez pierwotnego wykonawcę. Powyższe czyni zasadnym określenie szczególnych warunków w zakresie bezpieczeństwa dostaw odnoszących się do podwykonawców pozostających w kooperacji z wykonawcą.

Wymagania dotyczące bezpieczeństwa dostaw wiążą się także z ustanowieniem warunków w zakresie stałej dostępności konserwacji i napraw, dostaw części zamiennych oraz innych rodzajów wsparcia technicznego związanego z przedmiotem zamówienia. W tym zakresie istotne znaczenie mają również gwarancje ustanowione na wypadek wstrzymania produkcji przez wykonawcę, a odnoszące się do uzyskania niezbędnych danych technicznych i uprawnień dla zapewnienia dalszego utrzymania technicznego przedmiotu zamówienia.

Określenie wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw należy do kompetencji samego zamawiającego. Oznacza to, że wymagania te mają charakter umowny, a nie normatywny. Ustawa Pzp nie zawiera opisu szczegółowych wymagań w zakresie bezpieczeństwa, te bowiem są uzależnione od konkretnego przedmiotu zamówienia, a zatem muszą być ustalane w odniesieniu do każdego indywidualnego przypadku. Ustawa Pzp w art. 131g ust. 2 określa w zasadzie jedynie w sposób ogólny zakres dokumentów i informacji jakich może żądać zamawiający od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Podkreślenia przy tym wymaga, iż zakres ten nie ma

charakteru wyczerpującego⁵¹. Tym samym określenie wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw nie jest ograniczone przepisami ustawy Pzp.

2.2. Wymagania związane z realizacją zamówienia

Zgodnie z art. 131g ust. 2 ustawy Pzp w celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Podkreślenia przy tym wymaga, iż wymagania związane z zapewnieniem bezpieczeństwa dostaw stanowią element opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym odnoszą się one wprost do sposobu realizacji (wykonania) zamówienia.

Powyższe oznacza, że wymagania związane z bezpieczeństwem dostaw stanowią element treści umowy w sprawie udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Określają one zatem sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę. Wymagania te przekładają się na konkretne zobowiązania umowne wykonawcy, które wiążą go w toku wykonania umowy. Ewentualne uchybienie tym wymaganiom ze strony wykonawcy stanowić będzie zatem nienależyte wykonanie umowy, które będzie rodziło odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Uchybienia te mogą również stanowić podstawę do wypowiedzenia umowy w przypadku zastrzeżenia stosownej klauzuli umownej.

Z uwagi na powyższe spełnianie przez wykonawcę wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw podlega weryfikacji w ramach merytorycznej oceny oferty. Ocena ta nie jest zatem dokonywana w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców związanej z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji stwierdzenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w ramach weryfikacji merytorycznej oferty, że dany wykonawca nie gwarantuje realizacji zamówienia w sposób odpowiadający wymogom bezpieczeństwa dostaw określonym w opisie przedmiotu zamówienia, powinno skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty ze

⁵¹ Wyliczenie zawarte w przepisie art. 131g ust. 2 ustawy Pzp poprzedzone jest zwrotem „w szczególności”. Podobnie art. 23 dyrektywy 2009/81/WE nie zawiera wyczerpującego opisu informacji jakich może wymagać instytucja zamawiająca.

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)⁵².

W celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące w szczególności⁵³:

- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego,
- zobowiązania wykonawcy do określenia ograniczeń obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa,
- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwia mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami,
- zobowiązania, na uzgodnionych warunkach, wykonawcy do zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej,
- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej,
- zobowiązania wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia,
- zobowiązania wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego,

⁵² Należy wyjaśnić, iż w przypadku zamieszczenia wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiednie postanowienia muszą być również zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (arg. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 51 ust. 4, art. 57 ust. 5, art. 60e ust. 3 oraz art. 64 ust. 3 ustawy Pzp).

⁵³ Art. 131g ust. 2 ustawy Pzp.

- zobowiązania wykonawcy, na uzgodnionych warunkach, do zapewnienia, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania.

Przedstawione powyżej wyliczenie zawiera w zasadzie ogólne określenie zakresu informacji i dokumentacji jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw, a nie określenie konkretnych wymogów w tym zakresie. Powyższe stwarza dla zamawiającego warunki do elastycznego określenia swoich wymagań dotyczących bezpieczeństwa dostaw. W tym zakresie zamawiający nie jest ograniczony postanowieniami ustawy Pzp. Powyższe uzasadnione jest potrzebą dostosowania tych wymagań do specyfiki każdego zamówienia oraz uwzględnienia zagrożeń zidentyfikowanych w odniesieniu do danego rodzaju dostaw.

Zapewnienie elastyczności w kształtowaniu wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw oraz braku związania ustawowym katalogiem takich warunków nie oznacza oczywiście dowolności zamawiającego w ich określaniu. W tym zakresie znajdują bowiem zastosowanie podstawowe zasady traktatowe (zasada przejrzystości, zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności), którym muszą odpowiadać ustalone przez zamawiającego warunki bezpieczeństwa dostaw. Z tych względów wymogi w zakresie bezpieczeństwa winny być opisane w sposób możliwie neutralny i obiektywny umożliwiający precyzyjne ustalenie warunków realizacji zamówienia, które muszą być spełnione przez wykonawców. Jest to tym bardziej istotne, że stwierdzenie braku zapewnienia realizacji zamówienia w sposób gwarantujący bezpieczeństwo dostaw skutkuje odrzuceniem oferty danego wykonawcy.

Z uwagi na konieczność zachowania powyższych zasad określenie w opisie przedmiotu zamówienia przedstawionych powyżej wymagań, nie może skutkować zobowiązaniem wykonawcy do uzyskania od władz państwa członkowskiego zobowiązania ograniczającego swobodę tego państwa w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub unijnego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt⁵⁴. Nie jest przy tym dopuszczalne uznanie za naruszającego zasady bezpieczeństwa dostaw samego faktu konieczności uzyskania przez wykonawcę

⁵⁴ Art. 131g ust. 4 ustawy Pzp.

stosownych zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego.

W pierwszej kolejności zamawiający może wymagać od wykonawców złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Wymóg ten ma na celu zabezpieczenie przed zagrożeniami związanymi z transgranicznym charakterem dostaw i występującymi w tym zakresie ograniczeniami ustanawianymi przez poszczególne państwa członkowskie. O ile zatem nie jest dopuszczalne wymaganie, aby zamawiający nie był zobowiązany do uzyskania stosownych zezwoleń właściwego państwa członkowskiego, o tyle można wymagać, aby wykonawca wykazał, iż jest w stanie uzyskać takie zezwolenia zgodnie z prawem tego państwa. Realizacja powyższego wymogu sprowadza się do wykazania przez wykonawcę możliwości wypełnienia przyszłych zobowiązań umownych. Powyższe może dotyczyć przedstawienia dokumentów pochodzących od właściwych władz danego państwa członkowskiego potwierdzających możliwość uzyskania takich zezwoleń przez wykonawcę, jak też dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków koniecznych do ich uzyskania.

Zamawiający może również zobowiązać wykonawców do wskazania ograniczeń obowiązujących w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa. Realizacja powyższego zobowiązania ma na celu przedstawienie zamawiającemu wszelkich ograniczeń jakie mogą go dotyczyć na etapie realizacji umowy i dalszego korzystania z przedmiotu zamówienia. Obowiązujące w tym zakresie ograniczenia zamawiającego winny być mu znane już przed udzieleniem zamówienia publicznego. Znajomość tych ograniczeń może mieć bowiem istotne znaczenie dla oceny czy w odniesieniu do danego wykonawcy spełnione są wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Będzie to miało również istotne znaczenie dla możliwości zapewnienia przez zamawiającego udzielania późniejszych zamówień serwisowych w procedurach konkurencyjnych.

Istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa dostaw jest zapewnienie, aby gwarancja należytego wykonania zamówienia odnosiła się nie tylko do samego wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, ale także do podwykonawców pozostających z nim w kooperacji, a biorących faktyczny udział w realizacji zamówienia. Nienależyte działania podwykonawcy mogą bowiem w praktyce uniemożliwiać zrealizowanie dostaw przez samego wykonawcę.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w trakcie realizacji zamówienia mogą zachodzić zmiany po stronie podwykonawców, z którymi wykonawca realizuje zamówienie. Zmiany takie nie powinny jednak wywierać żadnego negatywnego wpływu na zobowiązania związane z bezpieczeństwem dostaw. W tym celu zamawiający może zobowiązać wykonawcę do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwi mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw, a także do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie wykonania zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami. Uszczegółowienie wymogów w tym zakresie należy do zamawiającego. Przedstawiona przez wykonawcę organizacja łańcucha dostaw powinna odpowiadać wymogom bezpieczeństwa dostaw określonym przez zamawiającego. Może to wiązać się z koniecznością prezentacji przez wykonawcę szczegółowych rozwiązań organizacyjnych i logistycznych dotyczących współpracy z podwykonawcami, a także rozwiązań alternatywnych na wypadek zagrożeń związanych z wypełnieniem zobowiązań przez podwykonawców. Ostatnie zagadnienie będzie szczególnie istotne w przypadku podwykonawców posiadających siedzibę w państwach trzecich, odległych geograficznie od miejsca realizacji zamówienia. W tym zakresie zapewnienie terminowości dostaw może wymagać przedstawienia przez wykonawcę rozwiązań alternatywnych na wypadek obiektywnej niemożności wykonania niezbędnych czynności przez podwykonawcę. Realizacja powyższego zobowiązania może również wiązać się z określeniem przez zamawiającego szczegółowych wymagań dla podwykonawców, zwłaszcza podwykonawców realizujących kluczowe elementy przedmiotu zamówienia⁵⁵. Ustanowienie takich wymogów może wiązać się w uzasadnionych przypadkach z zobowiązaniem wykonawcy do współpracy wyłączenie z podwykonawcami mającymi siedzibę na terytorium jednego z państw członkowskich.

W zależności od rodzaju i przeznaczenia przedmiotu zamówienia bezpieczeństwo dostaw może wiązać się w sposób szczególny z zapewnieniem możliwości realizacji zamówienia w przypadku zwiększonych potrzeb zamawiającego wywołanych sytuacją kryzysową⁵⁶. Jest to szczególnie istotne w związku z faktem, iż zamawiający realizują w tym zakresie zadania

⁵⁵ Zob. art. 131r ust. 1 ustawy Pzp.

⁵⁶ Definicję sytuacji kryzysowej zawiera art. 2 pkt 8b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przez sytuację kryzysową należy rozumieć: wojnę, konflikt zbrojny, lub jakąkolwiek sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

publiczne związane z obronnością i bezpieczeństwem państwa i jego obywateli, a więc zadania o charakterze priorytetowym. Z tego też względu zamawiający może określić wymagania związane z bezpieczeństwem dostaw w przypadku zaistnienia sytuacji kryzysowych. Realizacja tego zobowiązania może wiązać się z utrzymaniem przez wykonawcę określonej zdolności produkcyjnej gwarantującej możliwość realizacji zwiększonych dostaw w sytuacji kryzysowej. Przy czym jak wskazuje ustawa Pzp warunki realizacji powyższego zobowiązania mają być uzgodnione pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

W tym też zakresie zamawiający może żądać od wykonawcy złożenia dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej. Celem powyższego wymogu jest potwierdzenie przez wykonawcę możliwości spełnienia wymagań właściwego państwa członkowskiego związanych ze zwiększeniem dostaw, co z kolei gwarantuje możliwość wypełnienia przyszłych zobowiązań umownych wobec zamawiającego.

Z uwagi na charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa dostaw może być również określenie przez zamawiającego wymagań związanych z utrzymaniem, modernizacją lub adaptacją dostaw stanowiących przedmiot zamówienia. Powyższe wymagania są szczególnie istotne z uwagi na długi okres, w którym wykorzystywany jest sprzęt wojskowy, w trakcie którego musi być zapewniona jego zdolność bojowa. Powyższe będzie miało szczególne znaczenie w odniesieniu do sprzętu wojskowego, wobec którego ustanowione będą szczególne ograniczenia innego państwa członkowskiego w zakresie możliwości samodzielnej modernizacji i adaptacji przez zamawiającego przedmiotu zamówienia (np. z uwagi na ochronę zastosowanych w nim technologii). Z tego też względu wymagania te winny być możliwie dookreślone, tak aby był możliwy precyzyjny opis przedmiotu zamówienia.

Zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw wymaga również nałożenia na wykonawcę zobowiązań w zakresie informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w organizacji wykonawcy, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego. Powyższe zobowiązanie ma na celu dostarczenie zamawiającemu pełnej informacji o możliwych zagrożeniach dla przyszłych dostaw i podjęcie ewentualnych działań zapobiegawczych. Istotne przy tym jest to, że informacja przekazywana przez wykonawcę winna poprzedzać, z odpowiednim wyprzedzeniem, podjęte przez niego działania.

W tym też zakresie szczególne znaczenie ma nałożenie na wykonawcę obowiązków dotyczących zapewnienia, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie sam zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania. Realizacja powyższego zobowiązania ma stworzyć zamawiającemu gwarancję, iż zaprzestanie w przyszłości przez wykonawcę prowadzonej przez niego działalności nie wpłynie negatywnie na możliwość efektywnego korzystania z przedmiotu zamówienia. Będzie to szczególnie istotne dla przejęcia przez zamawiającego możliwości produkcji części zamiennych do użytkowanego sprzętu i urządzeń.

2.3. Wykluczanie wykonawców z powodu naruszenia bezpieczeństwa dostaw.

Zapewnienie bezpieczeństwa dostaw wiąże się nie tylko z ustanowieniem wymagań związanych ze sposobem realizacji zamówienia, ale także z właściwościami podmiotowymi wykonawcy. Zapewnienie bezpieczeństwa dostaw może być zatem oceniane przez pryzmat zdolności podmiotu do wypełniania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w dotychczas zrealizowanych przez niego zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Uchybienie tym zobowiązaniom we wcześniejszych zamówieniach może stanowić przesłankę do negatywnej oceny zdolności podmiotu do wypełnienia wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw ustanowionych dla danego zamówienia.

W związku z tym ustawa Pzp ustanawia szczególne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a i pkt 5 ustawy Pzp). W tym zakresie ustawa Pzp rozszerza katalog negatywnych przesłanek udziału w postępowaniu w stosunku do klasycznego reżimu zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp)⁵⁷.

2.4. Wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw jako kryteria oceny ofert

Zapewnienie bezpieczeństwa dostaw wiąże się w głównej mierze z określeniem wymagań związanych ze sposobem realizacji zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (zob. pkt 3.2.1.). Z tego też względu opis powyższych wymagań zamawiającego związanych z realizacją zamówienia zawarty jest w opisie przedmiotu zamówienia.

⁵⁷ Bliższe omówienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa dostaw zawiera rozdział II.2.

Powyższe oznacza, że wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw odnoszą się wprost do przedmiotu zamówienia, a nie do właściwości podmiotowych wykonawcy⁵⁸. Z uwagi na taki charakter powyższych wymagań mogą one stanowić kryteria oceny ofert stosowane przez zamawiającego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty⁵⁹.

Ustawa Pzp wprost dopuszcza stosowanie jako kryteriów oceny ofert kryteriów odnoszących się do bezpieczeństwa dostaw⁶⁰. Tym samym sposób spełnienia przez poszczególnych wykonawców wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw może podlegać ocenie według zobiektywizowanych kryteriów określonych przez zamawiającego. Ocena ta będzie dotyczyć warunków wykonania zamówienia określonych w ofercie wykonawcy, wykraczających ponad minimalny poziom wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych przez zamawiającego. Warunki te mogą dotyczyć wszelkich aspektów wykonania przedmiotu zamówienia wpływających na poziom bezpieczeństwa realizowanych dostaw. Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert wraz z ich opisem, podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert⁶¹.

Zastosowanie jako kryteriów oceny ofert warunków wykonania zamówienia odnoszących się do bezpieczeństwa dostaw stwarza z jednej strony impuls dla wykonawców do proponowania zamawiającemu jak najlepszych rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw, a z drugiej strony daje zamawiającemu możliwość wyboru oferty, której wyższa cena rekompensowana jest wyższym standardem bezpieczeństwa dostaw, i jako taka może być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

3.Ochrona informacji niejawnych

3.1. Wymogi w zakresie informacji niejawnych

Ustawa Pzp nie określa samodzielnie zasad ochrony informacji niejawnych. W tym zakresie zastosowanie znajduje ustawa o ochronie informacji niejawnych oraz akty wykonawcze

⁵⁸ Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy,

a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

⁵⁹ Najkorzystniejszą ofertę stanowi oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

⁶⁰ Art. 131k ust. 1 ustawy Pzp.

⁶¹ Art. 131k ust. 2 ustawy Pzp.

wydane na podstawie tej ustawy. Również przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych określają co stanowi informację chronioną w myśl tych przepisów (informacja niejawna).

Informacją niejawną jest każda informacja, której nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne⁶². Informacje niejawne podlegają klasyfikacji według określonych klauzul tajności, w zależności od stopnia newralgiczności danych objętych tymi informacjami. Według tych kryteriów wyróżnia się informacje objęte klauzulą „ściśle tajne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, klauzulą „tajne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, klauzulą „poufne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej oraz klauzulą „zastrzeżone”, których nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Dookreślenie powyższych kryteriów, według których dokonuje się kwalifikacji poszczególnych informacji do jednej z wyżej wymienionych klauzul określają przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych⁶³.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych ustanawia szczególne wymagania dotyczące organizacji ochrony informacji niejawnych oraz ich przetwarzania, w tym ich udostępniania. Jednym z podstawowych wymagań ochrony informacji niejawnych jest zastrzeżenie, iż informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Dodatkowo przepisy o ochronie informacji niejawnych ustanawiają wymagania dotyczące warunków technicznych i organizacyjnych przetwarzania informacji niejawnych (bezpieczeństwo fizyczne), przesyłania takich informacji oraz bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych, w których mają być przetwarzane.

Z uwagi na istotę informacji niejawnych (ochrona przed nieuprawnionym ujawnieniem) kluczowe zagadnienia związane z ich ochroną odnoszą do zasad ich udostępniania. Tego aspektu ochrony informacji niejawnych dotyczą głównie kwestie związane z ochroną

⁶² Art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁶³ Art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

informacji niejawnych w związku z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie zasadnicze znaczenie ma ustanowienie odpowiednich gwarancji ochrony informacji niejawnych. Zagwarantowanie bezpieczeństwa informacji niejawnych wiąże się natomiast w głównej mierze ze zdolnością i wiarygodnością wykonawców do zapewnienia ochrony tych informacji⁶⁴.

3.2. Ograniczenie zasady jawności

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w procedurach udzielania zamówień publicznych jest jawność postępowania⁶⁵. Zasada ta przekłada się z jednej strony na obowiązki zamawiającego w zakresie udostępniania informacji o postępowaniu, a z drugiej strony na prawo uczestników postępowania do uzyskiwania takich informacji. Zasada ta stanowi zatem element zasady przejrzystości stanowiącej fundamentalną gwarancję prawidłowości i uczciwości procedur udzielania zamówień publicznych.

Obowiązywanie powyższej zasady w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może prowadzić do oczywistych konfliktów z potrzebą zapewnienia ochrony newralgicznych informacji, w tym stanowiących informacje niejawne. Z tych względów ustawa Pzp przyjmując obowiązywanie zasady jawności w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ustanawia jednak szczególne ograniczenia w jej stosowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W pierwszej kolejności rozszerzeniu podlega zakres informacji niepodlegających ujawnieniu przez zamawiającego. Tak więc obok nieujawniania informacji zastrzeżonych przez innych wykonawców jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁶, zamawiający może również odmówić udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi⁶⁷. Przy czym należy nadmienić, iż dla odmowy udzielenia powyższych informacji nie jest

⁶⁴ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa informacji (w:) *Zamówienia*

w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, UZP, Warszawa 2011, s. 157 i n.

⁶⁵ Ar. 8 ustawy Pzp.

⁶⁶ Zob. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

⁶⁷ Art. 131v pkt 1 ustawy Pzp.

konieczne zakwalifikowanie ich do informacji niejawnych. Tym samym ochrona ta obejmuje szerszy zakres informacji o newralgicznym charakterze, aniżeli ochrona wynikająca z ochrony informacji niejawnych. Z praktycznego punktu widzenia może to dotyczyć informacji, które w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można by zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako takie przez wykonawcę⁶⁸. Zastosowanie powyższego wyłączenia będzie również istotne z uwagi na potrzebę ochrony interesu publicznego, pomimo że dana informacja nie została opatrzona żadną z klauzuli tajności.

Ustawa Pzp przewiduje również analogiczne wyłączenie polegające na odmowie udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, w odniesieniu do udostępniania uczestnikom postępowania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków (art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1, art. 60d ust. 1 ustawy Pzp)⁶⁹. Powyższe okoliczności mogą stanowić podstawę do nieujawniania rankingu wniosków i ocen otrzymanych przez poszczególnych uczestników postępowania.

Tożsame okoliczności mogą stanowić podstawę do odmowy ujawnienia pełnego zakresu informacji jakie powinny być zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ustawy Pzp)⁷⁰. Okoliczności te mogą również stanowić podstawę do odmowy przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn, z powodu zaistnienia których unieważniono prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 93 ust. 3 ustawy Pzp).

Okoliczności związane z możliwością utrudnienia stosowania przepisów prawa lub sprzecznością z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub możliwością zaszkodzenia zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub możliwością zaszkodzenia uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, mogą również uzasadniać odstąpienie przez zamawiającego od przekazania

⁶⁸ Np. oświadczenie wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa zostało złożone po terminie składania ofert.

⁶⁹ Art. 131v pkt 1 ustawy Pzp.

⁷⁰ Zastosowanie powyższego wyłączenia nie będzie jednak mogło dotyczyć podania informacji o wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (arg. z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp).

informacji o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności, dotyczącego tożsamesgo przedmiotu zamówienia, wykonawcy biorącemu udział w unieważnionym uprzednio postępowaniu (art. 93 ust. 5 ustawy Pzp).

Zgodnie z obowiązującymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymogami w zakresie przejrzystości procedury, decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wymaga uzasadniania prawnego i faktycznego⁷¹. Tym samym na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż w odniesieniu do określonego wykonawcy zachodzą przyczyny stanowiące podstawę do jego wykluczenia z postępowania. W tym zakresie istotny wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dotyczy możliwości odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku uzasadnienia decyzji o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu⁷². Powyższy wyjątek jest podyktowany względami związanymi z ochroną źródeł informacji, a także ochroną informacji o kluczowym znaczeniu dla interesów bezpieczeństwa państwa.

Jednocześnie należy wskazać, iż ustawa Pzp stanowi w tym zakresie, że informacje stanowiące przesłankę utraty wiarygodności wykonawcy, wskazujące na możliwość utraty przez niego zdolności ochrony informacji niejawnych, podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych⁷³.

3.3. Wykluczanie wykonawców z powodu naruszenia bezpieczeństwa informacji

Zdolność i wiarygodność wykonawców związane z ochroną informacji niejawnych są kluczowe dla udzielania i realizowania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁷⁴. Powyższe ustalenie przekłada się na kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców stosowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

⁷¹ Art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

⁷² Art. 131e ust. 4 ustawy Pzp.

⁷³ Art. 131e ust. 3 ustawy Pzp.

⁷⁴ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa informacji, s. 157.

W pierwszej kolejności zdolność i wiarygodność wykonawcy w zakresie ochrony informacji niejawnych może być oceniana przez pryzmat zdolności podmiotu do wypełniania zobowiązań związanych z bezpieczeństwem informacji we wcześniejszych zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielonych temu wykonawcy. Uchybienie tym zobowiązaniom może stanowić przesłankę do negatywnej oceny jego zdolności do zapewnienia bezpieczeństwa informacji. Stosownie do powyższego ustawa Pzp przewiduje wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W tym zakresie ustawa Pzp ustanawia szczególne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a, pkt 4 oraz pkt 5 ustawy Pzp). Ustawa Pzp rozszerza zatem katalog negatywnych przesłanek udziału w postępowaniu w stosunku do klasycznego reżimu zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp)⁷⁵.

3.4. Wymagania bezpieczeństwa informacji związane z udzieleniem zamówienia

Z uwagi na charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielenie takiego zamówienia może wiązać się z koniecznością przekazania wykonawcom informacji stanowiących informację niejawną w myśl przepisów o ochronie informacji niejawnych. Podkreślenia jednak wymaga, iż przekazanie takich informacji wykonawcom musi odpowiadać wymogom określonym w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Ustawa Pzp nie zawiera bowiem w tym zakresie wyjątków od uregulowań zawartych w tych przepisach. Innymi słowy zastosowanie procedur udzielania zamówień publicznych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie pozbawia informacji niejawnych w nich występujących ochrony przewidzianej w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Zgodnie z art. 131f ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przekazuje wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, informacje niejawne niezbędne do wykonania zamówienia, pod warunkiem że wykonawca daje rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Ustawa Pzp odsyła zatem w tym zakresie wprost do przepisów o ochronie informacji niejawnych.

⁷⁵ Bliższe omówienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa informacji zawiera rozdział II.2.

Udostępnienie informacji niejawnych wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa musi być zatem zgodne z wymaganiami ochrony informacji niejawnych ustanowionymi w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Dostęp do takich informacji może zatem uzyskać wyłącznie wykonawca posiadający zdolność do ochrony informacji niejawnych potwierdzoną zgodnie z tymi przepisami⁷⁶. W przypadku informacji objętych klauzulą „poufne” lub wyższe konieczne jest zatem posiadanie przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego⁷⁷. W przypadku zaś wykonawców wykonujących działalność jednoosobowo lub osobiście wymagane jest posiadanie odpowiedniego poświadczenia bezpieczeństwa⁷⁸.

Nie jest zatem wymagane posiadanie przez wykonawcę świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego (lub poświadczenia bezpieczeństwa) w przypadku udostępnienia przez zamawiającego informacji niejawnych objętych klauzulą „zastrzeżone”. W takim przypadku wykonawca jest zobowiązany do spełnienia wymagań ustawy w zakresie ochrony informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone”, z wyjątkiem wymogu zatrudnienia pełnomocnika ochrony, jeżeli wykonuje umowę związaną z dostępem do tych informacji, z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych dopuszcza jednak możliwość przekazania informacji niejawnych wykonawcy pomimo braku posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego lub poświadczenia bezpieczeństwa, za pisemną zgodą właściwego organu, w sytuacji gdy wobec wykonawcy zostało już wszczęte postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające⁷⁹.

Podkreślenia również wymaga, iż informacje niejawne, którym nadano kreśloną klauzulę tajności, mogą być udostępnione wyłącznie osobie uprawnionej, zgodnie z przepisami dotyczącymi określonej klauzuli tajności. Warunkiem dostępu do informacji niejawnych

⁷⁶ Zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych i warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych.

⁷⁷ Art. 54 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁷⁸ Art. 21 i n. ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁷⁹ Art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ustawa ta stanowi również, iż w szczególnie uzasadnionych przypadkach podmioty, o których mowa w ust. 7, mogą wyrazić pisemną zgodę na jednorazowe udostępnienie określonych informacji niejawnych przedsiębiorcy nieposiadającemu odpowiedniego świadectwa lub poświadczenia bezpieczeństwa w przypadku przedsiębiorcy, o którym mowa w ust. 3 i wobec którego nie jest prowadzone postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub nie jest prowadzone postępowanie sprawdzające (art. 57 ust. 8 ustawy Pzp).

o klauzuli „poufne” lub wyższej jest posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa⁸⁰. Natomiast warunkiem dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” jest posiadanie pisemnego upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej oraz odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Konieczność spełniania powyższego wymogu potwierdza ustawa Pzp stanowiąc, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podmioty uczestniczące w nim mogą zapoznać się z dokumentami niejawnymi w czytelni w kancelarii tajnej zamawiającego, pod warunkiem posiadania poświadczenia bezpieczeństwa zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych⁸¹.

Zasadą udostępniania informacji niejawnych – niezależnie od klauzuli tajności – jest warunek, iż informacje te są udostępniane w niezbędnym zakresie. Na powyższe wskazuje również art. 131f ust. 1 ustawy Pzp stanowiąc, iż zamawiający przekazuje wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, informacje niejawne niezbędne do wykonania zamówienia. Przekazanie takich informacji musi być zatem konieczne z uwagi na charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia.

3.5. Wymagania bezpieczeństwa informacji związane z wykonaniem zamówienia

Potrzeba ochrony informacji niejawnych w związku z udzieleniem zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istnieje od rozpoczęcia procedury udzielenia zamówienia publicznego do jej zakończenia, jak też w trakcie wykonania zamówienia i po jego zakończeniu.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż obowiązek ochrony informacji niejawnych dotyczy nie tylko wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, ale także podwykonawców biorących udział w jego realizacji, którzy weszli w związku z jego wykonaniem w posiadanie takich informacji. W odniesieniu do podwykonawców znajdują również zastosowanie wymagania związane z ochroną informacji niejawnych określone w przepisach o ochronie informacji niejawnych (np. wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego)⁸².

Stosownie do powyższego wymogu ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poinformowania wykonawcy o ciążyącym na nim obowiązku zapewnienia ochrony informacji niejawnych, które uzyskał w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach

⁸⁰ Art. 8 i art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁸¹ Art. 131v pkt 3 ustawy Pzp.

⁸² Art. 52 ust. 6 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

obronności i bezpieczeństwa oraz po jego zakończeniu, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych⁸³.

Zamawiający może również zobowiązać wykonawcę do poinformowania podwykonawców o ciążącym na nich obowiązku ochrony informacji niejawnych, które uzyskali w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz po jego zakończeniu, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych⁸⁴.

W tym zakresie ustawa o ochronie informacji niejawnych wymaga wprowadzenia do umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego⁸⁵. Instrukcja ta określa szczegółowe wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej, które zostaną przekazane wykonawcy w związku z wykonywaniem umowy, odpowiednie do liczby tych informacji, klauzuli tajności oraz liczby osób mających do nich dostęp, skutki oraz zakres odpowiedzialności wykonawcy umowy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych, a także nieprzestrzegania wymagań określonych w instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego. Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego powinna również zawierać klauzule tajności poszczególnych materiałów lub rodzajów materiałów, które zostaną wytworzone przez wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy, sposób postępowania z materiałami niejawnymi, które zostaną przekazane wykonawcy lub przez niego wytworzone w związku z wykonywaniem umowy.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych wymaga wyznaczenia przez kierownika jednostki organizacyjnej zawierającej umowę związaną z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej, osoby odpowiedzialnej za nadzorowanie, kontrolę i doradztwo w zakresie wykonywania przez wykonawcę obowiązku ochrony wytworzonych w związku z realizacją umowy lub przekazanych mu informacji niejawnych⁸⁶.

Ponadto ustawa o ochronie informacji niejawnych zawiera szczególne obowiązki informacyjne spoczywające na wykonawcy w czasie realizacji umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej⁸⁷. W tym zakresie wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego informowania osoby wyznaczonej przez zamawiającego do

⁸³ Art. 131f. ust. 2 ustawy Pzp.

⁸⁴ Art. 131f. ust. 3 ustawy Pzp.

⁸⁵ Art. 71 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁸⁶ Art. 71 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁸⁷ Art. 70 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

nadzorowania wykonywania przez wykonawcę obowiązku ochrony, o zmianach w systemie ochrony informacji niejawnych u wykonawcy, zmianach osób wykonujących umowę, a także potrzebie zawarcia z podwykonawcą umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych.

W celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych zamawiający jest zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagań związanych z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia może określić w szczególności⁸⁸:

- zobowiązanie wykonawcy i podwykonawcy do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych,
- zobowiązanie wykonawcy do uzyskania zobowiązania podwykonawcy, któremu zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia, do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi zapozna się w postępowaniu o udzielenie zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych,
- zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego dostarczenia informacji dotyczących nowych podwykonawców, w tym podania ich nazwy (firmy) i siedziby oraz danych, które umożliwiają zamawiającemu stwierdzenie, że każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych, do których mają dostęp lub które zostaną wytworzone w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo,
- prawo zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia, zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również na etapie realizacji umowy, jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo jest to konieczne w celu podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień.

Dla zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa informacji niejawnych w związku z udzieleniem zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istotne znaczenia ma przyznana zamawiającemu wprost w przepisach ustawy Pzp (art. 131r ust. 1) kompetencja do odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez

⁸⁸ Art. 131g. ust. 1 ustawy Pzp.

wykonawcę, jeżeli podwykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia, co może w pełni dotyczyć wymogów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych, w tym w szczególności zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania dotyczących oceny zdolności do wypełnienia zobowiązań związanych z ochroną tych informacji (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a, pkt 4 i 5 ustawy Pzp)⁸⁹. Do oceny spełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia, stosuje się odpowiednio opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu dotyczącym wyboru wykonawcy, mając na uwadze opis przedmiotu umowy o podwykonawstwo. W przypadku odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z określonym podwykonawcą zamawiający zawiadamia wykonawcę o powodach odmowy wyrażenia zgody, wskazując warunki udziału w postępowaniu, których proponowany podwykonawca nie spełnia⁹⁰.

Przedstawione powyżej wymagania w zakresie ochrony informacji niejawnych stwarzają warunki dla zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa informacji niejawnych przekazywanych wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak też informacji przekazywanych i wytworzonych na etapie realizacji zamówienia publicznego. Dają one również podstawę do zapewnienia ochrony tych informacji po wykonaniu zamówienia publicznego.

4. Inne wymagania związane z bezpieczeństwem informacji niejawnych

Kontrola udzielania zamówień publicznych

Wymagania związane z ochroną informacji niejawnych wywołują potrzebę ustanowienia szczególnych reguł przetwarzania informacji niejawnych również w odniesieniu do innych obszarów związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a wykraczających poza samą procedurę udzielania zamówień publicznych.

Powyższa potrzeba znajduje swoje odzwierciedlenie już w procedurze kontroli udzielania zamówień publicznych prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W tym zakresie ustawa Pzp zawiera odstępstwo od reguły prowadzenia kontroli w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie ze zmienionym przepisem art. 161 ust. 3 ustawy Pzp kontrolę udzielania zamówień dotyczącą dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne” albo „ściśle tajne”, można przeprowadzić w siedzibie zamawiającego. Kontrola ta będzie prowadzona zgodnie z wymaganiami ustawy o ochronie

⁸⁹ Art. 131r ust. 4 ustawy Pzp.

⁹⁰ Art. 131r ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

informacji niejawnych w kancelarii tajnej zamawiającego przez osoby posiadające odpowiednie poświadczenie bezpieczeństwa.

Rozpoznanie odwołań w zamówieniach zawierających informacje jawne

Obowiązującą zasadą rozpoznawania odwołań jako środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom jest jawność rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zasada ta nie może być w pełni zrealizowana w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa związanych z dostępem do informacji niejawnych.

Zgodnie ze zmienionym art. 189 ust. 6 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W odniesieniu do odwołań, przy rozpoznaniu których może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, ustawa Pzp ustanawia szczególne reguły dotyczące ich rozpoznania.

W pierwszej kolejności ustawa Pzp przewiduje, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W takim przypadku Krajowa Izba Odwoławcza może również postanowić o rozpatrzeniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony⁹¹. W świetle tych uregulowań wyłączenie jawności rozprawy z mocy prawa dotyczy jedynie tej części rozprawy, na której mogą być ujawnione informacje niejawne. Tym samym w pozostałym zakresie rozprawa ma charakter jawny. Dopiero w przypadku podyktowanym ważnym interesem strony Krajowa Izba Odwoławcza może wyłączyć jawność rozprawy w całości. Ocena ta jednak będzie dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą każdorazowo w odniesieniu do realiów indywidualnego przypadku.

W przypadku wniesienia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na wniosek Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze zapewnienie ochrony informacji niejawnych, wskazuje miejsce rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę

⁹¹ Art. 189 ust. 7 i 8 ustawy Pzp.

Odwoławczą.⁹² Wprowadzenie powyższego uregulowania związane jest koniecznością zapewnienia warunków technicznych pomieszczenia, w którym odbędzie się rozprawa, odpowiednich do wymagań związanych z ochroną informacji niejawnych (np. ochrona przed podsłuchem). Obowiązek wskazania takiego miejsca spoczywa na Prezesie Urzędu.

W odniesieniu do ochrony informacji niejawnych w ramach postępowań odwoławczych ustawa Pzp nakłada na członków Krajowej Izby Odwoławczej szczególny obowiązek zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działają w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁹³.

⁹² Art. 189 ust. 9 ustawy Pzp.

⁹³ Art. 190 ust. 9 ustawy Pzp.

8. Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

1. Wprowadzenie

Podstawowym powodem nowelizacji ustawy *Prawo zamówień publicznych*⁹⁴ (dalej: Pzp) wprowadzonej ustawą z dnia 12 października 2012 r. *o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*⁹⁵ była konieczność przeniesienia na grunt prawa polskiego rozwiązań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE⁹⁶ (tzw. dyrektywa obronna). Wprowadzenie na grunt prawa polskiego przepisów dyrektywy obronnej odbyło się z pełnym uwzględnieniem faktu, że zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak również modernizacja i rozwój polskiego przemysłu obronnego **mają istotne znaczenie dla bezpieczeństwa Rzeczypospolitej**. Z uwagi na powyższe, ustawodawca wykorzystał wszelkie możliwości przewidziane dyrektywą obronną, w zakresie wzmocnienia potencjału polskiego przemysłu, a także jego potencjału rozwojowego. Wszystkie regulacje wprowadzone do ustawy Pzp pozostają zgodne z wymogami prawa europejskiego.

Podstawowym powodem ustanowienia dyrektywy obronnej - a tym samym konieczności nowelizacji ustawy Pzp - było wprowadzenie przepisów, które z jednej strony zapobiegałyby nadużywaniu przez zamawiających korzystania z wyłączenia przewidzianego w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, z drugiej zaś strony, umożliwiałyby dokonywanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zgodnie z jednolitymi unijnymi procedurami uwzględniającymi specyfikę takich zamówień.

⁹⁴ Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386, Nr 240, poz. 1429, z 2012 r. poz. 769.

⁹⁵ Dz. U. z 2012 r. poz. 1271.

⁹⁶ Dz. U. UE L 216 z dn. 20.08.2009 r., str. 76.

Dodatkowym uzasadnieniem konieczności wprowadzenia odrębnych regulacji w zakresie zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym w zakresie trybów udzielania zamówień, była **specyfika takich zamówień**, a także **szczególne wymogi w zakresie:**

- złożoności;
- bezpieczeństwa dostaw lub
- bezpieczeństwa informacji.

Złożoność zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wynika z faktu, że wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest **podstawowym elementem zarówno dla bezpieczeństwa, jak i suwerenności tak poszczególnych państw członkowskich, jak i całej Unii Europejskiej.**

Bezpieczeństwo informacji (art. 22 dyrektywy obronnej) ma na celu ochronę informacji niejawnych i stanowi zobowiązanie – zarówno wykonawcy jak i podwykonawców – do zachowania poufności i pojawia się w różnych miejscach w dyrektywie: wzmiankowane jest jako wymóg na etapie zbierania ofert i udzielania zamówień (art. 7) i może być przyczyną wyłączenia (art. 13), warunkiem zamówienia (art. 20 i 22) oraz kryterium kwalifikacji (art. 39 i 42). Razem postanowienia te pozwalają na **stosowanie wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych na wszystkich etapach od początku procedury udzielania zamówienia do końca realizacji zamówienia.**

Bezpieczeństwo dostaw natomiast (art. 23 dyrektywy obronnej) służy zagwarantowaniu suwerenności operacyjnej i można je zdefiniować jako **gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa.**

Ponieważ spełnienie powyższych wymogów niejednokrotnie wymaga **przeprowadzenia szczegółowych negocjacji** w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca umożliwił zamawiającemu przeprowadzającemu postępowanie o udzielenie takiego zamówienia **skorzystanie w większym zakresie niż w przypadku pozostałych zamówień z procedur negocjacyjnych .**

2. Podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności

Jedną z najważniejszych regulacji związanych z wprowadzeniem dyrektywy obronnej do polskiego porządku prawnego jest **uregulowanie trybów udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak również przesłanek umożliwiających ich zastosowanie.**

Podstawowymi trybami w przypadku takich zamówień są, zgodnie z nowymi regulacjami wprowadzonymi do ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 131h Pzp):

- przetarg ograniczony oraz
- negocjacje z ogłoszeniem.

W przypadkach **ściśle określonych** w ustawie Prawo zamówień publicznych, zamawiający będą mogli skorzystać również z trybów:

- dialogu konkurencyjnego,
- licytacji elektronicznej,
- negocjacji bez ogłoszenia oraz
- trybu zamówienia z wolnej ręki.

Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności **możemy zatem podzielić na dwie kategorie.**

Pierwszą z kategorii są tryby, które zamawiający może wykorzystać **zawsze, bez konieczności spełnienia określonych warunków.** Ich zastosowanie nie jest uzależnione od obowiązku spełnienia określonych przesłanek. Drugą kategorię stanowią tryby, które mogą zostać wykorzystane **jedynie w sytuacji kiedy spełnione zostaną przesłanki wymienione w ustawie Prawo zamówień publicznych.**

Inaczej niż w zamówieniach klasycznych czy tzw. zamówieniach sektorowych, w przypadku zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności procedurami bezwarunkowymi do pierwszej kategorii należą negocjacje z **ogłoszeniem** oraz **przetarg ograniczony**⁹⁷. Do drugiej kategorii trybów należą natomiast **dialog konkurencyjny** oraz **negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki, a także licytacja elektroniczna.**

⁹⁷ Zgodnie z definicją ujętą w art. 1 ust. 19 dyrektywy obronnej, „procedury ograniczone” oznaczają procedury, o udział w których ubiegać się może każdy wykonawca oraz, w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Ponadto, należy podkreślić, że zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą być udzielane z wykorzystaniem **dialogu technicznego** (art. 31a Pzp) oraz z zastosowaniem **aukcji elektronicznej** (art. 131h ust. 2 Pzp). Należy jednak podkreślić, że **ani dialog techniczny, ani aukcja elektroniczna nie stanowią trybu udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.**

W niniejszym opracowaniu należy przede wszystkim skupić się na omówieniu **trybów dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, jako trybów, których zastosowanie jest ściśle uzależnione od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie Pzp**, a także licytacji elektronicznej możliwej do wykorzystania jedynie w przypadku zamówień o mniejszej wartości, poniżej tzw. progów unijnych. Dwa pozostałe tryby, czyli **przetarg ograniczony** oraz **negocjacje z ogłoszeniem** są w przypadku zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności uznawane za tryby podstawowe, a co za tym idzie – możliwe do zastosowania w każdej sytuacji.

2.1 Przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem

Przetarg ograniczony jest, obok negocjacji z ogłoszeniem, **podstawowym trybem udzielenia zamówienia publicznego w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności**. Zgodnie z regulacją ujętą w art. 131h ust. 1 Pzp – „Zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem”. Oznacza to, że w każdym przypadku zamówienia, które może zostać zakwalifikowane jako „zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” zamawiający może skorzystać z tych trybów, bez konieczności powoływania się na wystąpienie dodatkowych okoliczności. Ponadto, zgodnie z art. 131h ust. 2 Pzp, w przypadku zastosowania trybu przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem zamawiający **może wybrać najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej**. W takim wypadku odpowiednie zastosowanie znajdują artykuły 91a – 91c Pzp regulujące warunki i przebieg aukcji elektronicznej.

Ponadto, w sytuacji gdy zamawiający udziela zamówienia **w trybie negocjacji z ogłoszeniem** może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż postępowanie będzie toczyć się w **następujących po sobie etapach**, do udziału których zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty otrzymały najwięcej punktów w wyniku zastosowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 131h ust. 4 Pzp).

W przypadku, gdy zamawiający udziela zamówienia publicznego w jednym z podstawowych trybów (oraz dodatkowo w przypadku trybu dialogu konkurencyjnego, o czym w dalszej części opracowania) zaprasza – zgodnie z art. 131j Pzp – do składania odpowiednio ofert, ofert wstępnych (albo udziału w dialogu, o czym dalej) wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, **nie mniejszej niż 3**. W sytuacji gdy **liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest zbyt niska**, aby zapewnić rzeczywistą konkurencję zamawiający może:

- **zawiesić postępowanie** i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu, określając, z zastosowaniem przepisów dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nowy termin składania wniosków odpowiednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem (albo dialogu konkurencyjnego, o czym dalej) oraz informując o tym wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo
- **unieważnić postępowanie** i wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Powyższe zostało uregulowane w art.131j ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Pozostałe tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności

Jak wspomniano powyżej, zamawiający udzielający zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności mogą, oprócz trybów podstawowych jakimi są przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem, **skorzystać również z innych trybów, których zastosowanie zostało jednak ograniczone do przypadków wyraźnie wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych**. Skorzystanie z nich jest zatem uzależnione od wystąpienia konkretnych okoliczności, których wystąpienie zamawiający musi być w stanie wykazać i uzasadnić. Wynika to z faktu, że zastosowanie trybów innych niż podstawowe stanowi wyjątek od ogólnej zasady udzielania zamówień publicznych w trybach konkurencyjnych i przejrzystych, czyli takich, które są uznane za podstawowe. Ponadto, podobnie jak ma to miejsce w przypadku zamówień klasycznych czy sektorowych, przesłanki umożliwiające zastosowanie tych trybów powinny być interpretowane ściśle.

3.1 Dialog konkurencyjny

Definicja dialogu konkurencyjnego została zawarta w art. 60a ustawy Pzp, który stanowi że **dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.**

Zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie dialogu konkurencyjnego w sytuacji **gdy łącznie** spełnione są warunki wymienione w art. 131h ust. 3 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, tryb dialogu konkurencyjnego może zostać zastosowany, gdy:

- 1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, ponieważ ze względu na **szczególnie złożony charakter zamówienia** nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- 2) **cena nie jest jedynym kryterium** wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jak wskazano w *Wytycznych*⁹⁸ przyjmuje się, że zamówienie może być szczególnie złożone ze względów technicznych lub z uwagi na strukturę prawno-finansową.

Zamówienia szczególnie złożone pod względem technicznym mają miejsce wówczas, gdy zamawiający nie jest w stanie opisać, czy to za pomocą specyfikacji technicznych czy też poprzez wymagania funkcjonalne, przedmiotu zamówienia lub też w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie określić, które z dostępnych rozwiązań technicznych będzie najbardziej odpowiadało potrzebom związanym z realizacją danego zamówienia.

Zamówienia szczególnie złożone pod względem struktury prawno-finansowej występują najczęściej w projektach realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Obie przesłanki zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego **muszą być spełnione łącznie**, aby można było z niego skorzystać.

Udzielając zamówienia publicznego w tym trybie, zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu albo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że **postępowanie będzie**

⁹⁸ „Wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów w dniu 18 listopada 2010 r., dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, www.uzp.gov.pl.

prorowadzone w następujących po sobie etapach, do udziału w których zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty otrzymały najwięcej punktów w wyniku zastosowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 131h ust. 4 Pzp).

Ponadto, zamawiający udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie dialogu konkurencyjnego (analogicznie jak to było w omówionych powyżej trybach przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem) zaprasza do udziału w dialogu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu i zapewniającej konkurencję lecz **nie mniejszej niż 3**. Analogicznie jak w przypadku trybów podstawowych, również i w przypadku dialogu konkurencyjnego, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest zbyt niska, aby zapewnić rzeczywistą konkurencję, zamawiający może **zawiesić postępowanie** i ponownie opublikować ogłoszenie o zamówieniu albo **unieważnić postępowanie i wszcząć nowe postępowanie** o udzielenie zamówienia (art. 131j Pzp).

3.2 Licytacja elektroniczna

Zgodnie z art. 131h ust. 1 Pzp, zamawiający w przypadku o którym mowa w art. 74 ust. 2 może udzielić zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa również w trybie licytacji elektronicznej. Przepis ten pozwala na udzielanie zamówień w tym trybie, **jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. progów unijnych**, czyli zamówień których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku zastosowania tego trybu, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (tzw. postąpienia), które podlegają automatycznej klasyfikacji. Licytacja odbywa się za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej i umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną (art. 74 Pzp).

W trybie licytacji elektronicznej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przebiega w sposób analogiczny jak w przypadku tzw. zamówień klasycznych, czyli niezwiązanych z bezpieczeństwem i obronnością.

3.3 Negocjacje bez ogłoszenia

Zgodnie z definicją zawartą w art. 61 ustawy Pzp, negocjacje bez ogłoszenia to **tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert**.

Możliwość udzielenia zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, została regulowana w art. 131h ust. 5 Pzp.

Artykuł ten wskazuje, że zamówienia w tym trybie można udzielić w następujących sytuacjach:

- 1) przedmiotem zamówienia są **rzeczy wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych** z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 3) ze względu na **pilną potrzebę** udzielenia zamówienia **wynikającą z sytuacji kryzysowej** nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 4) ze względu na **pilną potrzebę** udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 5) przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 4 pkt 5b Pzp⁹⁹;
- 6) w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestniczeniem w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy

⁹⁹ Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 5b Pzp: „Ustawy nie stosuje się do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu UE, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”.

przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane, lub

- 7) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **wszystkie oferty zostały odrzucone**, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione i zamawiający uwzględni w tym postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy podczas wcześniejszego postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego złożyli oferty.

W przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia ww. przesłanki **nie muszą zachodzić jednocześnie**, jak to było w przypadku dialogu konkurencyjnego. W omawianym trybie, **co najmniej jedna ze wspomnianych okoliczności uzasadnia jego zastosowanie**. Oczywiście, również i w tym przypadku, instytucja zamawiająca musi być w stanie udowodnić, że okoliczności na które się powołuje faktycznie miały miejsce.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia został przeniesiony na grunt prawa polskiego z uwzględnieniem regulacji przewidzianej w dyrektywie obronnej. Prawo unijne pozwala na zastosowanie **procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu**, oczywiście – jak wskazano wcześniej – po udowodnieniu, że zostały spełnione przesłanki pozwalające na zastosowanie tej procedury. Przesłanki te w dużej mierze są takie same jak te przewidziane dla procedury negocjacji bez ogłoszenia w zamówieniach klasycznych. Niemniej jednak Pzp, w ślad za dyrektywą przewiduje także dodatkowe okoliczności, które ze względu na specyfikę zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa powinny być uwzględnione jako umożliwiające odwołanie się do trybu nie przewidującego publikacji ogłoszenia.

Jak wskazuje preambuła do dyrektywy 2009/81/WE, niektóre wyjątkowe okoliczności **mogą uniemożliwić zastosowanie procedury z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub sprawić, że byłaby ona całkowicie nieodpowiednia**. Instytucje/podmioty zamawiające powinny więc mieć możliwość, w pewnych dokładnie określonych przypadkach i okolicznościach, zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (motyw 50). Niektóre okoliczności powinny być częściowo takie same jak okoliczności przewidziane w dyrektywie 2004/18/WE. W tym względzie trzeba szczególnie brać pod uwagę fakt, że wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest często bardzo

złożone technicznie. Dlatego też **niekompatybilność lub nieproporcjonalne trudności techniczne związane z ich stosowaniem i konserwacją, uzasadniające skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia w przypadku zamówień wyposażenia dla dostaw uzupełniających, powinny być oceniane w świetle tej właśnie złożoności i związanych z tym wymogów interoperacyjności oraz standaryzacji wyposażenia.** Dotyczy to m.in. przypadku integracji nowych komponentów z istniejącymi systemami lub modernizacji takich systemów (motyw 51). Może się zdarzyć, że w przypadku niektórych zakupów objętych zakresem dyrektywy obronnej, tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie z uwagi posiadania wyłącznych praw lub ze względów technicznych. W takich przypadkach instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinny mieć prawo udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych bezpośrednio z tym jedynym wykonawcą. Jednak **względy techniczne decydujące o tym, że tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie, powinny być rygorystycznie zdefiniowane i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku.** Może to obejmować przykładowo niemożność ze względów ściśle technicznych ze strony kandydata innego, niż wybrany wykonawca, realizacji wymaganych celów lub konieczność korzystania z wiedzy fachowej, narzędzi lub środków, którymi dysponuje tylko jeden wykonawca. Sytuacja taka może wystąpić przykładowo w przypadku modyfikacji lub modernizacji szczególnie złożonego sprzętu. Względy techniczne mogą wynikać również z wymogów szczególnej interoperacyjności lub bezpieczeństwa, które muszą zostać spełnione, aby zapewnić funkcjonowanie sił zbrojnych lub służb bezpieczeństwa (motyw 52). Co więcej, specyfika zamówień podlegających niniejszej dyrektywie **ukazuje konieczność przewidzenia nowych okoliczności, jakie mogą zaistnieć w dziedzinach nią objętych** (motyw 53).

3.4 Zamówienie z wolnej ręki

Definicja trybu zamówienia z wolnej ręki została ujęta w art. 66 ustawy Pzp, który mówi że **jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.**

Znowelizowana ustawa Pzp pozwala na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, **jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności** wymienionych w art. 131h ust. 6 Pzp, mianowicie:

- 1) zachodzą okoliczności wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, pkt 5, 8 i 9, czyli:

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp);
 - w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp);
 - możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym (art. 67 ust. 1 pkt 8 Pzp);
 - zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 67 ust. 1 pkt 9 Pzp);
- 2) ze względu na sytuację kryzysową wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

- 4) zamówienie dotyczy dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego wykonawcę, których celem jest częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji lub zwiększenie dostaw lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu; przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat;
- 5) w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest zamówienie uzupełniające tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Ponadto, zgodnie z art. 131h ust. 7 Pzp, w **nadzwyczajnych okolicznościach związanych z oczekiwanym cyklem życia dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów**, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie:

- 1) art. 131h ust. 6 pkt 4 Pzp – nie stosuje się wymogu, aby czas trwania takiego zamówienia nie przekraczał 5 lat;
- 2) art. 131h ust. 6 pkt 5 Pzp – nie stosuje się wymogu udzielenia zamówienia w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego.

Artykuł 131h ust. 7 Pzp odnosi się do pojęcia **cyklu życia**, którego definicja została wprowadzona do ustawy art. 2 pkt 1a Pzp, wskazującym, że jako cykl życia produktu należy rozumieć wszelkie możliwe **kolejne fazy istnienia danego produktu**, w szczególności:

- badanie,
- rozwój,
- projektowanie przemysłowe,
- produkcję,
- naprawę,
- modernizację,

- zmianę,
- utrzymanie,
- logistykę,
- szkolenie,
- testowanie,
- wycofanie i
- usuwanie.

Powyższa definicja odpowiada definicji ujętej w art. 1 pkt 26 dyrektywy 2009/81/WE. Motyw 12 dyrektywy wyjaśnia natomiast, że dyrektywa powinna uwzględniać potrzeby instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w całym cyklu życia produktu, np. badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcja, naprawa, modernizacja, modyfikacja, konserwacja, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofywanie i unieszkodliwianie. Etapy te obejmują przykładowo badania, oceny, magazynowanie, transport, integracja, serwisowanie, demontaż, niszczenie oraz wszelkie inne usługi wynikające z pierwotnej konstrukcji. Niektóre zamówienia mogą obejmować dostawę części, komponentów lub zespołów, które mają zostać włączone do produktów lub na nich zamontowane lub dostawę konkretnych narzędzi, urządzeń testowych lub wsparcia.

4. Podsumowanie

Podsumowując rozważania dotyczące nowych regulacji w zakresie trybów udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, należy wskazać, że zostały one uregulowane w sposób odpowiadający specyficznemu zakresowi działalności jaką reguluje rozdział 4a ustawy Pzp „Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”. Podstawową różnicą w stosunku do tzw. zamówień klasycznych jest w tym kontekście fakt, że dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa podstawowymi procedurami są przetarg ograniczony i tryb negocjacji z ogłoszeniem, którego zastosowanie w zamówieniach klasycznych wymaga spełnienia określonych warunków. Istotne zmiany wprowadzone zostały także w trybach: negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, będących odpowiednikami procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia wskazanej w dyrektywie obronnej. Jakkolwiek skorzystanie z tych trybów wymaga spełnienia warunków w dużej mierze takich samych jak w przypadku zamówień klasycznych, przepisy regulujące udzielanie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa przewidują także dodatkowe okoliczności, w których skorzystanie z tych trybów będzie uzasadnione. Okoliczności te wiążą się z bardzo specyficznymi potrzebami występującymi w tego rodzaju zamówieniach, wynikającymi np. z

sytuacji kryzysowych czy też z konieczności zapewnienia kompatybilności zamawianych urządzeń.

Regulacje wprowadzone w tym zakresie nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych pozostają w pełni zgodne z wymogami prawa europejskiego i biorą pod uwagę szczególną złożoność zamówień realizowanych w tym zakresie.

9. Katalog przesłanek umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienia postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

1. Wprowadzenie

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) wprowadzona *ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy na roboty budowlane lub usługi*¹⁰⁰ w art. 131l implementująca na grunt prawa polskiego rozwiązania przewidziane *dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE*¹⁰¹ (tzw. dyrektywa obronna) wprowadziła **otwarty katalog podstaw umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienie postępowania.**

Regulacje ujęte w tym artykule znajdują zastosowanie do zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, **jeżeli przedmiotem takiego zamówienia są:**

- dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa powyżej i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

¹⁰⁰ Dz. U. z 2012 r., poz. 1271

¹⁰¹ Dz. U. UE L 216 z dn. 20.08.2009 r., str. 76.

Zakres przedmiotowy kategorii „zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” został uregulowany w art. 131 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozszerzenie katalogu przesłanek pozwalających na odrzucenie oferty oraz unieważnienie postępowania w przypadku zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zostało podyktowane koniecznością wprowadzenia regulacji odpowiadających specyfice działalności regulowanej przepisami dyrektywy 2009/81/WE, czyli tzw. dyrektywy obronnej.

Zgodnie z nową regulacją ujętą w art. 131 ust. 1 Pzp, zamawiający może:

- 1) **odrzuć ofertę** na podstawie przesłanek odrzucenia oferty **innych niż przesłanki**, o których mowa w art. 89 ust. 1 Pzp oraz
- 2) **unieważnić postępowanie** na podstawie przesłanek unieważnienia postępowania **innych niż przesłanki**, o których mowa w art. 93 ust. 1 i 1a Pzp

pod warunkiem, określenia ich w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższy artykuł wprowadza zatem **otwarty katalog** podstaw umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienie postępowania. W takiej sytuacji, konieczne jest jednak zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego konieczne jest określanie przesłanek odrzucenia oferty oraz unieważnienia postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ.

Ponadto, art. 131 ust. 2 Pzp daje wykonawcy możliwość wystąpienia do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie przesłanek odrzucenia oferty lub przesłanek unieważnienia postępowania, które zostały określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

2. Odrzucenie oferty

Zgodnie z regulacją ujętą w art. 89 ust. 1 Pzp, **zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli**

- 1) jest niezgodna z ustawą;

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3¹⁰²;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;

7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W celu **zapewnienia bezpieczeństwa państwa**, nowa regulacja w przepisie art. 131l ust. 1 pkt 1 Pzp wprowadza regulację, zgodnie z którą zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie przesłanek **innych aniżeli przesłanki, o których mowa w cytowanym powyżej art. 89 ust. 1** pod warunkiem, że przesłanki te określi w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – co istotne – w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu.

W przypadku **odrzućcenia oferty** z przyczyn innych aniżeli ujęte w art. 89 ust. 1 Pzp – art. 92 Pzp należy stosować odpowiednio, a zatem zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie **zawiadamia wykonawców o:**

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

¹⁰² Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Ponadto, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty **zamawiający zamieszcza informacje** dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację **na stronie internetowej** oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

3. Unieważnienie postępowania

Zgodnie z regulacją ujętą w art. 93 ust. 1 Pzp, zamawiający **unieważnia postępowanie** o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

- 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, zgodnie z art. 93 ust. 1a Pzp, zamawiający **może unieważnić postępowanie** o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
- zaproszeniu do negocjacji - w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
- zaproszeniu do składania ofert - w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Dążąc do **zapewnienia bezpieczeństwa państwa**, w art. 131l ust.1 pkt 2 Pzp wprowadzono nową regulację, która pozwala na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanek unieważnienia innych aniżeli te, wymienione w art. 93 ust. 1 i 1a Pzp. Warunkiem jaki musi w takiej sytuacji spełnić zamawiający jest **określenie takich dodatkowych przesłanek w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia**, które musi być jednoznaczne i wyczerpujące, a także zapewniające zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Jednocześnie, nowa regulacja pozwala wykonawcy na wystąpienie do zamawiającego **z wnioskiem o wyjaśnienie przesłanek unieważnienia postępowania**, które zostały zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W sytuacji, gdy zamawiający **unieważni postępowanie** na podstawie przesłanek unieważnienia postępowania innych niż przesłanki o których mowa w art. 93 ust. 1 i 1a Pzp, zamawiający **zawiadamia wykonawców**, którzy:

- 1) ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,
- 2) złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

4. Obowiązek informowania

Zgodnie z regulacją ujętą w art. 35 dyrektywy 2009/81/WE, tak szybko jak to możliwe instytucje/podmioty zamawiające informują kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia (lub zawarcia umowy ramowej), w tym także o podstawach do podjęcia decyzji o rezygnacji z udzielenia zamówienia (lub zawarcia umowy ramowej), dla których wszczęto postępowanie, lub o ponownym wszczęciu postępowania. Informacje takie udzielane są na piśmie na podstawie wniosków przedkładanych instytucjom/podmiotom zamawiającym.

Dodatkowo, na wniosek zainteresowanej strony (z zastrzeżeniem art. 35 ust. 3 dyrektywy obronnej) instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, niezwłocznie, i nie później niż w ciągu 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku, informuje:

- a) każdego odrzuconego kandydata o przyczynach odrzucenia jego wniosku;
- b) każdego odrzuconego oferenta o przyczynach odrzucenia jego oferty, w tym, w szczególności, w przypadkach, o których mowa w art. 18 ust. 4 i 5, o przyczynach podjęcia decyzji o nierównoważności lub decyzji, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymogów dotyczących charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, a w przypadkach, o których mowa w art. 22 i 23, o przyczynach podjęcia decyzji o niezgodności z wymogami w zakresie bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw;
- c) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, która została odrzucona, o cechach i względnej przewadze oferty, która została wybrana, jak również o nazwie wybranego oferenta lub nazwach stron umowy ramowej.

Ponadto, należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 35 ust. 3 dyrektywy obronnej, instytucje/podmioty zamawiające mogą podjąć **decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji**, o których mowa powyżej (art. 35 ust. 1 dyrektywy obronnej), w odniesieniu do udzielania zamówień (lub zawierania umów ramowych), jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w

szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

10. Pozostałe zmiany w Prawie zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Podział zamówienia na części

Warunkiem powstania obowiązku stosowania przepisów rozdziału dotyczącego zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa jest kumulatywne spełnienie przesłanek, o których mowa w:

1. art. 131a ust. 1 ustawy Pzp, na które składają się:

a) posiadanie przez podmiot udzielający zamówienia statusu zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp zamówień publicznych,

b) udzielanie zamówienia na:

- dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty.

2. w odniesieniu do dostaw i usług: art. 131b ustawy Pzp, tj. udzielanie zamówienia w dziedzinach obronności o bezpieczeństwa na dostawy lub usługi o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

3. brak istnienia podstaw do wyłączenia stosowania ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wskazanych w art. 4b ust. pkt 1-7 i art. 4 pkt 5 i 5b.

Znowelizowane przepisy wskazują i określają również zasady postępowania w odniesieniu do zamówień mieszanych, czyli obejmujących przedmiotowo zarówno zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp. I tak - zgodnie z art. 131a ust. 2 ustawy Pzp przepisy rozdziału dotyczącego zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się również do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy ustawy, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Kolejny ustęp ww. artykułu stanowi z kolei, że ustawy nie stosuje się do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie ustawy, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Dodany nowelizacją przepis ust. 4 art. 131a ustawy Pzp formułuje ponadto zakaz łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu uniknięcia stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone przepisy, jak również ogólne zasady odnoszące się do czynności szacowania wartości zamówienia i kwestii związanych z prawnie dopuszczalnym podziałem lub kumulacją zamówień, wskazać należy, że zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zobowiązany jest wziąć pod uwagę nie tylko regulacje zawarte w dodanym nowelizacją Rozdziale 4a ustawy Pzp, ale również ogólne przepisy odnoszące się do czynności przygotowawczych poprzedzających wszczęcie każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności regulacje prawne w zakresie ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia (art. 32 - 35 ustawy Pzp). Zamawiający jest także w szczególności zobowiązany do określenia: co jest przedmiotem zamówienia, i ustalenia przepisy jakiego reżimu udzielania zamówień publicznych (klasycznego, sektorowego, czy tzw. obronnego) znajdą zastosowanie do nabycia przedmiotu zamówienia, względnie czy dany przedmiot zamówienia objęty jest wyłączeniem stosowania ustawy Pzp. Wskazania powyższe nie nastroczają trudności, jeżeli chodzi o zamówienia jednorodnjowe. Jeżeli zatem przykładowo zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp planuje nabyć 100 czołgów, zobowiązany jest on wziąć pod uwagę przy udzielaniu takiego zamówienia przepisy Rozdziału 4a ustawy Pzp jako wyznaczające szczególny reżim udzielania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i przepisy właściwe dla zamówień klasycznych w zakresie nieuregulowanym odrębnie w ramach ww. rozdziału. Jeżeli natomiast zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp ma zamiar nabycia np. 1000 sztuk mundurów wojskowych, jego postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na ww. dostawę regulować winny przepisy właściwe dla klasycznego reżimu udzielania zamówień publicznych. W sytuacji natomiast, gdy mamy do czynienia z zamówieniami, które obejmują swoim przedmiotem zarówno dostawy, usługi i roboty budowlane określone w art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, jak i inne zamówienia, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy, zgodnie z treścią ust. 2 art. 131a ustawy Pzp, zamawiający, o którym mowa w art. 3

ust. 1 pkt 1-4 stosuje przepisy Rozdziału 4a, gdy udzielenie jednego zamówienia obejmującego cały zróżnicowany przedmiot zamówienia jest uzasadnione z obiektywnych przyczyn. Ustawa Pzp nie znajduje zastosowania w związku z treścią art. 131a ust. 3 ustawy do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie przepisów ustawy Pzp w sytuacji, gdy udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Z powyższego wynika zatem, że w obydwu wyżej wskazanych przypadkach zastosowanie mają te same zasady, otóż zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp może zastosować mniej restrykcyjne regulacje tzw. reżimu obronnego dla całego zamówienia, pod warunkiem, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia jest uzasadniona z obiektywnych względów i nie została podjęta w celu wyłączenia zamówień z zakresu zastosowania reżimu obronnego albo klasycznego lub sektorowego. Dlatego też w odniesieniu do sytuacji wskazanej w ust. 2 art. 131a ustawy całego zamówienia udziela się w zgodzie z przepisami wskazanymi w Rozdziale 4a ustawy Pzp, natomiast w przypadku uregulowanym w ust. 3 art. 131a ustawy – zamówienie nie podlega w ogóle przepisom ustawy Pzp. Należy przy tym zwrócić uwagę, że skutek zastosowania tych zasad dochodzi do wyłączenia niektórych zamówień z zakresu stosowania przepisów reżimu udzielania klasycznego lub sektorowego zamówień publicznych, bądź stosowania przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które w innych okolicznościach miałyby do niego zastosowanie. W związku z powyższym przepisy art. 131a ust. 2 i 3 winny być ściśle interpretowane, a zamawiający opierający się przy udzielaniu mieszanego zamówienia na ww. przepisach są zobowiązani udowodnić, że różne komponenty zamówienia mieszanego są obiektywnie powiązane w sposób uzasadniający włączenie ich w tramy jednego zamówienia, a w konsekwencji - że niezbędne jest udzielenie całości takiego zamówienia jednemu wykonawcy¹⁰³. Powyższe potwierdza wyrażony w ust. 4 art. 131a ustawy Pzp zakaz łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu uniknięcia stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

Przechodząc w tym miejscu do omówienia czynności związanych z szacowaniem wartości zamówienia w odniesieniu do zamówień regulowanych przepisami Rozdziału 4a ustawy Pzp, wskazać należy na brak szczególnej regulacji w tym względzie w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, co – jak to zostało wyżej wskazane –

¹⁰³ Por. wyrok z dnia 6 maja 2010 r. w połączonych sprawach C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki AE, paragraf 45-64.

oznacza, że zamawiający winien stosować w tym zakresie przepisy ogólne (art. 32-35 ustawy Pzp). Zgodnie zatem z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z przepisu tego wynika obowiązek dołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia. Jednocześnie w myśl art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu w kontekście zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu (np. w przypadku robót budowlanych, do których regulacje rozdziału 4a stosuje się już od progu określonego w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp), czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów rozdziału 4a na podstawie art. 131b ustawy Pzp na skutek odrębnego oszacowania wartości poszczególnych części jednego zamówienia na dostawy lub usługi. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w ogóle albo przepisów właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych, itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazać przy tym należy, że dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak

tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. I tak z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł (np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32 - 35 ustawy Pzp.

Uelastycznienie kryteriów oceny ofert

Nawiązując w pierwszej kolejności do treści regulacji unijnych, wskazać należy, że w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w art. 47 ust. 1 odpowiada postanowieniom dyrektywy 2004/18/WE, jednakże wskazuje ona ponadto na szczególne kryteria oceny ofert wynikające ze specyfiki udzielania zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności, przede wszystkim w zakresie bezpieczeństwa informacji, bezpieczeństwa dostaw i konieczności zachowania elastyczności procedur.

Implementację postanowień dyrektywy obronnej w zakresie kryteriów oceny ofert stanowi przepis art. 131k ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika więc, że - podobnie

jak w zamówieniach klasycznych, zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosowane kryterium ceny, czy też pod uwagę oprócz ceny będą brane także inne kryteria oceny ofert. przepis art. 131k ust. 1 zawiera również przykładowe wyliczenie pozacenowych kryteriów oceny ofert, wskazując, że zamawiający może stosować w szczególności:

- 1) kryteria, o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, a więc jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia, itp., ale także
- 2) kryteria takie, jak koszt cyklu życia produktu, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Instytucja zamawiająca jest przy tym zobowiązana do określenia w dokumentacji zamówienia (ogłoszeniach o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, dokumentach opisowych lub dokumentach dodatkowych) wagi przypisanej każdemu z kryteriów wybranych w celu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dyrektywa obronna przewiduje również – odmiennie niż w zamówieniach klasycznych i sektorowych, możliwość określenia wag kryteriów za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jednocześnie przepisy dyrektywy przewidują sytuację, w której - jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, w dokumentacji zamówienia powinny być podane kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (art. 47 ust. 2). Przy zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podmioty/instytucje zamawiające mogą odstąpić od określenia wagi kryteriów udzielania zamówień w należycie uzasadnionych przypadkach, których występowanie muszą być w stanie umotywować, jeżeli wagi takiej nie można ustalić z góry, w szczególności ze względu na złożoność zamówienia (por. motyw 70 dyrektywy obronnej). Podobnie jak dyrektywa klasyczna i sektorowa, dyrektywa obronna 2009/81/WE określa również ogólne zasady dotyczące kryteriów oceny ofert, wskazując iż zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji (por. motyw 69 i 70 dyrektywy obronnej).

Z powyższego wynika więc, że otwarty katalog pozacenowych kryteriów oceny ofert określony w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca rozszerzył o nowe przykłady, artykułując wprost możliwość stosowania przez zamawiających kryteriów takich, jak:

- cykl życia produktu (Life Cycle Cost – LCC), a więc kryterium pozwalającego zamawiającemu na wybór oferty przewidującej najbardziej dla niego optymalny zakup z uwzględnieniem kosztów produktu/usługi przez cały okres użytkowania, takich jak cena zakupu, koszty użytkowania, konserwacji i koszty utylizacji. Całkowity koszt życia produktu obliczany jest zatem z uwzględnieniem zarówno kosztów zakupu i instalacji, rocznych kosztów wydatków związanych z użytkowaniem (koszty energii elektrycznej, koszty obsługi i napraw, koszty eksploatacji) pomnożonych przez zakładaną liczbę lat użytkowania, jak i z uwzględnieniem takich czynników jak stopa inflacji i stopa oprocentowania (dyskonta).
- rentowność, a więc kryterium odnoszące się do oceny stopnia/wskaźnika zyskowności danej inwestycji;
- serwis posprzedażny i pomoc techniczna - kryterium to może przy tym dotyczyć różnych cech serwisu, w szczególności: (1) długości czasu, w jakim zostają naprawione usterki (tzw. czasu reakcji serwisu), (2) czasu pracy punktów serwisowych albo (3) możliwości naprawy sprzętu w siedzibie zamawiającego, itp.
- bezpieczeństwo dostaw - art. 23 dyrektywy obronnej i odpowiadający mu przepisy art. 131g ust. 2 pkt 1-8 ustawy Pzp zawierają określenie tych informacji w oparciu, o które zamawiający mogą konstruować opis kryterium bezpieczeństwa dostaw, uwzględniając w tym zakresie postawione przez siebie minimalne wymagania w szczególności w zakresie: dokumentacji wskazującej, że wykonawca będzie w stanie spełnić wymogi w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem czy dokumentacji wykazującej, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw wykonawcy umożliwią mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia.
- interoperacyjność, a więc kryterium zgodności, rozumianej jako przydatność produktów, procesów lub usług przeznaczonych do wspólnego użytkowania, pod specyficznymi warunkami zapewniającymi spełnienie istotnych wymagań i przy braku niepożądanych oddziaływań, względnie wymienności, rozumianej jako możliwość zastąpienia produktu, procesu lub usługi bez jednoczesnego zakłócenia wymiany informacji pomiędzy podmiotami realizującymi zadania publiczne lub pomiędzy tymi podmiotami a ich klientami, przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, czy - właściwości operacyjne.

Jednocześnie, ustawodawca wyłączył w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obowiązek stosowania przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 91 ust. 8 ustawy Pzp, który obliguje Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (określenie kryteriów nastąpi przy uwzględnieniu potrzeby wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz szczególnego charakteru lub celu zamówienia publicznego¹⁰⁴).

Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Należy przy tym zauważyć, że chociaż zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, odnoszący się do przedmiotu zamówienia, tak by zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę na regulacje, które ograniczają swobodę wyboru kryteriów oceny ofert i wprowadzają obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Do wyjątków od zasady swobody wyboru przez zamawiającego kryteriów oceny ofert pomiędzy zastosowaniem wyłącznie kryterium cenowego a zastosowaniem kryterium cenowego w połączeniu z kryteriami pozacenowymi należy w szczególności postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, w którym zamawiający nie może stosować wyłącznie kryterium cenowego (por. art. 131h ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp).

Ustęp drugi art. 131k ustawy wskazuje natomiast, że zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert wraz z ich opisem,

¹⁰⁴ Dotychczas w oparciu o delegację z art. 91 ust. 8 zostało wydane Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych z dnia 10 maja 2011 r. w *sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych* – Dz. U. Nr 96, poz. 559.

podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert. Z powyższego wynika więc obowiązek instytucji/podmiotów zamawiających określenia kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym kandydatom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. Zwrócić przy tym uwagę należy na tryb dialogu konkurencyjnego, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi dopiero efekt finalny przeprowadzonego z ubiegającymi się o udzielenie zamówienia podmiotami dialogu. Z uwagi na fakt, że przepis art. 131k ust. 2 nie wyłącza, ani nie modyfikuje treści znajdującego w tym przypadku zastosowanie przepisu art. 60c ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera odpowiednie odwołanie do norm regulujących treść ogłoszenia o zamówieniu (art. 40 i 48 ust. 2 ustawy Pzp), zamawiający jest związany kryteriami oceny ofert przewidzianymi w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym, a więc podanymi do publicznej wiadomości przed zaproszeniem do udziału w dialogu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie może dokonywać zmiany powyższych kryteriów na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Mając na względzie powyższe, należy opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym niedopuszczalne jest przygotowanie postanowień specyfikacji, czy zmiana ich treści, powodujące konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryteriów oceny ofert. Z uwagi bowiem na fakt, że kryteria oceny ofert określone w zamówieniu nie podlegają modyfikacji, niedopuszczalne jest sformułowanie zapisów siwz, czy też taka ich zmiana, skutkiem której doszłoby do rozszerzenia katalogu kryteriów oceny ofert, czy też wykluczenia niektórych wskazanych w ogłoszeniu kryteriów. Podkreślenia wymaga przy tym, że ustawa z dnia 12 października 2012 r. wprowadziła do ustawy Pzp nowe elastyczne rozwiązanie, a mianowicie możliwość podania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie można, na tym etapie postępowania (ogłoszenia o zamówieniu – *przyp. autora*), ustalić znaczenia kryteriów oceny ofert (art. 60c ust. 1a ustawy Pzp). W powyższej sytuacji przepis art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do obowiązku ścisłego określenia przez zamawiającego wag poszczególnych sformułowanych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów. Interpretując omawianą regulację, zwrócić należy również uwagę na brzmienie motywu 70 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym instytucje/podmioty zamawiające mogą odstąpić od określenia wagi kryteriów udzielania zamówień w należycie uzasadnionych przypadkach, których występowanie muszą być w stanie umotywować, jeżeli wagi takiej nie można ustalić

z góry, w szczególności ze względu na złożoność zamówienia. W takich przypadkach zamawiający wskazują kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Mając na względzie powyższe, w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego za niedozwolone uznać należy wprowadzanie do specyfikacji nowych kryteriów, względnie modyfikowanie lub usuwanie kryteriów podanych w ogłoszeniu, jak również sformułowanie zapisów siwz lub zmianę siwz w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu w zakresie określenia kolejności poszczególnych kryteriów w przypadku, gdy zamawiający zastosował, zgodnie z art. 60c ust. 1b ustawy Pzp – gradację kryteriów: najważniejsze - najmniej istotne). Dopuszczalne jest przy tym wprowadzenie w siwz - na skutek przeprowadzonego dialogu - precyzyjnego opisu sposobu oceny w ramach poszczególnych kryteriów wskazanych uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu, uszczegółowienie i doprecyzowanie regulacji w ramach każdego z tych kryteriów, wyodrębnienie w ramach poszczególnych wskazanych w ogłoszeniu kryteriów podkryteriów, jak również przyznanie tym ostatnim określonej wagi w ramach wagi kryterium podlegającego podziałowi na podkryteria¹⁰⁵. Z uwagi natomiast na fakt, że sposób oceny ofert, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp formułowany jest dopiero w siwz, jego uszczegółowienie na tym etapie nie prowadzi do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślenia wymaga, że doprecyzowanie sposobu oceny ofert w ramach poszczególnych, przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, nie może mieć jednak wpływu ani na zakres przyjętych pierwotnie przez zamawiającego kryteriów, ani na ich wagę – gdy zamawiający wskazał ją już w zamówieniu, względnie pozycję – gdy zamawiający przyjął system gradacyjny.

Omawiając kwestię kryteriów oceny ofert należy mieć również na względzie motyw nr 63 dyrektywy obronnej, który wskazuje, że w przypadku dialogu konkurencyjnego oraz procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia z uwagi na elastyczność, która może być

¹⁰⁵ Por. orzeczenie ETS w sprawie ATI EAC Srl e Maggi di Maio Snc (C-331/04, orzeczenie z dnia 24 listopada 2005 r.), które w wymiarze ogólnym odnosi się do możliwych zmian w zakresie ważenia i znaczenia poszczególnych kryteriów wyboru oferty. W wyroku tym ETS wskazał, że „przepisy prawa wspólnotowego nie stoją na przeszkodzie temu, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom kryterium oceny, rozdzielając pomiędzy nimi nieokreśloną przez zamawiającego w specyfikacji lub ogłoszeniu liczbę punktów dla danego kryterium, pod warunkiem, że decyzja taka: nie zmienia określonych w specyfikacji technicznej lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielania zamówienia, nie zawiera informacji, które, jeśli byłyby znane na etapie przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na ich treść, nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów”.

wymagana, oraz wysoki poziom kosztów związanych z zastosowaniem takich metod udzielania zamówień, instytucje/ podmioty zamawiające powinny mieć prawo do przeprowadzania tej procedury etapami w celu stopniowego zmniejszenia, na podstawie przedstawionych wcześniej kryteriów udzielania zamówień, liczby ofert, które zostaną poddane dyskusji lub negocjacjom. W stopniu, w jakim pozwala na to liczba odpowiednich rozwiązań lub kandydatów, redukcja taka powinna zapewnić warunki prawdziwej konkurencji. Do regulacji tej nawiązuje wprost przepis art. 131h ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż postępowanie będzie toczyć się w następujących po sobie etapach, do udziału w których zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty otrzymały najwięcej punktów w wyniku zastosowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

Udzielanie zaliczek na poczet wykonania zamówienia

Zgodnie z wprowadzonym ustawą nowelizacyjną z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi przepisem art. 131w ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli:

- 1) możliwość taka przewidziana została w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lub
- 2) wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki (art. 131w ust. 1 ustawy Pzp).

Przytoczony przepis rozszerza więc prawną dopuszczalność udzielania zaliczek w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w stosunku do możliwości wynikających z przepisu art. 151a ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego ostatniego, zamawiający może wprowadzić udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka zostanie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym niemniej dodatkowe ograniczenia w zakresie możliwości zaliczkowania wprowadza art. 151a ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający należący do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych (z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, a także innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka

samorządu terytorialnego), może udzielać zaliczek, jeżeli: 1) zamówienie będzie finansowane z udziałem: a) środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, b) niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), c) niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione w lit. a i b, pochodzących ze źródeł zagranicznych, lub 2) przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane. Z porównania wskazanych wyżej regulacji wynika zatem, że należący do sektora finansów publicznych zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uzyskali możliwość udzielania zaliczek na poczet zamówienia w przypadku wszczęcia postępowania w trybie poprzedzonym publikacją ogłoszenia o zamówieniu, kiedy możliwość taka została wprost przewidziana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno w odniesieniu do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, jak również w stosunku do zamówień na dostawy i usługi bez względu na źródło ich finansowania.

Zważyć przy tym należy, że zgodnie z reżimem klasycznym zamawiający posiadający status jednostki sektora finansów publicznych, włączając w to jednostki samorządu terytorialnego oraz jednostki przez nie utworzone lub nadzorowane, nie mogą udzielać zaliczek w sytuacji, gdy wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub trybie zamówienia z wolnej ręki (por. art. 151a ust. 3 ustawy Pzp). W tym zakresie w odniesieniu do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wprowadzone zostało odmienne rozwiązanie, gdyż ustawodawca przewidział możliwość udzielenia zaliczek na poczet zamówienia także w przypadku, gdy wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, a więc w negocjacyjnych trybach udzielania zamówienia publicznych, które nie są poprzedzone publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe jest jednak możliwe wyłącznie po kumulatywnym spełnieniu warunków opisanych w przepisie art. 131w ust. 2 ustawy Pzp, tj. w sytuacji, gdy: 1) wysokość jednorazowej zaliczki nie przekracza 25% wartości wynagrodzenia wykonawcy; 2) zasady udzielania zaliczek zostały określone w zaproszeniu o negocjacji i pozostaną niezmienione w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia. Do wskazania innych doniosłych elementów zaliczki zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności zgodnie z brzmieniem przepisu art. 131w ust. 3 ustawy Pzp winni odpowiednio stosować regulacje przewidziane w art. 151 ust. 4-7 ustawy Pzp.

Umowa ramowa

Konstrukcja umowy ramowej w dyrektywie obronnej (art. 29 dyrektywy 2009/81/WE) została oparta na przepisie art. 32 dyrektywy klasycznej, za wyjątkiem regulacji dotyczącej przedłużonego okresu obowiązywania umowy, który zgodnie z art. 29 ust. 2 dyrektywy 2009/81/WE nie może przekroczyć 7 lat, chyba że okres ten musi być dłuższy z powodu nadzwyczajnych okoliczności, określonych z uwzględnieniem oczekiwanego okresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana dostawcy. W takich jednak nadzwyczajnych okolicznościach na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania odpowiedniego uzasadnienia tych okoliczności w formie ogłoszenia informacyjnego. Dyrektywa obronna wskazuje również, że instytucje/podmioty zamawiające nie mogą stosować umów ramowych w sposób nieodpowiedni ani też w sposób wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

Przechodząc na grunt regulacji polskich, wskazać należy w pierwszej kolejności, że ustawodawca polski wprowadził definicję legalną umowy ramowej, która typizuje ją jako czynność typu umownego zawartą pomiędzy zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości (art. 2 pkt 9a ustawy Pzp). W świetle powyższej definicji umowa ramowa stanowi typ porozumienia przedkontraktowego, które zobowiązuje jedynie do podjęcia starań zmierzających do zawarcia umowy/ów tzw. realizacyjnych. Podkreślenia wymaga przy tym, że zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego. W odróżnieniu zatem od umowy przedwstępnej umowa ramowa nie nakłada na strony kontraktowe obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej, a jedynie wyznacza warunki dla przyszłych umów realizacyjnych, w następstwie zawarcia których - dochodzi dopiero do udzielania zamówienia publicznego.

Na gruncie polskich przepisów instytucję umowy ramowej w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa reguluje w sposób kompleksowy art. 131l ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem ustępu pierwszego ww. przepisu zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, albo dialogu

konkurencyjnego. Zakres odpowiedniego stosowania ww. trybów, wyznaczany jest przez potrzebę takiego ich zmodyfikowania, aby w jednym postępowaniu dokonać wyboru ofert kilku wykonawców, zamawiający jest bowiem uprawniony do zawarcia umowy ramowej z jednym lub większą liczbą wykonawców (art. 2 pkt a ustawy Pzp). *Novum* w stosunku do art. 99 ustawy Pzp stanowi przy tym możliwość zawarcia umowy ramowej po przeprowadzeniu postępowania przy odpowiednim zastosowaniu przepisów regulujących procedurę udzielania zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Uwzględniając regulacje dyrektywy obronnej dotyczące instytucji umowy ramowej, ustawodawca określił również maksymalny okres obowiązywania umowy ramowej. Otóż zgodnie z art. 131l ust. 2 umowę ramową można zawrzeć na okres nie dłuższy niż siedem lat (dla porównania w zamówieniach klasycznych umowa ramowa może być zawarta maksymalnie na okres 4 lat). W ust. 3 art. 131l ustawodawca przewidział jednak wyjątek od powyższej reguły, wskazując, że umowę ramową można zawrzeć na czas przekraczający siedmioletni okres pod warunkiem, że jest to konieczne ze względu na wystąpienie nadzwyczajnych okoliczności, przy uwzględnieniu oczekiwanego okresu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana wykonawcy. W przypadku zawarcia umowy ramowej na okres przekraczający 7 lat, zamawiający zobowiązany jest do wskazania i uzasadnienia ww. nadzwyczajnych okoliczności w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Ustęp piąty art. 131l ustawy Pzp nakazuje z kolei o stosować wprost do zawierania umów ramowych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa art. 101 ustawy Pzp, który reguluje szczegółowo kwestie związane z zawieraniem umów realizacyjnych.

Modyfikacja kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej

Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień publicznych specyficznej regulacji dotyczącej udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, spowodowało również konieczność modyfikacji przepisów odnoszących się do wymogów formalnych stawianych względem Prezesa i wiceprezesa Izby, jak również kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie ze zmodyfikowanym brzmieniem art. 173 ust. 3 ustawy Pzp Prezesem i wiceprezesem Krajowej Izby Odwoławczej może zostać jedynie członek Izby, który posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające go do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne”, lub który złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie

postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, mającego na celu ustalenie, czy osoba sprawdzana daje rękojmię zachowania tajemnicy. Odmowa wydania albo cofnięcie poświadczenia bezpieczeństwa, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych, stanowi jednocześnie przesłankę odwołania Prezesa i wiceprezesa Izby przez Prezesa Rady Ministrów (art. 173 ust. 3a ustawy Pzp).

W celu zabezpieczenia informacji podlegających ustawowej ochronie modyfikacji uległy również regulacje odnoszące się zasad i przesłanek wyłączania jawności rozpraw przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie ze zmienionym brzmieniem art. 189 ust. 6 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza będzie wyłączała jawność rozprawy w całości lub w części na wniosek strony lub z urzędu, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Również w sytuacji, gdy przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, Izba winna rozpoznać taki środek ochrony prawnej na posiedzeniu niejawnym. Izba będzie mogła ponadto podjąć decyzję o rozpatrzeniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony. Natomiast w przypadku wniesienia odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, Prezes Urzędu, na wniosek Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze zapewnienie ochrony informacji niejawnych, będzie wskazywał miejsce rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 189 ust. 9 ustawy Pzp). A zatem w przypadku wniesienia odwołania, przy rozpatrywaniu którego może być ujawniona informacja niejawna, zasadą jest rozpatrywanie tego odwołania na posiedzeniu niejawnym, zaś w uzasadnionych przypadkach, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony – na rozprawie z wyłączeniem jawności. Jeżeli zaś przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, jawność takiej rozprawy zostaje wyłączona na wniosek strony w całości lub w części.

Dodatkowo, w celu zabezpieczenia poufności informacji prawnie chronionych, została wprowadzona regulacja, zgodnie z którą członkowie Izby będą zobowiązani do zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do

postępowania odwoławczego i działania w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 190 ust. 9 ustawy Pzp).

Jednocześnie, w celu ochrony interesu publicznego, w szczególności dotyczącego obronności i bezpieczeństwa państwa, wyłączono możliwość unieważnienia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku zajścia przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli unieważnienie takiej umowy mogłoby stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej (art. 192 ust. 6a ustawy Pzp).

11. Orzecznictwo ETS odnoszące się do nowelizacji ustawy Pzp

Orzeczenie Trybunału (Szóstej Izby) z dnia 9 lipca 1987 r. w połączonych sprawach C- 27-29/86 (CEI i Bellini)

SA Construction et entreprises industrielles (CEI) i inni przeciw Société coopérative
"Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" i innym

Wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego: Conseil d'Etat - Belgia.

Procedura udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane - Określenie sytuacji
finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy.

Łączne sprawy 27/86, 28/86 i 29/86.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - 1987 strona 3347

Daty:

Dokumentu: 09/07/1987

Złożenie wniosku: 03/02/1986

Typ procedury: PRZEKAZANIE DO ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Uwagi: Hiszpanii, Włoch, Komisji

Streszczenie

Dokumenty i oświadczenia pozwalające na określenie sytuacji finansowej i potencjału
ekonomicznego wykonawcy nie zostały w sposób wyczerpujący wymienione w art. 25
Dyrektywy Rady 71/305 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych
na roboty budowlane.

Można wymagać od oferentów złożenia oświadczenia dotyczącego całkowitej wartości

zamówionych u niego robót, jako dokumentu w rozumieniu wspomnianego art. 25. Ani przepis art. 25 ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie uniemożliwiają państwu członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być przeprowadzane równocześnie.

Art. 25, 26 i 28 Dyrektywy 71/305 należy interpretować jako nie zabraniające zamawiającemu wymagania od wykonawcy uznanego w innym państwie członkowskim, aby przedstawił dowód, że jego przedsiębiorstwo posiada warunki finansowe i potencjał ekonomiczny oraz możliwości techniczne wymagane przez prawo krajowe, nawet wtedy, gdy wykonawca jest oficjalnie uznany w Kraju Członkowskim, w którym jego firma została założona, w klasie równoważnej do tej, jaka jest wymagana przez prawo krajowe, ze względu na wartość zamówienia, jakie ma zostać udzielone, o ile klasyfikacja przedsiębiorstw w obu państwach członkowskich, których sprawa dotyczy, nie jest oparta o równoważne kryteria w stosunku do wymaganego potencjału.

Strony

W połączonych sprawach 27, 28 i 29/86

Sprawy przekazane do Trybunału zgodnie z artykułem 177 Traktatu EWG przez Trzecią Izbę Sekcji Odwołań Administracyjnych Rady Państwa (Conseil d'Etat) Belgii z wnioskiem o orzeczenie wstępne w postępowaniu będącym w toku przed tym sądem.

W sprawie 27/86 pomiędzy

Constructions et Enterprises Industrielles SA (CEI)

oraz

Association Intercommunale Pour Le Autoroutes Des Ardennes,
którego następcą prawnym jest Fonds Des Routes (Fundusz Dróg),
reprezentowany przez Ministra Prac Publicznych;

w sprawie 28/86 pomiędzy

ING.A.Bellini & Co.spa, spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, założoną zgodnie z prawem włoskim

oraz

Regie des Batiments (komisja budowlana), reprezentowaną przez Ministra Prac Publicznych;

Interwenient:

Confederation Nationale de la Construction ASBL;

w sprawie 29/86 pomiędzy

ING. A. Bellini & Co. spa

oraz

Państwem Belgijskim, reprezentowanym przez Ministra Obrony,
dotyczącej interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Official Journal 1971 (II), p. 682),

Trybunał (Szósta Izba)

w składzie: C. Kakouris, Prezes Izby, T.F. O'Higgins, T. Koompans, K. Bahlmann i G.C.

Rodriguez Iglesias, Sędziowie

Rzecznik Generalny: J. Mischo

Sekretarz: B. Pastor, Administrator

Po rozpatrzeniu obserwacji przedstawionych w imieniu Constructions et Enterprises Industrielles SA, powoda w postępowaniu głównym w sprawie 27/86, prowadzonej przez adwokatów R. Libiez, J. Putzeys i X. Leurquin

ING. A. Bellini & Co. spa., powoda w postępowaniu głównym w sprawach 28 i 29/86, prowadzonych przez adwokatów J. Putzeys i X. Leurquin.

Association Intercommunale Pour les Autoroutes des Ardennes, obecnie - Fonds des Routes, pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 27/86 prowadzonej przez P. Lambert, adwokata,

Regie des Batiments, pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 28/86, prowadzonej przez P. Lambert, adwokata

Państwa Belgijskiego, pozwanego w postępowaniu głównym w sprawie 29/86, prowadzonej przez J.P. Pierard, przedstawiciela Ministerstwa Obrony,

Confederation Nationale de la Construction, interwenienta w postępowaniu głównym w sprawie 28/86, prowadzonej przez adwokatów L. Goffin i J.L. Lodomez,

Królestwa Hiszpanii, reprezentowanego przez L.J. Casanovę Fernandez, Sekretarza Generalnego ds. Wspólnot Europejskich,

Republiki Włoskiej, reprezentowanej przez Ivo Braguglia, Avvocato dello Stato,

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez M. Guerrin, radcę prawnego,

Biorąc pod uwagę protokół z przesłuchania wstępnego i zgodnie z przesłuchaniem z 13 maja 1987 r.,

Po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego przedstawioną na posiedzeniu w dniu 11 czerwca 1987 r.,

Zostało przyjęte następujące orzeczenie:

Podstawy orzeczenia

1. W trzech orzeczeniach z 15 stycznia 1986 r., które zostały otrzymane przez Trybunał w dniu 3 lutego 1986 r., Conseil d'Etat Belgii zwróciła się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego na mocy art. 177 Traktatu EWG w sprawie interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. (Official Journal 1971 (II), str. 682).

2. Pytania te powstały w kontekście postępowania o anulowanie decyzji o udzieleniu różnych zamówień publicznych na roboty budowlane.

3. W postępowaniu głównym w sprawie 27/86 (CEI) oferta powoda została odrzucona na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono tym, że całkowita wartość robót, tak publicznych jak i prywatnych, które CEI wykonywało w czasie udzielania zamówienia, przekraczały limit określony przez stosowne przepisy belgijskie.

4. Oferty złożone przez powoda w głównym postępowaniu w sprawach 28 i 29/86 (Bellini) również zostały odrzucone na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono nie spełnianiem przez firmę Bellini kryteriów przewidzianych przez prawodawstwo belgijskie, umożliwiających uznanie go w klasach przewidzianych w dokumentacji przetargowej, pomimo tego, że przedstawił on świadectwo oficjalnego uznania wydane we Włoszech w klasie, która upoważniała go do udziału w przetargach we Włoszech o wartości porównywalnej z wartością omawianych zamówień belgijskich.

5. W trzech głównych procesach powodzi w uzasadnieniu swojego powództwa o anulowanie decyzji o udzieleniu zamówień, twierdzą, między innymi, że decyzje te były sprzeczne z przepisami Dyrektywy 71/305.

6. Ponieważ Conseil d'Etat uznała, że konieczna była interpretacja pewnych przepisów tej dyrektywy, zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi kwestiami z wnioskiem o orzeczenie wstępne:

A - w sprawie 27/86

"(1) Czy dokumenty i oświadczenia umożliwiające stwierdzenie sytuacji finansowej i ekonomicznej oferenta są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC?

(2) Jeśli nie, to czy wartość robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie może być uważana za dowód umożliwiający określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego w znaczeniu art. 25 dyrektywy?"

B - w sprawach 28 i 29/86

"Czy Dyrektywa 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, a w szczególności jej art. 25 i 26 pkt (d) umożliwia belgijskim zamawiającym odrzucenie oferty złożonej przez oferenta włoskiego, na podstawie tego, że jego przedsiębiorstwo nie wykazało, że posiada minimalną kwotę środków własnych wymaganych przez prawodawstwo belgijskie, oraz że nie zatrudnia ono średnio minimalnej ilości pracowników i personelu kierowniczego wymaganych przez to prawodawstwo, podczas gdy przedsiębiorca taki jest uznany we Włoszech w klasie równoważnej do tej, jaka wymagana jest w Belgii ze względu na wartość zamówienia jakie ma być udzielone?"

7. W celu uzyskania pełniejszego obrazu postępowania głównego, legislacji krajowej i wspólnotowej, której sprawa dotyczy, pisemnych obserwacji przedstawionych Trybunałowi oraz trybu postępowania, które są wspomniane lub omówione poniżej ma miejsce odwołanie się do raportu z przesłuchania wstępnego, w stopniu, w jakim jest to konieczne dla argumentacji Trybunału.

Pytanie dotyczące wyczerpującej natury listy dokumentów i oświadczeń w Artykule 25 dyrektywy

8. Art. 25 ust. 1 dyrektywy przewiduje, że dowód sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oferenta może być przedstawiony w formie jednego lub więcej wspomnianych tam dokumentów i oświadczeń. Zgodnie z ust. 2 zamawiający są zobowiązani do określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert, jakie dokumenty i oświadczenia wybrali spośród tych wymienionych w poprzednich ustępach, oraz jakie inne dokumenty i oświadczenia od tych wymienionych w pkt (a), (b) lub (c) powinny być przedstawione.

9. Z samego sformułowania tego artykułu, a w szczególności z jego drugiego ustępu, wynika, że lista dokumentów i oświadczeń tam wymienionych nie jest wyczerpująca.

10. Dlatego też w odpowiedzi dla sądu krajowego należy stwierdzić, że dokumenty i oświadczenia umożliwiające określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oferenta, nie są w sposób wyczerpujący określone w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC.

11. Jeśli chodzi o drugie zapytanie sądu krajowego w sprawie 27/86, należy zauważyć, że całkowita wartość robót zleconych wykonawcy w danym momencie może być przydatnym czynnikiem przy określaniu, na określonym etapie, sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy w stosunku do jego zobowiązań. Ponieważ dokumenty i oświadczenia nie są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 dyrektywy, dlatego też nie ma powodu, aby takie informacje nie mogły być wymagane od oferentów, jako dowody w znaczeniu tego przepisu.

12. Jednakże, w świetle podstaw do żądania dokumentów i oświadczeń, treści prawodawstwa belgijskiego tam wymienionego oraz argumentów przytoczonych przed Trybunałem, pytanie sądu krajowego musi być rozumiane również jako chęć upewnienia się, czy przepis krajowy, określający maksymalną wartość prac, jakie mogą być prowadzone równocześnie jest zgodny z tą dyrektywą.

13. W tym względzie należy zauważyć, że ustalenia takiego limitu nie jest ani dozwolone ani zabronione przez art. 25 dyrektywy, ponieważ celem tego przepisu nie jest ograniczenie władzy państw członkowskich w zakresie ustalania poziomu możliwości finansowych i potencjału ekonomicznego wymaganych dla wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, ale określenie oświadczeń lub dowodów, jakie mogą być składane w celu określenia sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy.

14. Aby wydać decyzję co do zgodności takiego limitu z dyrektywą jako całością, należy mieć na względzie cel i przedmiot dyrektywy. Celem Dyrektywy 71/305 jest zapewnienie, że realizacja w ramach Wspólnoty swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane obejmuje, poza eliminacją ograniczeń, koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Taka koordynacja "powinna uwzględniać tak daleko jak to jest możliwe procedury i praktyki administracyjne obowiązujące w każdym z krajów członkowskich" (punkt drugi preambuły dyrektywy). Art. 2 wyraźnie stanowi, że zamawiający są zobowiązani do stosowania procedur krajowych dostosowanych do postanowień dyrektywy.

15. Dyrektywa nie formułuje ujednoliconego i wyczerpującego zbioru przepisów wspólnotowych. W ramach wspólnych przepisów, jakie zawiera, państwom członkowskim

pozostawia się wolność utrzymania lub przyjmowania przepisów z zakresu prawa materialnego i procesowego dotyczącego zamówień publicznych na roboty budowlane, pod warunkiem, że są one zgodne ze wszystkimi stosownymi przepisami prawa wspólnotowego, oraz, w szczególności, z zakazami wynikającymi z zasad określonych w Traktacie w stosunku do prawa zakładania przedsiębiorstw i wolności świadczenia usług.

16. Ustalenie w kraju członkowskim maksymalnej wartości prac, jakie mogą być wykonywane równocześnie, nie jest sprzeczne z powyższymi zasadami i nic nie wskazuje na to, że w efekcie ogranicza ono dostęp przedsiębiorców we Wspólnocie do zamówień publicznych na roboty budowlane.

17. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że zgodnie z prawem Wspólnoty, nie ma powodów, dla których państwa członkowskie, w kontekście przysługujących im uprawnień w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, nie mogłyby określić wartości robót, które mogą być wykonywane równocześnie.

18. Odpowiedź dla sądu krajowego powinna być więc następująca - od oferentów można żądać określenia całkowitej wartości zleconych im prac, jako dokumentów w znaczeniu art. 25 Dyrektywy 71/305 oraz, że ani ten artykuł ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie zabrania krajowi członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być wykonywane jednocześnie.

Pytanie dotyczące skutków umieszczenia na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców budowlanych w jednym z państw członkowskich, dla organów udzielających zamówień w innym państwie członkowskim.

19. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy wyjaśnić skutki, jakie ma umieszczanie przedsiębiorcy na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców w państwie członkowskim w ogólnym schemacie dyrektywy.

20. Zgodnie z art. 28 ust. 1, państwa członkowskie posiadające oficjalne listy uznanych przedsiębiorców muszą dostosować je do wymogów art. 23 pkt (a) do (d) i (g) oraz art. 24 do 26.

21. Powyższe przepisy art. 23 określają okoliczności związane z niewypłacalnością lub nieuczciwością przedsiębiorcy budowlanego uzasadniające wyłączenie go z udziału w zamówieniu. Przepisy art. 25 i 26 dotyczą dokumentów i oświadczeń, jakie można złożyć na dowód sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy, z jednej strony, oraz jego wiedzy technicznej i umiejętności z drugiej.

22. Harmonizacja oficjalnych list uznanych przedsiębiorców, o której mowa w art. 28 ust. 1, ma więc ograniczony zasięg. Dotyczy ona w szczególności dokumentów i oświadczeń potwierdzających sytuację finansową i potencjał ekonomiczny przedsiębiorców, oraz ich wiedzę techniczną i możliwości. Jednakże, kryteria ich klasyfikacji nie są zharmonizowane.

23. Art. 28 ust. 2 przewiduje, że przedsiębiorcy zarejestrowani na takich listach mogą, dla potrzeb każdego zamówienia, przedstawić zamawiającym świadectwo rejestracji wystawione przez kompetentne władze. Takie świadectwo musi określać dokumenty i oświadczenia jakie pozwoliły na rejestrację na takiej liście i klasyfikację tam przyjętą.

24. Art. 28 ust. 3 umożliwia, przedsiębiorcom zarejestrowanym na oficjalnej liście w dowolnym państwie członkowskim, korzystanie z takiej rejestracji, w granicach określonych w tym przepisie, jako alternatywnego sposobu udowodnienia przed władzami innego państwa członkowskiego, w którym udzielane są zamówienia na roboty budowlane, że spełniają oni wymogi kwalifikacyjne wymienione w art. 23 do 26 dyrektywy (Orzeczenie z 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Trasporoute przeciw Ministrowi Prac Publicznych (1982) ECR 417).

25. W odniesieniu do, w szczególności, świadectwa potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej przedsiębiorcy oraz jego wiedzy technicznej i możliwości, rejestracja na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców może więc zastąpić dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 i 26, w stopniu, w jakim rejestracja taka jest oparta na równoważnych informacjach.

26. Informacje wynikające z rejestracji na oficjalnej liście nie mogą być poddawane w wątpliwość przez zamawiających. Jednakże, zamawiający mogą określić poziom sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oraz wiedzy technicznej, a także możliwości warunkujące uzyskanie danego zamówienia.

27. Tym samym wymaga się od zamawiających, aby zaakceptowali, że potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa oraz wiedza i możliwości techniczne przedsiębiorcy, są wystarczające w przypadku prac odpowiadających jego klasyfikacji tylko w takim stopniu, w jakim taka klasyfikacja jest oparta na równoważnych kryteriach w stosunku do wymaganego potencjału. Jeśli jednak tak nie jest, mają one prawo odrzucić ofertę złożoną przez przedsiębiorcę, który nie spełnia wymaganych warunków.

28. W odpowiedzi dla sądu krajowego należy więc stwierdzić: art. 25, art. 26 pkt (d) i art. 28 dyrektywy należy interpretować, jako nie uniemożliwiające władzom udzielającym zamówienia, wymagania od przedsiębiorcy uznanego w innych krajach członkowskich, aby przedstawił dowody, że jego przedsiębiorstwo posiada określone minimum własnych funduszy, pracowników i personelu zarządzającego wymaganych prawem krajowym, nawet gdy przedsiębiorca taki jest oficjalnie uznany w kraju członkowskim, w którym posiada główną siedzibę, w klasie równoważnej z klasą wymaganą przez prawo krajowe w związku z wartością zamówienia jakie ma być udzielone.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

29. Koszty poniesione przez Komisję Wspólnot Europejskich, Królestwo Hiszpanii oraz Republikę Włoch, które dostarczyły Trybunałowi swoje uwagi nie podlegają zwrotowi. Ponieważ postępowanie takie, w stopniu w jakim dotyczy to stron postępowania głównego, ma charakter etapu postępowania przed sądem krajowym, decyzja dotycząca kosztów jest w gestii tego sądu.

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

Trybunał (Szósta Izba)

w odpowiedzi na pytania wystosowane do niego przez Conseil d'Etat Belgii we wnioskach z dnia 15 stycznia 1986 r., niniejszym orzeka, co następuje:

Dokumenty i oświadczenia umożliwiające określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy nie są w sposób wyczerpujący wymienione w art. 25 Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

Od oferentów można żądać oświadczenia o całkowitej wartości udzielonych im zamówień, jako dokumentów w znaczeniu art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC i ani ten artykuł ani inne postanowienia dyrektywy nie zabraniają państwu członkowskiemu ustalenia wartości robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie.

Art. 25, art. 26 pkt (d) i art. 28 Dyrektywy 71/305/EEC należy interpretować, jako nie zabraniające zamawiającym wymagania od przedsiębiorcy uznanego w innym państwie członkowskim przedstawienia dowodów, że jego przedsiębiorstwo posiada minimalne fundusze własne, pracowników i personel zarządzający wymagane przez prawo krajowe, nawet jeśli przedsiębiorca taki jest uznany w kraju członkowskim, w którym ma główną siedzibę, w klasie równoważnej do tej wymaganej przez prawo krajowe w związku z wartością zamówienia, jakie ma być udzielone.

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 3 marca 2005 r. (*)

Zamówienia publiczne – Roboty budowlane, dostawy i usługi – Sektory gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji – Zakaz udziału w postępowaniu lub złożenia oferty skierowany do osoby, która brała udział w przygotowaniu konkretnych robót budowlanych, dostaw lub usług

W sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

mających za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożone przez Conseil d'État (Belgia), postanowieniami z dnia 27 grudnia 2002 r., które wpłynęły do Trybunału odpowiednio w dniach 29 i 22 stycznia 2003 r., w postępowaniach:

Fabricom SA

przeciwko

Państwu belgijskiemu,

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: C. W. A. Timmermans, prezes izby, (sprawozdawca), C. Gulmann, J.-P. Puissechet, N. Colneric i J. N. Cunha Rodrigues, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Léger,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Fabricom SA przez adwokatów J. Vanden Eynde i J.-M. Wolter,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu fińskiego przez T. Pynnę, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera i B. Stromsky'ego, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 11 listopada 2004 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni dyrektywy Rady 92/50/EEG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), w szczególności jej art. 3 ust. 2; dyrektywy Rady 93/36/EEG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/36”), a w szczególności jej art. 5 ust. 7; dyrektywy Rady 93/37/EEG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/37”), w szczególności jej art. 6 ust. 6; jak również dyrektywy Rady 93/38/EEG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r. (Dz.U. L 101, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/38”), w szczególności jej art. 4 ust. 2, w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z ochroną prawa własności. Wnioski te dotyczą ponadto wykładni dyrektywy Rady 89/665/EEG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur

odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, str. 33), w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76, str. 14), w szczególności jej art. 1 i 2.

- 2 Wnioski te zostały złożone w ramach postępowań między Fabricom S.A. (zwaną dalej „Fabricom”) a państwem belgijskim w kwestii legalności przepisów krajowych, które w pewnych okolicznościach nie dopuszczają uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego osoby odpowiedzialnej za wykonanie prac przygotowawczych w ramach danego zamówienia publicznego lub przedsiębiorstwa z nią powiązanego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 3 Artykuł VI ust. 4 Porozumienia w sprawie zakupów rządowych, załączonego do decyzji Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. dotyczącej zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej w dziedzinach wchodzących w zakres jej kompetencji porozumień, będących wynikiem negocjacji wielostronnych w ramach Rundy Urugwajskiej (1986-1994) (Dz.U. L 336, str. 1, zwanego dalej „porozumieniem w sprawie zakupów rządowych”), stanowi:

„Podmioty zamawiające nie mogą w sposób powodujący naruszenie zasad konkurencji uzyskiwać ani wykorzystywać wskazówek, które mogą znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji odnoszącej się do konkretnego zamówienia ze strony spółki mogącej mieć w tym zamówieniu interes gospodarczy.”

- 4 Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50:

„Instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.”

- 5 Artykuł 5 ust. 7 dyrektywy 93/36 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani są w niedyskryminujący sposób.”

- 6 Artykuł 6 ust. 6 dyrektywy 93/37 stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób.”

- 7 Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38:

„Podmioty zamawiające są zobowiązane zagwarantować, że nie ma dyskryminacji pomiędzy różnymi dostawcami, wykonawcami lub usługodawcami.”

- 8 Motyw 10 dyrektywy 97/52, którego brzmienie jest w głównych zarysach powtórzone w motywie 13 dyrektywy 98/4 precyzuje:

„Instytucje zamawiające mają możliwość uzyskiwania i wykorzystywania wskazówek, które mogą być przydatne w ramach sporządzania specyfikacji dotyczących konkretnego zamówienia, pod warunkiem, że taka wskazówka nie narusza zasad konkurencji”.

9 Artykuł 2 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1, odpowiednich środków obejmujących prawo do:

- a) podjęcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucje zamawiające;

[...]”

10 Zgodnie z art. 1 dyrektywy 92/13:

„1. Państwa Członkowskie podejmują konieczne środki w celu zapewnienia, że decyzje podjęte przez podmioty zamawiające mogą być przedmiotem skutecznego oraz, w szczególności, możliwie jak najszybszego odwołania, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności w art. 2. ust. 8, na takiej podstawie, że decyzje te naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień lub przepisy krajowe wdrażające to prawo w zakresie:

- a) procedur udzielania zamówień objętych zakresem dyrektywy 90/531/EWG

oraz

- b) zgodności z art. 3. ust. 2 lit. a) niniejszej dyrektywy, w przypadku podmiotów zamawiających, do których przepis ten się stosuje.

2. Państwa Członkowskie zapewniają, że nie ma dyskryminacji między przedsiębiorstwami, mogącymi wystąpić z roszczeniami odszkodowawczymi w związku z procedurą udzielania zamówień w wyniku rozróżnienia dokonanego za pomocą niniejszej dyrektywy między przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe, a pozostałymi przepisami krajowymi.

3. Państwa Członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze są dostępne, w ramach szczegółowych przepisów, które Państwa Członkowskie mogą ustanowić, co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia. W szczególności, Państwa Członkowskie mogą wymagać od osoby ubiegającej się o zastosowanie takiej procedury uprzedniego powiadomienia podmiotu zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze wniesienia odwołania.”

11 Artykuł 2 dyrektywy 92/13 stanowi:

„1. Państwa Członkowskie zapewniają, że środki podjęte w zakresie procedur odwoławczych określonych w art. 1, obejmują uprawnienia do:

albo

- a) podjęcia, w najbliższym możliwym terminie w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu skorygowania domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym naruszeniom w stosunku do zainteresowanych podmiotów, włącznie ze środkami mającymi na celu zawieszenie lub zapewnienie zawieszenia procedury udzielenia zamówienia lub wykonania jakiegokolwiek decyzji podjętej przez podmiot zamawiający

oraz

- b) uchylenia lub zapewnienia uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, okresowych ogłoszeniach informacyjnych, ogłoszeniu w sprawie istnienia systemu kwalifikacji, zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub w jakimkolwiek innym dokumencie związanym z procedurą udzielenia danego zamówienia;

albo

- c) podjęcia, w jak najkrótszym terminie, jeżeli to możliwe w drodze zarządzenia tymczasowego i jeżeli to konieczne w drodze ostatecznej procedury przedmiotowej, środków innych niż przewidziane w lit. a) i b), w celu skorygowania wykrytego naruszenia i zapobieżeniu szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy; w szczególności nakazaniu wypłaty określonej kwoty w przypadkach, gdzie naruszenie nie zostało skorygowane albo mu nie zapobieżono.

Państwa Członkowskie mogą dokonać tego wyboru albo w odniesieniu do wszystkich podmiotów zamawiających, albo w stosunku do kategorii podmiotów zdefiniowanych na podstawie obiektywnych kryteriów, w każdym przypadku zachowując skuteczność ustanowionych środków, w celu zapobieżenia szkodzie powstałej wobec podmiotów, których to dotyczy;

[...]"

Uregulowania krajowe

- 12 Artykuł 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz koncesji na roboty budowlane (*Moniteur belge* z dnia 9 kwietnia 1999 r., str. 11690, zwanego dalej „dekretem królewskim z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.”) stanowi:

„[...]

1. Nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług.

2. Przedsiębiorstwo powiązane z osobą, o której mowa w ust. 1 nie jest dopuszczane do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty, chyba że wykaze, iż

z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji.

W rozumieniu niniejszego artykułu »przedsiębiorstwo powiązane« oznacza każde przedsiębiorstwo, na które osoba wymieniona w ust. 1 może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na tę osobę lub każde przedsiębiorstwo, które samo podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa w wyniku stosunku własności, udziału finansowego lub zasad określających jego status. Domniemywa się, że przedsiębiorstwo pozostaje pod dominującym wpływem innego przedsiębiorstwa, jeżeli to drugie przedsiębiorstwo w sposób bezpośredni lub pośredni:

- 1° posiada większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa lub
- 2° dysponuje większością głosów przypadających na udziały tego przedsiębiorstwa lub
- 3° może powoływać ponad połowę członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

Przed ewentualnym odrzuceniem kandydatury danego przedsiębiorstwa z powodu domniemanej nieuzasadnionej korzyści instytucja zamawiająca wezwie listem poleconym do przedstawienia w terminie dwunastu dni kalendarzowych, chyba że w konkretnym przypadku wezwanie dopuszcza dłuższy termin, dowodów dotyczących w szczególności jego powiązań, stopnia niezależności, i wszelkich okoliczności pozwalających na stwierdzenie, że dominujący wpływ nie występuje lub że jest on bez konsekwencji dla danego zamówienia.

3. Ustępów 1 i 2 nie stosuje się:

- 1° do zamówień publicznych obejmujących jednocześnie opracowanie projektu i jego wykonanie;
- 2° do zamówień publicznych udzielanych w drodze procedury negocjacyjnej z pominięciem ogłoszeń przy wszczynaniu procedury w rozumieniu art. 17 ust. 2 ustawy."

- 13 Artykuł 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (*Moniteur belge* z dnia 28 kwietnia 1999 r., str. 14144, zwany dalej „dekretem królewskim z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającym dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.") jest w głównych zarysach powtórzeniem art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 14 Fabricom jest przedsiębiorstwem budowlanym, które regularnie przedkłada oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w szczególności w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

Sprawa C-21/03

- 15 W drodze skargi wniesionej do Conseil d'État w dniu 25 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się o stwierdzenie nieważności art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.
- 16 Fabricom twierdzi, że przepis ten jest w szczególności sprzeczny z zasadą równego traktowania oferentów, zasadą skuteczności środka odwoławczego zagwarantowaną w dyrektywie 92/13, zasadą proporcjonalności, z wolnością handlu i przemysłu, a także z ochroną prawa własności, o której mowa w art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.
- 17 Państwo belgijskie zaprzecza zarzutom podniesionym przez Fabricom.
- 18 W odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r., Conseil d'État wskazuje, że zgodnie z preambułą wspomnianego dekretu królewskiego oraz poprzedzającego ją sprawozdania wyjaśniającego przepis ten ma na celu uniemożliwienie osobie ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego uzyskania w sposób sprzeczny z zasadami wolnej konkurencji korzyści z prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z tym zamówieniem.
- 19 Zdaniem Conseil d'État, przepis ten w formie zasady ogólnej i bez rozróżnień nie dopuszcza do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub do złożenia oferty osób, na których ciążył obowiązek wykonania tych prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, a w konsekwencji przedsiębiorstw uważanych za powiązane z tą osobą. Przepis ten ponadto nie umożliwia tej osobie, w przeciwieństwie do przedsiębiorstwa powiązanego, udowodnienia, że w danym przypadku nie mogła ona uzyskać poprzez jedno z tych działań korzyści mogącej doprowadzić do nierówności między oferentami. Przepis ten nie zobowiązuje wyraźnie instytucji zamawiającej do wypowiedzenia się w wyznaczonym terminie w przedmiocie przedstawionych przez przedsiębiorstwo powiązane dowodów wskazujących, że dominujący wpływ nie występuje lub że jest on bez konsekwencji dla danego zamówienia.
- 20 Conseil d'État, zważywszy, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nią sporu wymagało dokonania wykładni niektórych przepisów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy przepisy dyrektywy 93/38 [...], w szczególności jej art. 4 ust. 2, oraz dyrektywy 98/4 [...] w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?
 - 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami

oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?

- 3) Czy dyrektywa 92/13 [...], w szczególności jej art. 1 i art. 2 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?”

Sprawa C-34/03

- 21 W drodze skargi wniesionej w dniu 8 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się do Conseil d'État o stwierdzenie nieważności art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.
- 22 Zarzuty podniesione przez Fabricom są w głównych zarysach takie same jak podniesione w sprawie C-21/03. Informacje przedstawione przez Conseil d'État w odniesieniu do wspomnianego art. 32 są jednakowe z przedstawionymi w sprawie C-21/03 w odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.
- 23 W tych okolicznościach Conseil d'État postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy przepisy dyrektywy 92/50 [...], w szczególności jej art. 3 ust. 2, dyrektywy 93/36 [...], w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywy 93/37 [...], w szczególności jej art. 6 ust. 6 oraz dyrektywy 97/52 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 1 lit. b) w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?
- 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?
- 3) Czy dyrektywa 89/665 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą

przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?”

- 24 Postanowieniem Prezesa Trybunału z dnia 4 marca 2003 r., sprawy C-21/03 i C-34/03 zostały połączone do celów procedury pisemnej, procedury ustnej i do wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

- 25 W pierwszym z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy powołane przezeń przepisy prawa wspólnotowego stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji (zwanej dalej „zasadą będącą przedmiotem postępowania przed sądem krajowym”).
- 26 W tym względzie przypomnieć należy, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, służących wspieraniu rozwoju skutecznej konkurencji w dziedzinach podlegających odpowiednio ich zakresom stosowania i które formułują kryteria udzielania zamówień zmierzające do zagwarantowania takiej konkurencji (wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. str. I-7213, pkt 81 oraz powołane tam orzecznictwo).
- 27 Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania zakłada, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-434/02 Arnold André, Zb.Orz. str. I-0000, pkt 68 i powołane tam orzecznictwo, jak również wyrok w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. str. I-0000, pkt 70 i powołane tam orzecznictwo).
- 28 Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze”) niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała.
- 29 Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy

oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert (zob. podobnie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-2043, pkt 54).

- 30 Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że – jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich – osoba ta będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.
- 31 Biorąc zatem pod uwagę sytuację, w jakiej mogłaby się znaleźć osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze, nie można podtrzymać twierdzenia, że zasada równego traktowania zobowiązuje do traktowania jej tak samo jak każdego innego oferenta.
- 32 Fabricom, jak również rządy austriacki oraz fiński twierdzą jednak zasadniczo, że różnica traktowania ustanowiona przez zasadę taką jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, polegającą na zakazaniu we wszystkich okolicznościach osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze udziału w postępowaniu o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego nie jest uzasadniona z obiektywnego punktu widzenia. Zakaz taki miałby w istocie nieproporcjonalny charakter. Ich zdaniem równe traktowanie wszystkich oferentów jest zapewnione również wtedy, gdy istnieje procedura, w której ocenia się w każdym konkretnym przypadku, czy fakt wykonywania niektórych prac przygotowawczych przyniósł osobie je wykonującej przewagę konkurencyjną względem innych oferentów. Taki przepis byłby mniej surowy dla osoby wykonującej niektóre prace przygotowawcze.
- 33 Pod tym względem należy stwierdzić, że zasada taka jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym nie pozostawia osobie, która wykonała niektóre prace przygotowawcze żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie zaistniały problemy, o których mowa w pkt 29 i pkt 30 niniejszego wyroku.
- 34 W konsekwencji podobna zasada wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów.
- 35 Konsekwencją stosowania wspomnianej zasady może być bowiem wykluczenie osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze z procedury przetargowej, mimo tego, że ich uczestnictwo w niej nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami.
- 36 W tych okolicznościach na pierwsze z pytań, postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03, należy udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 92/50, w szczególności jej art. 3 ust. 2, dyrektywa 93/36, w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa 93/37, w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa 93/38, w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r. zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej

osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji.

W przedmiocie drugiego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

- 37 W drugim z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy odpowiedź udzielona na pytanie pierwsze byłaby inna w przypadku, gdyby dyrektywy 92/50, 93/36, 93/37 i 93/38, w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz ochroną prawa własności, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie.
- 38 Należy stwierdzić, że pytanie to oparte jest na założeniu, którego nie można podtrzymać.
- 39 We wspomnianych dyrektywach nie ma bowiem podstaw do interpretacji, że zakres ich stosowania względem przedsiębiorstw uczestniczących lub zamierzających uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogranicza się wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie. Ponadto zasada równego traktowania stoi na przeszkodzie temu, aby wyłącznie przedsiębiorstwa prywatne lub wykonujące świadczenia odpłatnie, które wykonały niektóre prace przygotowawcze podlegały takiej zasadzie, jak zasada będąca przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, podczas gdy nie dotyczyłoby to przedsiębiorstw niespełniających tego kryterium, które również wykonywały wspomniane prace przygotowawcze.
- 40 Udzielenie odpowiedzi na drugie z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 jest zatem bezprzedmiotowe.

W przedmiocie trzeciego pytania postawionego w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03

- 41 W trzecim z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.
- 42 W tym względzie przypomnieć należy, że skoro przedmiotem sporu są przepisy dotyczące procedury odwoławczej przed sądem, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo wspólnotowe kandydatom i oferentom praw naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny one stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 72).
- 43 Ponadto przepisy dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia

mogą być jeszcze skorygowane. Ochrona taka jest nieskuteczna, jeżeli oferent nie może powołać się na te uregulowania wobec instytucji zamawiającej (wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-0000, pkt 20 oraz powołane tam orzecznictwo).

- 44 Tak więc możliwość wstrzymania się przez instytucję zamawiającą z podjęciem decyzji w przedmiocie dopuszczenia do udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przez przedsiębiorstwo powiązane z osobą, która wykonała niektóre prace przygotowawcze, aż do daleko zaawansowanego etapu postępowania, mimo dysponowania przez tę instytucję wszystkimi informacjami koniecznymi do podjęcia tej decyzji, pozbawia to przedsiębiorstwo możliwości powołania się na uregulowania wspólnotowe w zakresie udzielania zamówień publicznych wobec instytucji zamawiającej w okresie pozostającym w sferze jej dyskrecjonalnych uprawnień, mogącym w danym przypadku trwać do chwili, w której naruszeń nie można już skutecznie skorygować.
- 45 Sytuacja taka mogłaby stanowić zagrożenie dla skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, ponieważ prowadziłaby do nieuzasadnionego odwlekania w czasie możliwości wykonywania przez zainteresowanych uprawnień przyznanych im przez prawo wspólnotowe. Oprócz tego jest ona sprzeczna z ustanowionym w dyrektywach 89/665 i 92/13 celem polegającym na ochronie oferentów względem instytucji zamawiającej.
- 46 Na trzecie z postawionych pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 należy więc udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

W przedmiocie kosztów

- 47 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., a w szczególności jej artykuł 3 ust. 2, dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania**

zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r., a w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji.

- 2) Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, a w szczególności jej art. 2 ust. 5 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, a w szczególności jej art. 1 i 2 stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

Podpisy

* Język postępowania: francuski.

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)
z dnia 16 grudnia 2008 r. (*)

Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Dyrektywa 93/37/EWG – Artykuł 24 –
Przypadki wykluczenia z udziału w zamówieniu – Przepisy krajowe wprowadzające
zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem robót publicznym a sektorem środków
masowego przekazu

W sprawie C-213/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja) postanowieniem z dnia 8 grudnia 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 kwietnia 2007 r., w postępowaniu

Michaniki AE

przeciwko

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

Ypourgos Epikrateias,

przy udziale:

Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następca prawny
Pantechniki AE

oraz

Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas i K. Lenaerts (sprawozdawca), prezesi izb, A. Tizzano i J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Klučka i A. Arabadjiev, C. Toader i J.-J. Kasel, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 marca 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następcy prawnego Pantechniki AE, przez K. Giannakopoulou, dikigoros,

- w imieniu Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, przez K. Drougasa, dikigoros,
- w imieniu rządu greckiego, przez A. Samoni-Rantou oraz E.-M. Mamouna, oraz przez A. Manidakisa oraz I. Dionysopoulou, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Rady Unii Europejskiej, przez A. Lo Monaco oraz M.-M. Joséphidès, oraz A. Vitro, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez M. Patakia, oraz D. Kukoveca oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 października 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką prawa greckiego Michaniki AE (zwaną dalej „Mechaniki”) a Ethniko Symvoulío Radiotileorasis (Krajową Radą Radio i Telewizji, zwaną dalej „ESR”) oraz Ypourgos Epikrateias (Ministerstwem Stanu) w przedmiocie decyzji, na mocy której ESR wydała innej spółce prawa greckiego Pantechniki AE (zwanej dalej „Pantechniki”) zaświadczenie o braku podstaw do zakazu łączenia funkcji, dla potrzeb postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 3 Artykuł 6 dyrektywy 93/37, znajdujący się w tytule pierwszym zatytułowanym „Przepisy ogólne”, zawiera ust. 6, który brzmi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób.”
- 4 Tytuł IV tej dyrektywy, poświęcony „wspólnym regułom dotyczącym uczestnictwa” zawiera rozdział 2 zatytułowany „Kryteria wyboru jakościowego”, obejmujący art. 24, którego akapit pierwszy stanowi:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:
 - a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo

znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;
- e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) nie wypełnił zobowiązań odnośnie do obowiązku płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału.”

Uregulowania krajowe

- 5 Artykuł 14 greckiej Konstytucji zawiera ust. 9, dodany w dniu 6 kwietnia 2001 r. w głosowaniu szóstego rewizyjnego zgromadzenia legislacyjnego parlamentu greckiego, który stanowi:

„Informacje o własności, sytuacji gospodarczej i finansowaniu środków masowego przekazu winny być udostępnione publicznie w drodze przewidzianej ustawą.

Ustawa przewiduje środki i ograniczenia niezbędne w celu zapewnienia całkowitej jawności i pluralizmu w dziedzinie informacji.

Zabrania się koncentracji kontroli środków przekazu tego samego lub różnego typu.

W szczególności zabrania się koncentracji elektronicznych środków przekazu tego samego lub różnego typu na warunkach określonych ustawą.

Status właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna sensu largo powierzyła wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług.

Wyżej wymieniony zakaz obejmuje również wszelkich pośredników, takich jak małżonkowie, krewni i osoby lub spółki, gospodarczo zależnych.

Ustawa określa przepisy szczególne, sankcje, w tym cofnięcie koncesji stacji radiowej lub telewizyjnej oraz zakaz zawarcia lub unieważnienie danej umowy, jak również

szczególne sposoby kontroli i gwarancje uniemożliwiające obchodzenie przywołanych wyżej przepisów.”

- 6 Ustawa nr 3021/2002 w sprawie ograniczeń dotyczących zawierania umów w zakresie zamówień publicznych z osobami, które działają lub posiadają udziały w sektorze środków masowego przekazu (FEK A' 143) reguluje kwestie, o których mowa w art. 14 ust. 9 Konstytucji.
- 7 Zakresem pojęcia „przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu” w rozumieniu art. 1 tej ustawy objęte są przedsiębiorstwa, „których działalność podlega jurysdykcji Państwa Greckiego”. Ten sam artykuł definiuje również pojęcia „sektora publicznego w szerokim znaczeniu”, „zamówień publicznych”, „głównego akcjonariusza”, „kadry zarządzającej”, „osób zależnych gospodarczo” oraz „pośredników”.
- 8 W szczególności pojęcia „głównego akcjonariusza” i „pośrednika” zostały zdefiniowane w art. 1 ust. 4 i 7 ustawy nr 3021/2002 w następujący sposób:

„4. »Główny akcjonariusz«: akcjonariusz, który na podstawie liczby posiadanych akcji, obliczonej niezależnie lub w zestawieniu z innymi akcjonariuszami spółki, na podstawie liczby przysługujących mu głosów, na podstawie innych praw szczególnych przyznanych mu przez ustawę lub statut spółki, lub też na podstawie ogólnych lub szczególnych porozumień zawartych ze spółką, innymi akcjonariuszami lub osobami trzecimi zależnymi od niego gospodarczo lub działających na jego rachunek, może wywierać istotny wpływ na podejmowanie decyzji przez właściwe organy spółki lub osoby zarządzające spółką, co do sposobu sprawowania zarządu i ogólnej działalności spółki.

Głównym akcjonariuszem jest w szczególności.

A. osoba fizyczna lub prawna, która niezależnie od wysokości procentowego udziału, jaki posiada w całkowitym kapitale akcyjnym:

a) posiada większą liczbę akcji niż jakikolwiek inny akcjonariusz lub posiada taką samą liczbę akcji jak inny akcjonariusz, lub

b) na mocy statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy dysponuje większością głosów na walnym zgromadzeniu, lub

c) na mocy ustawy, statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy jest uprawniona do powoływania lub odwoływania co najmniej dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu, jeżeli pełni on funkcje prezesa lub wiceprezesa, upoważnionego członka zarządu lub dyrektora lub jego zastępcy, lub też członka zarządu, któremu powierzono ogólne funkcje wykonawcze, lub

d) dysponuje udziałem w całkowitym kapitale akcyjnym lub prawem głosu odpowiadającym co najmniej połowie reprezentowanego kapitału akcyjnego, oraz wykonywała prawo głosu przy podejmowaniu przez walne zgromadzenie decyzji o powołaniu lub odwołaniu ostatniego zarządu spółki lub większości jego członków, lub

e) zawiera, bezpośrednio lub pośrednio, umowy oraz ogólnie, porozumienia ze spółką, na mocy których spółka uzyskuje wpływy lub inne prawa o charakterze pieniężnym odpowiadające co najmniej jednej piątej jej dochodów brutto w ciągu każdego poprzedniego roku podatkowego.

B. Osoba fizyczna lub prawna, która:

- a) posiada akcje w ilości odpowiadającej co najmniej 5% całkowitego kapitału akcyjnego, lub
- b) dysponuje prawem głosu odpowiadającym co najmniej 5% wszystkich głosów na walnym zgromadzeniu spółki.

Do celów obliczania udziału procentowego w kapitale zakładowym lub w ilości głosów, o którym mowa w pkt A i B niniejszego ustępu, bierze się pod uwagę również liczbę akcji lub głosów przysługujących:

- pośrednikom,
- przedsiębiorstwom kontrolowanym przez tego samego akcjonariusza,
- innemu akcjonariuszowi, z którym zawarte zostało porozumienie mające na celu prowadzenie wspólnej i trwałej polityki zarządzania spółką przez uzgodnione wykonywanie przysługującego mu prawa głosu.

Uwzględnia się również prawo głosu przysługujące na podstawie zastawu lub użytkowania lub w wyniku zastosowania środka zabezpieczającego wobec posiadacza akcji, a także liczbę akcji, które nie znajdują się w jego posiadaniu, lecz co do których przysługuje mu prawo do pobierania dywidendy. Liczbę akcji lub głosów nabytych w drodze dziedziczenia uwzględnia się po upływie terminu trzech miesięcy od chwili nabycia.

[...]

7. »Pośrednicy«: osoby fizyczne lub prawne zależne gospodarczo lub działające na podstawie umowy o charakterze ogólnym lub szczególnym na rachunek i z polecenia innej osoby fizycznej lub prawnej.»

- 9 Artykuł 2 ustawy nr 3021/2002 zatytułowany „Zakaz udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu i zawierania umów z takimi przedsiębiorstwami”, stanowi:

„1. Zakazuje się udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz wspólnikom, głównym akcjonariuszom, członkom organów zarządzających i kadry zarządzającej tych przedsiębiorstw oraz zawierania umów z takimi podmiotami. Zakazuje się również udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom, których wspólnicy, główni akcjonariusze, członkowie organów zarządzających i kadry zarządzającej są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wspólnikami, głównymi akcjonariuszami, członkami organów zarządzających lub kadry zarządzającej przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz zawierania umów z takimi podmiotami.

2. Zakaz udzielania zamówień publicznych dotyczy również:

- a) małżonków, krewnych w linii prostej bez ograniczeń, krewnych w linii bocznej do czwartego stopnia, osób fizycznych objętych zakresem ustępu 1, jeżeli nie mogą oni wykazać, że są niezależne gospodarczo od tych osób;

- b) wszelkich innych osób będących pośrednikami;
- c) wspólników i głównych akcjonariuszy spółek i akcjonariuszy objętych zakresem ustępu 1;
- d) wszelkich osób fizycznych lub prawnych, które nie będąc akcjonariuszem kontrolują bezpośrednio lub pośrednio jedno lub kilka przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, lub które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na podejmowanie decyzji przez organy zarządzające lub kadre zarządzającą, dotyczące zarządu lub ogólnej działalności tych przedsiębiorstw.

[...]"

10 Artykuł 3 ustawy nr 3021/2002, dotyczący „zakazu łączenia funkcji”, stanowi:

- „1. Statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie można łączyć ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia publicznego, lub które zawiera umowę dotyczącą zamówienia publicznego, którego udzielenie jest zakazane zgodnie z art. 2, jak również ze statusem lub funkcją wspólnika lub głównego akcjonariusza spółki będącej wspólnikiem lub głównym akcjonariuszem takiego przedsiębiorstwa.
- 2. Zakaz łączenia statusu i funkcji przewidziany w niniejszym przepisie znajduje zastosowanie również w przypadku, gdy właściciel, główny akcjonariusz, wspólnik, członek organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa zawierającego umowę w sprawie zamówienia publicznego jest małżonkiem, krewnym w linii prostej bez ograniczeń, co do stopnia lub krewnym w linii bocznej do czwartego stopnia właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu i nie jest w stanie wykazać, że jest od niego niezależny gospodarczo; zakaz ten znajduje również zastosowanie do pośrednika.

[...]"

11 Artykuł 4 ustawy nr 3021/2002 przewiduje, że przed udzieleniem zamówienia publicznego, a w każdym wypadku przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca powinna pod rygorem nieważności umowy lub udzielenia zamówienia publicznego, zwrócić się do ESR o wydanie zaświadczenia o braku przesłanek niedozwolonego łączenia statusu lub funkcji wymienionych w art. 3 tej ustawy.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12 Decyzją nr 844 z dnia 13 grudnia 2001 r. zarząd spółki prawa greckiego Erga OSE AE (zwanej dalej „Erga OSE”) ogłosił przetarg w procedurze otwartej na wykonanie robót ziemnych i budowę obiektów infrastruktury technicznej nowej dwutorowej linii szybkiej kolei łączącej Korynt i Kiatas (Grecja), którego budżet wynosił 51 700 000 EUR.

- 13 W postępowaniu przetargowym wzięła udział między innymi Mechaniki, a także inna spółka prawa greckiego KI Sarantopoulos AE (zwana dalej „Sarantopoulos”).
- 14 Decyzją nr 959 z dnia 22 maja 2002 r. zarząd Erga OSE udzielił zamówienia na wykonanie wskazanych robót ziemnych i budowlanych spółce Sarantopoulos, która następnie została przejęta przez Pantechniki.
- 15 Przed zawarciem umowy Erga OSE, która należała wówczas do „sektora publicznego w szerokim znaczeniu” w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, pismem z dnia 9 października 2002 r. przekazała ESR informacje o osobach głównych akcjonariuszy, członków zarządu i dyrekcji, w celu uzyskania zaświadczenia, że osoby te nie są objęte zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 3 tej ustawy.
- 16 Na podstawie art. 4 tej ustawy ESR wydała zaświadczenie nr 8117 z datą 30 października 2002, potwierdzające brak przeszkód dla łączenia funkcji przez osoby wskazane w piśmie spółki Erga OSE z dnia 9 października 2002 r. (zwane dalej „zaświadczeniem”).
- 17 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym ESR uznała, że K. Sarantopoulos, będący głównym akcjonariuszem i wiceprezesem zarządu Pantechniki, nie był objęty zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002, mimo że był krewnym G. Sarantopoulou – członka zarządu dwóch spółek greckich prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu. ESR orzekła bowiem, że K. Sarantopoulos był gospodarczo niezależny od G. Sarantopoulou.
- 18 Michaniki wniosła do Symvoulío tis Epikrateias (Rady Stanu) skargę o stwierdzenie nieważności zaświadczenia w oparciu o naruszenie art. 14 ust. 9 Konstytucji. Spółka ta stwierdziła między innymi, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, na podstawie których wydano zaświadczenie, zawężają zakres zastosowania art. 14 ust. 9 Konstytucji, a zatem są niezgodne z tym przepisem ustawy zasadniczej.
- 19 Do postępowania przed sądem krajowym w charakterze interwenientów po stronie ESR zostali dopuszczeni: Pantechniki, zastąpiona przez następcę prawnego Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE (zwaną dalej „ETTEV”), oraz Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou (Stowarzyszenie Prasy Periodycznej, zwane dalej „SEPT”).
- 20 Sąd krajowy uważa, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, jako umożliwiające przedsiębiorcy wykonującemu roboty publiczne uniknięcie zakazu łączenia funkcji przez wykazanie swej niezależności gospodarczej od członka rodziny będącego właścicielem, akcjonariuszem lub wspólnikiem lub członkiem kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalności w dziedzinie środków masowego przekazu, są sprzeczne z art. 14 ust. 9 konstytucji, na mocy którego przedsiębiorca ten, nawet jeśli jest gospodarczo niezależny od takiego członka rodziny, ma obowiązek wykazania, że działał w sposób niezależny, na własny rachunek i we własnym interesie.
- 21 Jednakże sąd krajowy uważa, iż nawet jeśli ocena powyższa byłaby wystarczająca do tego, by na tym etapie rozstrzygnąć zawisły przed nim spór, to motywy ekonomii procesowej przemawiają za tym, aby w perspektywie stwierdzenia nieważności omawianego zaświadczenia w oparciu o niezgodność art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 Konstytucji, zbadał on obecnie zgodność z prawem wspólnotowym tego przepisu ustawy zasadniczej, jako pozwalającego na odsunięcie od zamówienia publicznego spółki wykonującej roboty publiczne z tego powodu, że jej główny

akcjonariusz nie zdołał obalić domniemania – ciążącego na nim jako na krewnym właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka zarządu przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu – że występował jako pośrednik tego przedsiębiorstwa, a nie na własny rachunek.

- 22 W tym zakresie sąd krajowy wskazuje, że po pierwsze, większość jego składu orzekającego uważa, iż wykaz podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 dyrektywy 93/37 jest wyczerpujący, a zatem niedopuszczalne jest dodawanie przypadków wykluczenia takich jak wynikających z art. 14 ust. 9 Konstytucji. Sąd dodaje, że niektórzy z członków składu orzekającego są natomiast zdania, iż ze względu na częściowy charakter harmonizacji dokonanej przez tę dyrektywę jej art. 24 nie zakazuje państwom członkowskim wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia mających w szczególności na celu, tak jak w niniejszej sprawie, ochronę celów interesu ogólnego związanych z funkcjonowaniem systemu demokratycznego i gwarancją pluralizmu prasy.
- 23 Po drugie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 nie ma charakteru wyczerpującego, sąd krajowy uważa, że uprawnienie państw członkowskich do wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia ograniczone jest na mocy prawa wspólnotowego warunkiem w postaci, z jednej strony, istnienia obiektywnego celu zgodnego z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego oraz, z drugiej strony, poszanowania zasady proporcjonalności. Sąd krajowy wyjaśnia w tym zakresie, że zdaniem jednego z członków składu orzekającego art. 14 ust. 9 Konstytucji nie narusza owej zasady z uwagi na wzruszalny charakter domniemania dotyczącego osób działających jako pośrednicy oraz brak zastępczych rozwiązań pozwalających na osiągnięcie realizowanych celów.
- 24 Po trzecie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 ma charakter wyczerpujący, lub że art. 14 ust. 9 Konstytucji nie może być uznany za służący celowi zgodnemu z prawem wspólnotowym ani za zgodny z zasadą proporcjonalności, sąd krajowy wątpi, czy zawarty w tej dyrektywie zakaz ustanawiania przez państwa członkowskie przepisów, takich jak będące przedmiotem toczącej się przed nimi sprawy, które w interesie ogólnym wprowadzają system niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, jest zgodny z zasadami związanymi z ochroną normalnego funkcjonowania demokracji w państwach członkowskich i gwarancją przejrzystości w procedurach udzielania zamówień publicznych, zasadą wolnej i uczciwej konkurencji, a także zasadą subsydiarności.
- 25 Sąd krajowy podkreśla jednak, że mniejszość członków składu orzekającego zajmuje przeciwne stanowisko oceniając, że dyrektywa 93/37 zawiera wystarczające gwarancje, aby zapewnić przejrzystość procedur udzielania zamówień publicznych i aby ochronić je przed niezgodnymi z prawem wpływami oraz korupcją.
- 26 W tych okolicznościach Symvoulio tis Epikrateias postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców robót publicznych, zawarte w art. 24 [dyrektywy 93/37] jest wyczerpujące?
 - 2) Jeżeli wyliczenie to nie jest wyczerpujące to czy przepis, który z powodów ochrony jawności w zakresie działalności gospodarczej państwa stanowi, że status właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą w dziedzinie środków masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem

właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna senu largo udziela zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi, realizuje cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego oraz czy tego rodzaju bezwzględny zakaz udzielania zamówień publicznych takim przedsiębiorstwom jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności?

- 3) Jeżeli art. 24 [dyrektywy 93/37] należy interpretować w ten sposób, że zawarte w nim wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców jest wyczerpujące lub jeżeli dany przepis krajowy nie może być interpretowany jako realizujący cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego lub wreszcie jeżeli zakaz ustanowiony tym przepisem nie jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności, to czy przywołana dyrektywa ? zabraniając włączenia jako podstawy wykluczenia wykonawcy z procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przypadku, w którym sam wykonawca lub członek kierownictwa przedsiębiorstwa (taki jak właściciel danego przedsiębiorstwa, jego główny akcjonariusz, wspólnik lub członek kadry zarządzającej) lub też ich pośrednicy, działają w przedsiębiorstwach sektora środków masowego przekazu, mogąc wpływać w sposób niezgodny z prawem na procedurę udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, z uwagi szeroki zakres wpływów jakim dysponują ? pozostaje w sprzeczności z zasadami ogólnymi ochrony konkurencji i jawności, oraz art. 5 ust. 2 traktatu WE ustanawiającym zasadę subsydiarności?"

W przedmiocie właściwości Trybunału i dopuszczalności pytań prejudycjalnych

- 27 Rząd grecki kwestionuje zasadność pytań zadanych przez sąd krajowy.
- 28 Po pierwsze podnosi on, że spór przed sądem krajowym dotyczy sytuacji czysto wewnętrznej, która obejmuje wyłącznie podmioty greckie. Zatem można wątpić, czy do sprawy tej znajduje zastosowanie dyrektywa 93/37, a w konsekwencji – czy Trybunał jest właściwy do dokonania jej interpretacji.
- 29 W tym zakresie należy jednak zauważyć, że żaden przepis dyrektywy 93/37 nie pozwala na przyjęcie, iż jej zastosowanie, a w szczególności zastosowanie wspólnych reguł dotyczących uczestnictwa w postępowaniu, określonych między innymi w jej art. 24, uzależnione jest od wystąpienia rzeczywistego związku ze swobodą przepływu towarów lub usług pomiędzy państwami członkowskimi. Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 16 swej opinii dyrektywa ta nie uzależnia objęcia zakresem swego zastosowania postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane od jakiegokolwiek warunku dotyczącego przynależności państwowej lub siedziby oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 33).
- 30 W konsekwencji, a także uwzględniając okoliczność, że wartość omawianego zamówienia przekracza próg, powyżej którego stosuje się dyrektywę 93/37, Trybunał jest w niniejszej sprawie właściwy do wydania orzeczenia w przedmiocie wykładni tej dyrektywy.
- 31 Po drugie rząd grecki twierdzi, że spór zawisły przed sądem krajowym dotyczy wyłącznie kwestii zgodności przepisów ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 Konstytucji. Wykładnia prawa wspólnotowego, o którą zwrócił się sąd krajowy nie jest więc obiektywie konieczna do rozstrzygnięcia tego sporu.

- 32 W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tylko do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i który winien wziąć odpowiedzialność za mające być wydane orzeczenie, należy ocena – w świetle szczególnych okoliczności sprawy – zarówno konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla potrzeb wydania wyroku jak i zasadności zadawanych Trybunałowi pytań (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 Bosman, Rec. s. I-4921, pkt 59; z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-466/04 Acereda Herrera, Zb.Orz. s. I-5341, pkt 47 ; oraz z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 52).
- 33 W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyroki z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie C-326/00 IKA, Rec. s. I-1703, pkt 27; z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb.Orz. s. I-2529, pkt 33, oraz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb.Orz. s. I-6467, pkt 32).
- 34 Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie wtedy, gdy żądana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu toczącego się przed sądem krajowym, lub też, gdy problem ma charakter hipotetyczny albo, gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (zob. w szczególności wyroki z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. str. I-2099, pkt 39; z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-35/99 Arduino, Rec. s. I-1529, pkt 25, oraz ww. wyrok w sprawie Chacón Navas, pkt 33).
- 35 Należy podnieść, że powyższa sytuacja w obecnym przypadku nie zachodzi. W niniejszej sprawie odpowiedź Trybunału na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zapewni sądowi krajowemu wykładnię prawa niezbędną do rozstrzygnięcia kwestii zgodności z prawem wspólnotowym systemu niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, ustanowionego w art. 14 ust. 9 Konstytucji i doprecyzowanego w ustawie nr 3021/2002, która to kwestia warunkuje ostateczny wynik toczącego się przed nim postępowania.
- 36 W konsekwencji należy stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania

- 37 Zwracając się z pierwszym pytaniem sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy wykaz przypadków wykluczenia z udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, zawarty w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, ma charakter wyczerpujący.
- 38 W tym zakresie należy podnieść, że dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych mają na celu koordynację krajowych procedur w tej dziedzinie (wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb.Orz. s. I-1347, pkt 20). W odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane cel ten podkreślony jest wyraźnie w motywie drugim dyrektywy 93/37.

- 39 Z motywu drugiego, jak również z motywu dziesiątego dyrektywy 93/37 wynika bowiem, że koordynacja ta ma na celu jednocześnie zapewnienie swobody działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, jak również zapewnienie rozwoju rzeczywistej konkurencji w tej dziedzinie na szczeblu wspólnotowym poprzez wzbudzanie jak najszerszego zainteresowania wśród przedsiębiorców z państw członkowskich (zob. podobnie wyroki z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-7445, pkt 34; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 52; z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 34, oraz z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau, Rec. s. I-11617, pkt 89).
- 40 W tym kontekście art. 24 dyrektywy 93/37, zamieszczony w tytule poświęconym wspólnym regułom uczestnictwa, wpisuje się w szczegółową regulację dotyczącą warunków wyboru przedsiębiorców dopuszczonych do etapu przedstawiania ofert oraz warunków udzielenia zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037, pkt 27).
- 41 W ramach rozdziału poświęconego kryteriom wyboru „jakościowego” wspomniany art. 24 w swym akapicie pierwszym wskazuje siedem przypadków wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu, które dotyczą cech zawodowych zainteresowanego, w szczególności jego uczciwości zawodowej, wypłacalności oraz kwalifikacji gospodarczych i zdolności płatniczej (zob. analogicznie wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute et travaux, Rec. s. 417, pkt 9, oraz ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 21).
- 42 Należy w tym miejscu podnieść, w ślad za Radą Unii Europejskiej, że koncepcja prawodawcy europejskiego polegała na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy, mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania robót objętych zamówieniem i jego ofertą.
- 43 W tych okolicznościach art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy rozumieć jako zawierający enumeratywne wyliczenie przypadków mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym ze względu na ustalone obiektywnie przyczyny dotyczące jego cech zawodowych. W konsekwencji stoi on na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie lub właściwe instytucje zamawiające zawartego w nim wykazu o inne przypadki wykluczenia oparte na kryteriach zawodowych (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 22).
- 44 Wyczerpujące wyliczenie zawarte w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania zasady równego traktowania oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości w dziedzinie zamówień publicznych, które to normy obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 24, oraz wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 Traunfellner, Rec. s. I-11941, pkt 29).
- 45 Powyższe zasady, które oznaczają między innymi, że oferenci powinni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili

dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające (zob. podobnie, wyroki z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 34, i z dnia 4 grudnia 2003 r. C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. s. I-14527, pkt 47), tworzą bowiem podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych (zob. między innymi ww. wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 91, oraz wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6351, pkt 73), a ciążący na instytucjach zamawiających obowiązek zapewnienia ich poszanowania odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw (zob. podobnie wyroki z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 81, oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 26).

- 46 Artykuł 6 ust. 6 dyrektywy 93/37 wyjaśnia ponadto, że instytucje zamawiające winny zapewnić, by nie dochodziło do dyskryminacji przedsiębiorców.
- 47 Wynika stąd, że państwo członkowskie może wprowadzić, obok przypadków wykluczenia opartych na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu mające na celu poszanowanie zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości w ramach postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych.
- 48 Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. s. I-11893, pkt 47), tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to co jest niezbędne dla zapewnienia równego traktowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 34).
- 49 Biorąc powyższe pod uwagę, na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, iż wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

W przedmiocie drugiego pytania

- 50 Zwracając się z drugim pytaniem sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepis krajowy, który wprowadza zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem środków masowego przekazu a sektorem zamówień publicznych jest zgodny z zasadami prawa wspólnotowego.
- 51 Na wstępie należy przypomnieć, że w ramach postępowania prejudycjalnego Trybunał nie ma za zadanie dokonywania oceny zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem wspólnotowym ani dokonywania wykładni przepisów krajowych. Trybunał jest natomiast właściwy do podania sądowi krajowemu wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa wspólnotowego, umożliwiających temu sądowi ocenę powyższej zgodności, w celu wydania orzeczenia w zawisłej przed nim sprawie (zob. w szczególności wyroki z dnia 15 grudnia 1993 r. w sprawie C-292/92 Hünermund i in., Rec. str. I-6787, pkt 8 ; z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb.Orz. s. I-2843, pkt 24, oraz ww. wyrok w sprawie Centro Europa 7, pkt 49 i 50).

- 52 Trybunał powinien zatem w niniejszej sprawie ograniczyć swoją analizę do wykładni prawa wspólnotowego, która będzie pomocna dla sądu krajowego zobowiązanego do dokonania oceny zgodności przepisów krajowych z prawem wspólnotowym w celu rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu.
- 53 Jak to zostało przypomniane w pkt 39 niniejszego wyroku, podstawowym założeniem dyrektywy 93/37 jest otwarcie zamówień publicznych na roboty budowlane na konkurencję wspólnotową. Jej celem jest zagwarantowanie braku niebezpieczeństwa nepotyzmu po stronie instytucji publicznych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach *Ordine degli Architetti i in.*, pkt 75, oraz *Lombardini i Mantovani*, pkt 35).
- 54 Wspólnotowa koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma między innymi na celu wykluczenie zarówno ryzyka preferowania oferentów krajowych, jak i możliwości kierowania się przez instytucję zamawiającą względami niezwiązanymi z danym zamówieniem (zob. podobnie wyroki z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 *University of Cambridge*, Rec. s. I-8035, pkt 17; z dnia 2 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 *Komisja przeciwko Francji*, Rec. s. I-939, pkt 42, oraz ww. wyrok w sprawie *Lombardini i Mantovani*, pkt 36).
- 55 W tym kontekście, jak to podniósł rzecznik generalny w pkt 30 swej opinii, państwom członkowskim należy przyznać pewną swobodę uznania w zakresie wprowadzania przepisów mających na celu ochronę zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, które zgodnie z tym co przypomniano w pkt 45 niniejszego wyroku stanowią podstawę wspólnotowych dyrektyw w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.
- 56 Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystycznych dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *La Cascina i in.*, pkt 23) – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad.
- 57 W konsekwencji prawo wspólnotowe nie ma na celu podważenia oceny dokonanej przez państwo członkowskie, z uwzględnieniem charakterystycznego dla niego kontekstu, w zakresie szczególnego niebezpieczeństwa zaistnienia tego rodzaju zachowań, w przypadku, gdy pośród oferentów w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane występuje przedsiębiorstwo prowadzące działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymujące związki z osobami działającymi w tym sektorze, ani też w zakresie konieczności zastosowania środków mających na celu wykluczenie tego niebezpieczeństwa.
- 58 W niniejszym przypadku zainteresowane państwo członkowskie uznało, że nie można wykluczyć, iż uczestnicząc w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przedsiębiorstwo prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wykonawca robót publicznych związany z takim przedsiębiorstwem lub z osobami, do których ono należy, lub które nim zarządzają, będą wobec instytucji zamawiającej próbowali wykorzystać wpływy, jakie daje im ich pozycja lub powiązania w sektorze mediów, w celu wpłynięcia w sposób niezgodny z prawem na treść decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, grożąc perspektywą zmasowanej – agitacyjnej lub krytycznej w zależności od treści tej decyzji – akcji informacyjnej.
- 59 Chęć zapobiegania przez państwo członkowskie niebezpieczeństwu wpływu środków masowego przekazu na procedury udzielania zamówień publicznych jest zgodna z celem leżącym w interesie ogólnym, w postaci zachowania pluralizmu i niezależności

mediów (zob. w tym zakresie wyroki z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689, pkt 18, oraz z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium i in., Zb.Orz. s. I-11135, pkt 41 i 42). Ponadto, służy ona w szczególności sposobem innemu celowi tej samej natury, to znaczy zwalczaniu oszustw i korupcji (zob. w tym zakresie wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. s. I-1039, pkt 57 – 60, oraz z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 46).

- 60 Z powyższego wynika, że prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu przepisów krajowych, które mają na względzie zapobieganie lub zwalczanie oszustw i korupcji służą wyeliminowaniu ryzyka występowania, w ramach procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję, które mogą być skutkiem obecności pośród oferentów przedsiębiorcy prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymującego związki z osobą działającą w tym sektorze.
- 61 Jak to zostało podkreślone w pkt 48 niniejszego wyroku, konieczne jest jeszcze, by tego rodzaju przepisy były zgodne z zasadą proporcjonalności.
- 62 Tymczasem przepis krajowy taki jak analizowany w sprawie przed sądem krajowym, który wprowadza ogólny zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem robót publicznych a sektorem środków masowego przekazu, powoduje w konsekwencji wykluczenie możliwości udzielania zamówień publicznych wykonawcom robót publicznych powiązanych jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu ze względu na stosunki własnościowe, akcjonariatu większościowego, uczestnictwa w spółce lub zarządu, nie dając im żadnej możliwości udowodnienia, wobec ewentualnych zarzutów wysuwanych na przykład przez konkurencję, że w ich przypadku nie występuje tego rodzaju realne niebezpieczeństwo, o jakim mowa w pkt 60 niniejszego wyroku (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 33 i 35).
- 63 Zgodnie z tym, co stwierdziły Komisja Wspólnot Europejskich, Rada oraz, na rozprawie, Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, przepis taki wykracza poza to, co jest niezbędne do realizacji przywoływanych celów przejrzystości i równego traktowania, ponieważ wyklucza całą kategorię przedsiębiorców zajmujących się wykonawstwem robót publicznych na podstawie niewzruszalnego domniemania, że obecność wśród oferentów przedsiębiorcy powiązanego jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu musi zakłócać konkurencję ze szkodą dla pozostałych oferentów.
- 64 Rząd grecki podkreślił wynikającą z analizowanego w sprawie przed sądem krajowym przepisu konstytucyjnego możliwość niestosowania wykluczenia w stosunku do osoby występującej w charakterze pośrednika, jako krewny, osoba lub spółka gospodarczo zależna wobec przedsiębiorcy działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby odpowiedzialnej za tego rodzaju przedsiębiorstwo, jeśli zostanie wykazane, że udział pośrednika w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynika z jego samodzielnej decyzji, podyktowanej jego własnym interesem.
- 65 Jednak możliwość ta nie jest w stanie pogodzić przepisu krajowego analizowanego przed sądem krajowym z zasadą proporcjonalności.
- 66 Tego rodzaju możliwość nie zmienia bowiem automatycznego i bezwzględного charakteru zakazu dotyczącego wszystkich wykonawców robót publicznych prowadzących działalność również w sektorze środków masowego przekazu lub

powiązanych z osobami fizycznymi lub prawnymi działającymi w tym sektorze, którzy nie są objęci zakresem owego złagodzenia zasady ogólnego wykluczenia, przewidzianego na rzecz osób mających status pośrednika.

- 67 Ponadto wykonawca robót publicznych mający status pośrednika przedsiębiorstwa działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby będącej właścicielem lub zarządcą takiego przedsiębiorstwa będzie wykluczony z udziału w zamówieniu bez możliwości wykazania, że w razie ustalenia, iż działa on na rachunek tego przedsiębiorstwa lub tej osoby, działanie to nie jest w stanie wpłynąć na konkurencję między oferentami.
- 68 Wreszcie szerokie rozumienie, jakie analizowany przed sądem krajowym przepis nadaje pojęciom głównego akcjonariusza i pośrednika – jak to wynika z pkt 8 niniejszego wyroku – przyczynia się do zwiększenia jego nieproporcjonalności.
- 69 Uwzględniając powyższe rozważania, na drugie pytanie należy odpowiedzieć, że prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, iż stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 70 Biorąc pod uwagę odpowiedzi udzielone na dwa pierwsze pytania, nie ma konieczności odpowiadania na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

- 71 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 24 akapit pierwszy dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., należy interpretować w ten sposób, że wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu**

zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

- 2) Prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie stosowania przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

Podpisy

* Język postępowania: grecki.

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)
z dnia 19 maja 2009 r. (*)

Dyrektywa 92/50/EWG – Artykuł 29 akapit pierwszy – Zamówienia publiczne na usługi – Uregulowanie krajowe wykluczające z udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych, na zasadach konkurencji, spółki, które znajdują się względem siebie w stosunku dominacji lub z których jedna wywiera znaczny wpływ na pozostałe

W sprawie C-538/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 14 listopada 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 3 grudnia 2007 r., w postępowaniu:

Assitur Srl

przeciwko

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

przy udziale:

SDA Express Courier SpA,

Poste Italiane SpA,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca),
G. Arestis i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 grudnia
2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Assitur Srl przez S. Quadria, avvocato,
- w imieniu Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano
przez M. Bassanigo, avvocato,
- w imieniu SDA Express Courier SpA przez A. Vallefucio oraz V. Vallefucio,
avvocati,
- w imieniu Poste Italiane SpA przez A. Fratini, avvocatessa,
- w imieniu rządu włoskiego przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze
pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez D. Kukovca oraz D. Recchię,
działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 10 lutego
2009 r.,

wydać następujący

Wyrok

- 1 Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni
art. 29 akapit pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r.
odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi
(Dz.U. L 209, s. 1) oraz ogólnych zasad prawa wspólnotowego obowiązujących
w dziedzinie zamówień publicznych.
- 2 Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu między Assitur Srl (zwaną dalej
„spółką Assitur”) a Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano
(izbą handlu, przemysłu, rzemiosła i rolnictwa w Mediolanie) dotyczącego zgodności
z wyżej wskazanymi przepisami i zasadami krajowego uregulowania zakazującego
udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych, odrębnie i na

zasadach konkurencji, spółkom, które znajdują się względem siebie w stosunku dominacji lub z których jedna wywiera znaczny wpływ na pozostałe.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- 3 Artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50, zawarty w rozdziale 2, zatytułowanym „Kryteria wyboru jakościowego”, stanowi:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego usługodawcę:

- a) który jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządkiem sądowym, który zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) który jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) który został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;
- e) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału”.

- 4 Artykuł 3 ust. 4 akapity drugi i trzeci dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) definiuje pojęcia „przedsiębiorstwa powiązane” i „dominujący wpływ” ze strony danego przedsiębiorstwa. Przewiduje on, w odniesieniu do umów dotyczących koncesji na roboty budowlane, że:

„Przedsiębiorstwa, które utworzyły grupę w celu uzyskania koncesji na roboty budowlane, lub przedsiębiorstwa z nimi powiązane, nie są uważane za strony trzecie.

»Przedsiębiorstwo powiązane« oznacza przedsiębiorstwo, na które koncesjonariusz może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na koncesjonariusza, lub przedsiębiorstwo, które wspólnie z koncesjonariuszem podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa z uwagi na własność, zaangażowanie finansowe lub reguły

określające jego działanie. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu ze strony przedsiębiorstwa wobec innego przedsiębiorstwa, jeżeli to pierwsze przedsiębiorstwo, bezpośrednio lub pośrednio:

- posiada większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa
- lub
- kontroluje większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo,
- lub
- może powołać ponad połowę członków organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa”.

Uregulowania krajowe

5 Dyrektywa 92/50 została transponowana do prawa włoskiego dekretem z mocą ustawy nr 157 z dnia 17 marca 1995 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r.). Ten dekret z mocą ustawy nie wprowadza żadnego zakazu udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na usługi przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane.

6 Artykuł 10 ust. 1a ustawy nr 109, ustawy ramowej o zamówieniach publicznych na roboty budowlane z dnia 11 lutego 1994 r. (GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r., zwanej dalej „ustawą nr 109/94”) stanowi:

„W tym samym postępowaniu przetargowym nie mogą brać udziału przedsiębiorstwa, które znajdują się względem siebie w jednym ze stosunków dominacji, o których mowa w art. 2359 kodeksu cywilnego”.

7 Artykuł 2359 włoskiego kodeksu cywilnego, zatytułowany „Spółki zależne i powiązane”, przewiduje, że:

„Za spółki zależne uważa się:

- 1) spółki, w których inna spółka dysponuje większością głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników;
- 2) spółki, w których inna spółka dysponuje wystarczającą ilością głosów, by sprawować dominujący wpływ na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników;
- 3) spółki pozostające pod dominującym wpływem innej spółki ze względu na szczególne więzi umowne z tą spółką.

Dla celów zastosowania pkt 1 i 2 pierwszego akapitu uwzględnia się również głosy należące do spółek zależnych, spółek powierniczych i podmiotów pośredniczących; nie uwzględnia się głosów należących do osób trzecich.

Spółkami powiązanymi są spółki, na które inna spółka wywiera znaczny wpływ. Istnieje domniemanie wpływu, gdy na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników spółki inna spółka dysponuje co najmniej jedną piątą głosów lub jedną dziesiątą głosów w przypadku spółek notowanych na rynkach regulowanych”.

- 8 Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy są obecnie wspólnie regulowane dekretem z mocą ustawy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwanym dalej „dekretem z mocą ustawy nr 163/2006”). Zgodnie z ostatnim akapitem art. 34 tego dekretu z mocą ustawy:

„Nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym oferenci, którzy znajdują się względem siebie w jednym ze stosunków dominacji, o którym mowa w art. 2359 kodeksu cywilnego. Instytucje zamawiające wykluczają ponadto z przetargu oferentów, w przypadku których stwierdzą na podstawie jednoznacznych dowodów, że złożone odpowiednio przez każdego z nich oferty pochodzą z jednego centrum decyzyjnego”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

- 9 Ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 30 września 2003 r. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (zwana dalej „izbą handlową”) wszczęła otwarte postępowanie przetargowe na podstawie kryterium najniższej ceny dotyczące zamówienia na usługi kurierskie w zakresie odbioru i dostarczania korespondencji i różnych dokumentów w okresie trzyletnim 2004–2006 na rzecz samej izby handlowej oraz jej agencji specjalnej Ced Camera, na kwotę podstawową w wysokości 530 000 EUR bez podatku od wartości dodanej.
- 10 W następstwie oceny dokumentów przedstawionych przez zainteresowanych do udziału w postępowaniu dopuszczono spółki SDA Express Courier SpA (zwana dalej „spółką SDA”), Poste Italiane SpA (zwana dalej „spółką Poste Italiane”) oraz Assitur.
- 11 W dniu 12 listopada 2003 r. spółka Assitur przedstawiła wniosek o wykluczenie spółek SDA i Poste Italiane z przetargu ze względu na ścisłe powiązania istniejące między tymi spółkami.
- 12 Wskutek weryfikacji zarządzonej przez komisję przetargową okazało się, że całość kapitału zakładowego spółki SDA należy do spółki Attività Mobiliari SpA, która z kolei jest w całości własnością spółki Poste Italiane. Komisja przetargowa stwierdziła jednak, że dekret z mocą ustawy nr 157 z dnia 17 marca 1995 r., który reguluje procedury udzielania zamówień na usługi, nie wprowadza żadnego zakazu udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które łączy stosunek dominacji. Zauważyła ona również, że dokonana weryfikacja nie wykazała, aby w rozpatrywanym przypadku istniały poważne i zbieżne dowody pozwalające na powzięcie przypuszczenia o naruszeniu zasad konkurencji i tajności ofert. W rezultacie instytucja zamawiająca zdecydowała się udzielić, na mocy decyzji nr 712 z dnia 2 grudnia 2003 r., zamówienia na usługi spółce SDA, która przedstawiła ofertę z najniższą ceną.
- 13 W skardze wniesionej do Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia spółka Assitur wniosła o uchylenie tej decyzji. Spółka Assitur podnosi, że na mocy art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994, który wobec braku odmiennych przepisów stosuje się również – jak uważa – do zamówień na usługi, instytucja zamawiająca powinna była wykluczyć z udziału w postępowaniu spółki, które łączy stosunek dominacji, o którym mowa w art. 2359 włoskiego kodeksu cywilnego.
- 14 Sąd krajowy wskazuje, że art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994, który odnosi się konkretnie do zamówień na roboty budowlane, ustanawia niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym oferta spółki zależnej jest znana spółce dominującej. W ten sposób

dane podmioty gospodarcze nie zostały uznane przez ustawodawcę za zdolne do sformułowania ofert cechujących się wymaganą niezależnością, powagą i wiarygodnością, gdyż są ze sobą powiązane ścisłą wspólnotą interesów. Przepis ten zakazuje zatem powiązanym w ten sposób przedsiębiorstwom udziału w tym samym postępowaniu przetargowym na zasadach konkurencji, a w razie stwierdzenia, że do tego doszło, nakazuje obligatoryjne ich wykluczenie z przetargu. Sąd krajowy zwraca również uwagę, że pojęcie przedsiębiorstwa zależnego w prawie włoskim jest analogiczne do pojęcia przedsiębiorstw powiązanych, którego definicja została zawarta w art. 3 ust. 4 dyrektywy 93/37.

- 15 Sąd krajowy wskazuje również, że orzecznictwo włoskie traktuje taką normę jak ustanowiona w art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994 jako powszechnie obowiązującą normę porządku publicznego. Norma ta stanowi w rzeczywistości wyraz ogólnej zasady prawa, która wykracza poza dziedzinę zamówień publicznych na roboty budowlane i rozciąga się również na inne procedury udzielania zamówień publicznych w sektorze usług i dostaw, niezależnie od faktu, że w przypadku tych ostatnich procedur nie istnieje taki szczególny zapis. Ustawodawca potwierdził ten pogląd orzecznictwa, ustanawiając ostatni ustęp art. 34 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006, który reguluje obecnie ogół procedur udzielania zamówień publicznych, lecz w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania *ratione temporis*.
- 16 Sąd krajowy zastanawia się niemniej, czy takie podejście jest zgodne ze wspólnotowym porządkiem prawnym, a zwłaszcza z art. 29 dyrektywy 92/50, zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Trybunał w wyroku z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascina i in.*, Zb.Orz. s. I-1347, pkt 21–23. Przepis ten, który stanowi wyraz zasady „*favor participationis*”, czyli promowania, by w przetargu uczestniczyło jak najwięcej przedsiębiorstw, zawiera wyczerpującą listę podstaw wykluczenia z udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Wśród tych podstaw nie figuruje przypadek spółek, między którymi występuje stosunek dominacji lub z których jedna wywiera na drugą znaczny wpływ.
- 17 Sąd krajowy uważa tymczasem, że art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994 stanowi wyraz zasady wolnej konkurencji, ponieważ ma na celu karanie zachowań polegających na zмовie przedsiębiorstw w ramach postępowania przetargowego. W konsekwencji przepis ten został ustanowiony w ścisłej zgodności z traktatem WE, a w szczególności z art. 81 i nast. tego traktatu, i nie może tak naprawdę pozostawać w konflikcie z art. 29 dyrektywy 92/50.
- 18 W tych okolicznościach Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 29 dyrektywy 92/50[...], przewidując siedem przypadków wykluczenia z udziału w zamówieniach na usługi, określa wyczerpującą listę podstaw wykluczenia, stojąc zatem na przeszkodzie temu, by w art. 10 ust. 1a ustawy [nr 109/94] (obecnie zastąpionym ostatnim akapitem art. 34 dekretu z mocą ustawy [nr 136/06]) wprowadzono zakaz równoczesnego udziału w postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które łączą stosunek dominacji?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 19 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału siedem podstaw wykluczenia przedsiębiorcy z udziału

w zamówieniu ustanowionych w art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 odnosi się do uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności zainteresowanego, a zatem jego cech zawodowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 21).

- 20 Trybunał podkreślił, w odniesieniu do art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, który wymienia takie same podstawy wykluczenia jak art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50, że wolą prawodawcy wspólnotowego było utrzymanie w tym przepisie tylko takich podstaw wykluczenia, które wiążą się wyłącznie z cechami zawodowymi zainteresowanych przedsiębiorców. W zakresie dotyczącym takich podstaw wykluczenia Trybunał uważa, że wyliczenie to jest wyczerpujące (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 42, 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 21 Trybunał dodał, że to wyczerpujące wyliczenie nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 44–48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 22 Krajowy przepis ustawowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zmywy między uczestnikami tego samego postępowania przetargowego oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania.
- 23 Należy zatem stwierdzić, że art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.
- 24 Z powyższego wynika, że zgodność uregulowania krajowego rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym należy ocenić jeszcze w świetle zasady proporcjonalności.
- 25 Należy przypomnieć w tym względzie, że przepisy wspólnotowe w dziedzinie udzielania zamówień publicznych zostały przyjęte w ramach ustanawiania rynku wewnętrznego, na którym zapewnione są swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału oraz nieograniczona konkurencja (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb.Orz. s. I-619, pkt 2).
- 26 W tym kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów.
- 27 Z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym przepis, sformułowany w sposób jasny i imperatywny, nakłada na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które przedstawiają odrębne i konkurencyjne względem siebie oferty, jeżeli pozostają one względem siebie w stosunku dominacji tego rodzaju jak określony w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu przed sądem krajowym.

- 28 Jednakże generalne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. Takie rozwiązanie bowiem znacznie ograniczyłoby konkurencję na szczeblu wspólnotowym.
- 29 Należy zatem stwierdzić, że uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie w jakim rozciąga zakaz udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na sytuacje, w których łączący zainteresowane przedsiębiorstwa stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w ramach takich procedur, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości.
- 30 Takie uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 33, 35; ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 62).
- 31 W tym względzie warto podkreślić, że grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Zresztą, jak to wskazała Komisja w swych uwagach pisemnych, stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego.
- 32 W tym kontekście kwestia, czy rozpatrywany tutaj stosunek dominacji miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego dokonać powinny instytucje zamawiające. Ustalenie takiego wpływu, niezależnie, w jakiej postaci, uzasadnia wykluczenie tych przedsiębiorstw z danego postępowania. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.
- 33 W świetle ogółu powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć następująco:
- artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania

i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu, oraz

- prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

W przedmiocie kosztów

- 34 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

Prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka Joanna Orzeł
Renata Dzikowska Izabela Rzepkowska
Wojciech Michalski
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