

# INFORMATOR

## URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 4/2018

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

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

### Spis treści

<b>AKTUALNOŚCI .....</b>	<b>3</b>
<b>SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE .....</b>	<b>3</b>
➤ Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych skierowany do uzgodnień .....	3
➤ Ustawa o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych .....	4
➤ Zmiany w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych .....	5
➤ Informacja na temat skutków Brexitu w obszarze zamówień publicznych .....	6
<b>AKTUALNOŚCI UZP .....</b>	<b>8</b>
➤ Forum Praktyk Branżowych .....	8
➤ Poradnik z katalogiem dobrych praktyk - Pozacenowe kryteria oceny ofert .....	9
➤ Pozacenowe kryteria oceny ofert – konkurs Prezesa UZP .....	9
➤ Roczne sprawozdania o udzielonych zamówieniach (art. 98 Pzp) .....	10
<b>WZORCOWE DOKUMENTY, INTERPRETACJE, OPRACOWANIA .....</b>	<b>10</b>
➤ Wzorcowe dokumenty dotyczące postępowania odwoławczego i dialogu technicznego .....	10
➤ Elektroniczacja zamówień publicznych. Moment wszczęcia postępowania a ustalenie właściwego stanu prawnego .....	11
➤ Wspólne udzielanie zamówień .....	12
➤ Dobre praktyki w zakresie pozyskiwania innowacyjnych rozwiązań technologicznych w procedurze konkursowej .....	12
➤ Opracowania w zakresie oznakowań ekologicznych i społecznych .....	12
<b>DZIAŁANIA EDUKACYJNE .....</b>	<b>15</b>
➤ „Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi – regulacje i praktyka” .....	15
➤ "Problematyka antykorupcji i konfliktu interesów w zamówieniach publicznych" .....	15
➤ „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – raport z przeprowadzonych badań” .....	16
➤ „Narzędzia elektroniczne wspierające proces udzielania zamówień publicznych” .....	17
➤ Szkolenia w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” .....	18
➤ Konferencje dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych .....	18

➤ Elektronizacja i kontrola zamówień publicznych na targach POL-ECO SYSTEM 2018 .....	19
<b>PRAWO EUROPEJSKIE</b> .....	20
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE .....	20
<b>OPINIE PRAWNE</b> .....	58
Czy pod pojęciem „łącznej wartości zmian umowy” z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mieszczą się także zmiany wartości umów dokonywane na podstawie innych przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp .....	58
<b>KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</b> .....	60
Obowiązki zamawiającego związane z treścią SIWZ w przypadku gdy realizacja zamówienia na roboty budowlane lub usługi obejmuje czynności polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów ustawy – Kodeks pracy.....	60
<b>ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH</b> .....	67
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych .....	67
<b>ANALIZY SYSTEMOWE</b> .....	80
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 31.12.2018 .....	80

## AKTUALNOŚCI

### SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE

#### ➤ **Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych skierowany do uzgodnień**

W dniu 24 stycznia 2019 r. projekt ustawy Prawo zamówień publicznych został skierowany do uzgodnień, opiniowania i konsultacji publicznych.

Projekt nowej ustawy został opracowany wspólnie przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych.

Celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie spójnych i przejrzystych regulacji zawierających rozwiązania oparte na efektywności i transparentności udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa na rzecz wspierania innowacyjności i nowych technologii w zamówieniach publicznych, a także rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

Projekt ustawy wprowadza konkretne rozwiązania oczekiwane przez uczestników rynku zamówień publicznych, w szczególności: odrębną i elastyczną procedurę udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych, możliwość negocjowania ofert w celu ich ulepszenia, jeden sąd właściwy do rozpoznawania skarg, obniżenie wysokości opłat sądowych czy nowe reguły dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Istotną nowością jest wprowadzenie do ustawy regulacji dotyczących postępowania koncyliacyjnego w przypadku sporów powstałych w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego o dużej wartości. Rozwiązanie to jest uzasadnione przede wszystkim potrzebą zapewnienia instrumentów, które zwiększą szanse na ugodowe i zadowalające obie strony rozwiązanie sporu.

Wraz z projektem ustawy Prawo zamówień publicznych przygotowany został projekt ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych, który zawiera propozycje zmian w innych ustawach, wynikających z projektowanych zmian w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych, a także regulacje intertemporalne związane z wejściem w życie nowej ustawy. Przewiduje się, że nowa ustawa Prawo zamówień publicznych wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2020 r.

Projekty ww. ustaw wraz z uzasadnieniem zostały zamieszczone na stronie Rządowego Centrum Legislacji w zakładce Rządowy Proces Legislacyjny. Zachęcamy zatem do zapoznania się z projektowanymi regulacjami oraz współuczestniczenia w procesie legislacyjnym.

[Projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych](#)

[Projekt ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych](#)

### ➤ **Ustawa o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych**

W Dzienniku Ustaw RP została ogłoszona ustawa z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. poz. 2191).

Przedmiotowa ustawa określa m.in. zasady przesyłania drogą elektroniczną ustrukturyzowanych faktur elektronicznych oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych (m.in. zamówienie towaru lub usługi, zawiadomienie o zbliżającej się dostawie, potwierdzenie odbioru towaru lub usługi, faktura korygująca, dowód księgowy) związanych z realizacją zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno-prywatnego, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego tj. platformy elektronicznego fakturowania.

Ustawa nakłada na zamawiających obowiązek odbierania od wykonawcy faktur elektronicznych za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania. Ponadto wprowadza możliwość wysyłania i odbierania tą drogą innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych związanych z realizacją zamówień publicznych lub umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, jeżeli obie strony wyrażą zgodę na taki sposób przekazania dokumentów (art. 4 ustawy).

Ustawa nie będzie miała zastosowania do:

1. zamówień publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 5 i 5b oraz art. 4b ust. 1 pkt 1–3, 5 i 6 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
2. umów koncesji, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d ustawy o umowie koncesji (art. 3 ustawy).

Przewidziana została również możliwość wyłączenia obowiązku elektronicznego fakturowania w stosunku do zamówień publicznych oraz umów koncesji na roboty budowlane lub usługi, do których nie ma zastosowania ustawa – Prawo zamówień publicznych, ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym, pod warunkiem poinformowania o tym fakcie wykonawcy w umowie lub dokumentach wszczynających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o zawarciu umowy koncesji albo w sprawie wyboru partnera prywatnego (art. 4 ust. 3 ustawy).

**Ustawa wchodzi w życie z dniem 18 kwietnia 2019 r., z wyjątkiem przepisów art. 9 ust. 3 i art. 13, które weszły z dniem 1 stycznia 2019 r.**

Ponadto zgodnie z przepisami przejściowymi (art. 12 ustawy), **w stosunku do zamówień publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych, umów koncesji, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, oraz umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisy ustawy stosuje się od dnia 1 sierpnia 2019 r.**

Przepisów ustawy nie będzie się stosowało do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, postępowań o zawarcie umowy koncesji oraz postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, oraz do umów zawartych w wyniku takich postępowań.

Ustawa nie odnosi się do kwestii pełnej elektronizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle zakresu stosowania przedmiotowej ustawy, korzystanie przez zamawiającego z platformy elektronicznego fakturowania będzie dotyczyło wyłącznie etapu związanego z realizacją zamówienia publicznego.

Tekst ustawy został udostępniony na stronach Dziennika Ustaw:

<http://www.dziennikustaw.gov.pl/du/2018/2191/1>

Uzasadnienie do projektu tej ustawy jest dostępne na stronach Sejmu RP:

<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2888>

### ➤ **Zmiany w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych**

**1 stycznia 2019 r.** weszły w życie zmiany w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, wprowadzone ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215).

W art. 120 ustawy o pracowniczych planach kapitałowych, zwanej dalej „ustawą o PPK”, dokonano zmiany ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” mającej na celu rozszerzenie przesłanki wyłączonej stosowanie tej ustawy zawartej w **art. 4 pkt 4** odnoszącej się do umów z zakresu prawa pracy.

Zmiana przepisu polega na uzupełnieniu przepisu o „umowy o zarządzanie pracowniczymi planami kapitałowymi”.

Art. 4 pkt 4 ustawy Pzp otrzymał brzmienie:

„4) umów z zakresu prawa pracy, w tym umów o zarządzanie pracowniczymi planami kapitałowymi, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. ...);”.

W art. **142 w ust. 5 ustawy Pzp** został dodany pkt 4 w brzmieniu:

„4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

Dodanie tego przepisu spowoduje konieczność uwzględnienia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy również w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W art. 135 ustawy o PPK wprowadzono przepis przejściowy w związku z nałożeniem na wszystkie podmioty zatrudniające obowiązków wynikających z zawarcia umowy o prowadzenie PPK, zgodnie z którym wykonawca będzie mógł się zwrócić do zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia rozumianej jako suma wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikająca z wpłat do PPK przez podmioty zatrudniające uczestniczące w realizacji zamówienia publicznego.

Zgodnie z uzasadnieniem do ustawy o PPK wprowadzenie zmiany w art. 4 pkt 4 ustawy Pzp wynika stąd, że możliwość zawarcia umowy o zarządzanie PPK jest ściśle związana z umową o pracę, bowiem nie można jej zawrzeć bez istniejącego zatrudnienia – zgodnie z projektem ustawy o PPK podmiot zatrudniający może zawrzeć umowę o zarządzanie PPK, jeśli zatrudnia co najmniej jedną osobę. Dodatkowo gromadzenie środków w PPK następuje jedynie podczas trwania zatrudnienia, a więc tylko wtedy środki trafiają do instytucji finansowej wybranej przez podmiot zatrudniający. Przy wyborze instytucji finansowej zarządzającej PPK zamawiający, na których został nałożony powyższy obowiązek nie będą mieli obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp.

Natomiast, w przypadku wynikającej z zawarcia umowy o prowadzenie PPK waloryzacji kosztów realizacji zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy o PPK, wykonawca będzie mógł się zwrócić do zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, rozumianej jako suma wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikająca z wpłat do PPK przez podmioty zatrudniające, uczestniczące w realizacji zamówienia publicznego. Intencją przedmiotowej propozycji jest uregulowanie kwestii odnoszącej się do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia podmiotu zatrudniającego w przypadku, w którym przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie zawarł umowę o prowadzenie PPK, co wpłynęło na wzrost kosztów wszczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tekst ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych został udostępniony na stronach Dziennika Ustaw:

<http://www.dziennikustaw.gov.pl/DU/2018/2215/1>

Uzasadnienie do projektu tej ustawy jest dostępne na stronach Sejmu RP:

<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2811>

### ➤ **Informacja na temat skutków Brexitu w obszarze zamówień publicznych**

W związku ze złożeniem w dniu 29 marca 2017 r. przez Wielką Brytanię notyfikacji Radzie Europejskiej o zamiarze wystąpienia z Unii Europejskiej oraz z Europejskiej Wspólnoty Energii

Atomowej, z dniem **30 marca 2019 r.** Wielka Brytania przestanie być państwem członkowskim Unii Europejskiej.

Wystąpienie Wielkiej Brytanii z UE pociągnie za sobą skutki dla obywateli, przedsiębiorstw i organów administracji, zarówno w Wielkiej Brytanii, jak i w Unii Europejskiej. Skutki dotyczyć będą również procedur udzielania zamówień publicznych w państwach Unii Europejskiej, gdyż wykonawcy, towary i usługi z Wielkiej Brytanii utracą status wykonawców, towarów i usług unijnych.

Celem zapewnienia tzw. uporządkowanego wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej oraz złagodzenia skutków Brexitu podjęte zostały negocjacje między Unią Europejską a Wielką Brytanią dotyczące **Umowy o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej oraz z Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej (Umowa Wyjścia)**. Wynegocjowana umowa, w obszarze zamówień publicznych przewiduje, że w okresie przejściowym - tj. do dnia **31 grudnia 2020 r.**, wykonawcy oraz towary i usługi pochodzące z Wielkiej Brytanii będą traktowane na zasadach dotychczasowych, czyli tak jak wykonawcy, towary i usługi z UE. Ponadto, Umowa Wyjścia potwierdza stosowanie przez Wielką Brytanię unijnych zasad udzielania zamówień publicznych zawartych w stosownych regulacjach, w tym zwłaszcza zasady niedyskryminacji, wobec wszczętych w okresie przejściowym procedur o udzielenie zamówienia publicznego lub zawarcie umowy ramowej.

W świetle wyników głosowania w brytyjskim Parlamencie, który 15 stycznia br. odrzucił *Umowę o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej oraz z Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej*, realny jest także scenariusz bezumownego wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej.

W przypadku **bezumownego Brexitu**, podstawą wzajemnych zobowiązań Unii Europejskiej oraz Wielkiej Brytanii dotyczących dostępu do zamówień publicznych będą postanowienia Porozumienia ws. Zamówień Rządowych (GPA, tj. „*Government Procurement Agreement*”) w wersji zrewidowanej w 2014 r. Ponieważ Wielka Brytania jest obecnie członkiem zrewidowanego GPA jako jeden z krajów członkowskich UE, w wyniku Brexitu konieczne będzie zaktualizowanie statusu Wielkiej Brytanii w GPA. Obecnie trwają prace w Komitecie GPA nad projektem decyzji Komitetu, na podstawie której Wielka Brytania będzie mogła stać się podmiotem praw i obowiązków określonych w GPA na zasadzie samodzielnego członkostwa. Obecnie nie jest jednak przesądzone, kiedy Wielka Brytania stanie się samodzielnym członkiem GPA.

W sytuacji bezumownego Brexitu, z dniem 30 marca 2019 r., wykonawcy, towary i usługi pochodzące z Wielkiej Brytanii powinny zatem być traktowane jak pochodzące z państwa trzeciego, do których zastosowanie znajdują regulacje przewidziane w art. 7 ust. 1a, art. 131d ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dalsze informacje na temat wydarzeń związanych z wystąpieniem Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej i ich wpływu na obszar zamówień publicznych będą na bieżąco zamieszczane na

stronie internetowej Urzędu. Zachęcamy także do zapoznania się z informacjami zamieszczonymi na stronach internetowych Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii oraz Komisji Europejskiej.

Informacje dla przedsiębiorców, przygotowane w związku z Brexitem przez **Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii**: <https://www.mpit.gov.pl/strony/zadania/brexit/>

*Zawiadomienie dla zainteresowanych stron - Wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z UE a przepisy UE w dziedzinie zamówień publicznych* – opublikowane przez KE w dniu 18 stycznia 2018 r.: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/public\\_procurement\\_pl.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/public_procurement_pl.pdf)

Komunikat Komisji z 13.11.2018 r. *Przygotowania do wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej w dniu 30 marca 2019 r.: Plan działania awaryjnego COM (2018) 880*: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PL/COM-2018-880-F1-PL-MAIN-PART-1.PDF>

## AKTUALNOŚCI UZP

### ➤ Forum Praktyk Branżowych

W odpowiedzi na oczekiwania uczestników systemu zamówień publicznych wyrażone w trakcie konsultacji przeprowadzonych za pośrednictwem strony internetowej zostało uruchomione **FORUM PRAKTYK BRANŻOWYCH**.

To miejsce wymiany wiedzy, doświadczeń i pogłębiania kompetencji w zakresie specjalistycznych zamówień branżowych. Mamy nadzieję, że jako narzędzie stworzone na Państwa potrzeby Forum będzie stanowić wsparcie merytoryczne w praktyce przygotowywanych przez Państwa zamówień branżowych.

W zasobach Forum przewidziano m.in.:

- praktyczne przykłady branżowe,
- wskazania ich zastosowania,
- zapisy SIWZ dotyczące specjalistycznych zamówień.

**Zachęcamy Państwa do współtworzenia Forum i przesyłania przykładów dobrych praktyk branżowych.** Materiały prosimy przysyłać na adres: [praktyki\\_branzowe@uzp.gov.pl](mailto:praktyki_branzowe@uzp.gov.pl).

[Regulamin Forum](#)



### ➤ **Poradnik z katalogiem dobrych praktyk - Pozacenowe kryteria oceny ofert**

Urząd Zamówień Publicznych udostępnił na stronie internetowej praktyczny [Poradnik z katalogiem dobrych praktyk - KRYTERIA OCENY OFERT](#).

Mamy świadomość trudności, jakie może zamawiającym sprawiać właściwe stosowanie kryteriów pozacenowych, co w obliczu obligatoryjnych regulacji prawnych w tym zakresie skutkuje ucieczką w kryteria niemające związku z jakością, np. termin realizacji czy okres gwarancji. Chcemy Państwa wspomóc, udostępniając w poradniku kryteria odnoszące się do jakości, parametrów technicznych, funkcjonalności bądź właściwości estetycznych przedmiotu zamówienia publicznego.

Poradnik zawiera przykłady kryteriów pozacenowych do łatwego wykorzystania w przygotowywanych postępowaniach. Są to kryteria możliwe do modyfikacji w zależności od celów danego zamówienia. W publikacji podano też przykłady sposobów oceny kryteriów pozacenowych.

Mamy nadzieję, że materiał ten będzie dla Państwa konkretnym wsparciem w efektywnym stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert i uzyskiwaniu należycie wykonanych zamówień na możliwie najkorzystniejszych warunkach rynkowych.

Poradnik został podzielony na dwie części. W pierwszej zarysowano zasady rządzące oceną ofert w zamówieniach publicznych. W części tej zmierzaliśmy się również z mitami dotyczącymi kryteriów oceny ofert – ukazując możliwości i przykłady praktycznego ich zastosowania.

W drugiej części Poradnika przedstawiono katalog kilkudziesięciu dobrych praktyk w zakresie kryteriów pozacenowych odnoszących się do większości występujących w zamówieniach publicznych branż.

### ➤ **Pozacenowe kryteria oceny ofert – konkurs Prezesa UZP**

Pan Hubert Nowak, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaprosił szerokie grono uczestników systemu zamówień publicznych do aktywnego udziału w procesie upowszechnienia najlepszych praktyk w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ogłaszając [Konkurs na pozacenowe kryteria oceny ofert](#).

Konkurs został uruchomiony z myślą o wzajemnym dzieleniu się doświadczeniami, wiedzą i dobrymi pomysłami w zakresie praktyki stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, a przez to ułatwieniu zamawiającym efektywnego ich stosowania w swoich postępowaniach. Najlepsze przesłane przykłady kryteriów pozacenowych zamieszczane będą w **Forum Dobrych Praktyk** na stronie UZP. Dzięki temu stworzymy zasób dobrych, sprawdzonych praktyk stosowanych w zamówieniach publicznych, z którego w razie potrzeby mogą korzystać wszyscy zamawiający.

Obecnie trwa [II edycja Konkursu na pozacenowe kryteria oceny ofert](#). Kolejni uczestnicy mogą zgłaszać swoje kryteria, dzieląc się efektywnymi rozwiązaniami w tym zakresie.

Liczymy na Państwa zainteresowanie i podzielenie się cenną wiedzą i doświadczeniem w stosowaniu jakościowych kryteriów oceny ofert. Najlepsze zgłoszenia zostaną opublikowane w Forum Dobrych Praktyk na stronie internetowej UZP.

Konkurs zwieńczy (po zakończeniu wszystkich edycji) finalny wybór laureatów, dla których przewidziane są nagrody specjalne.

### ➤ Roczne sprawozdania o udzielonych zamówieniach (art. 98 Pzp)

Od 1 stycznia 2019 r. można składać roczne sprawozdania o zamówieniach udzielonych w 2018 r.

Termin **upływa 1 marca 2019 r.**

Formularz sprawozdania dostępny jest pod adresem <http://sr.uzp.gov.pl>, a dodatkowe informacje [tutaj](#).

## WZORCOWE DOKUMENTY, INTERPRETACJE, OPRACOWANIA

### ➤ Wzorcowe dokumenty dotyczące postępowania odwoławczego i dialogu technicznego

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczone zostały wzorcowe dokumenty dotyczące postępowania odwoławczego: *odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pełnomocnictwo w postępowaniu odwoławczym, zgłoszenie przystąpienia w postępowaniu odwoławczym, sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz wniosek w sprawie kosztów postępowania odwoławczego*.

- [odwołanie](#)
- [odpowiedź na odwołanie](#)
- [pełnomocnictwo w postępowaniu odwoławczym](#)
- [zgłoszenie przystąpienia w postępowaniu odwoławczym](#)
- [sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania](#)
- [wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy](#)
- [wniosek w sprawie kosztów postępowania odwoławczego](#)

Udostępniono również wzorcowe dokumenty dotyczące dialogu technicznego, uwzględniające aktualny stan prawny: *Regulamin przeprowadzania dialogu technicznego, Ogłoszenie o dialogu technicznym i Zgłoszenie do udziału w dialogu technicznym*.

- [Regulamin przeprowadzania dialogu technicznego](#)
- [Ogłoszenie o dialogu technicznym](#)
- [Zgłoszenie do udziału w dialogu technicznym](#)

➤ **Elektronizacja zamówień publicznych. Moment wszczęcia postępowania a ustalenie właściwego stanu prawnego**

Dla postępowań prowadzonych przez zamawiających innych niż centralny zamawiający o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wszczętych od dnia 18 października 2018 r., ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wskazał, iż komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Zatem dla stwierdzenia, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne nie znajduje zastosowania pełna komunikacja elektroniczna, koniecznym jest ustalenie, iż postępowania takie zostały wszczęte przed dniem 18 października 2018 r.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje zasadniczo w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego, a więc publikacji a nie przekazania ogłoszenia. W świetle przepisów ustawy Pzp postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający wszczyna zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej (por. art. 40 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (por. art. 40 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe przepisy należy odczytywać łącznie z normą z art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, która stanowi, że dla postępowań, w których ogłoszenie przekazywane jest do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym (a zatem wszczęcie postępowania), nie może nastąpić wcześniej niż po jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.

Tym samym, możliwość prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne według stanu prawnego obowiązującego do dnia 17 października br., istnieje w odniesieniu do postępowań, w których publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku UE nastąpiła najpóźniej w dniu 17 października 2018 r. lub w których, po upływie 48 godzin od otrzymania potwierdzenia przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, zamieszczono ogłoszenie w miejscu publicznie dostępnym, w siedzibie zamawiającego lub na stronie internetowej - najpóźniej w dniu 17 października 2018 r.

W przypadku niedochowania powyższego terminu zamawiający zobowiązani są do stosowania pełnej komunikacji elektronicznej w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi UE. W sytuacji gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazano,

iż komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywać się będzie wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej, zamawiający mają możliwość, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonać jej zmiany przed terminem składania ofert.

Jednocześnie przypominamy, że obowiązek pełnej elektronizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie dotyczy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

### ➤ **Wspólne udzielanie zamówień**

W celu przybliżenia uczestnikom rynku zamówień publicznych kwestii wspólnego udzielania zamówień, przygotowano zostało opracowanie dotyczące tej tematyki, a także przykładowe *Porozumienie w zakresie wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego* z wyjaśnieniami.

#### [Wspólne udzielanie zamówień](#)

### ➤ **Dobre praktyki w zakresie pozyskiwania innowacyjnych rozwiązań technologicznych w procedurze konkursowej**

Jednym z głównych celów nowoczesnej administracji jest tworzenie usług dla obywateli przy wykorzystaniu innowacji i nowoczesnych technologii. Mając powyższe na względzie, na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczono opracowanie pt. „*Dobre praktyki w zakresie pozyskiwania innowacyjnych rozwiązań technologicznych w procedurze konkursowej*”, przygotowane przez międzyresortowy Zespół do spraw Programu GovTech Polska, powołany przez Prezesa Rady Ministrów. Opracowanie ma na celu przybliżenie regulacji ustawy Pzp dotyczących konkursu, a także przedstawienie możliwości, jakie daje konkurs w zakupie narzędzi IT. Przedstawia również przykładowy sposób postępowania instytucji publicznych w procesie od identyfikacji potrzeby z zakresu IT do pozyskania produktu.

Zapraszamy do zapoznania się z [treścią opracowania](#).

### ➤ **Opracowania w zakresie oznakowań ekologicznych i społecznych**

W związku z funkcjonującymi w przepisach unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych oraz regulacjach ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r. poz. 1986) możliwościami w zakresie wymagania etykiet (oznakowań) potwierdzających m.in. społeczne czy ekologiczne cechy zamawianych robót budowlanych, dostaw i usług w toku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oddajemy do Państwa dyspozycji opracowania zawierające przykładowe oznakowania, których przyznawanie opiera się na kryteriach społecznych lub ekologicznych.

Zarówno przepisy unijnych dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE, jak i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przewidują możliwość określenia w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach udzielenia zamówienia oraz w warunkach realizacji zamówienia, wymogu posiadania określonej etykiety (oznakowania), w tym m.in. etykiety społecznej lub ekologicznej. Rozwiązanie to zostało wskazane w motywie 75 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz motywie 85 preambuły dyrektywy 2014/25/UE, a w zakresie normatywnym uszczegółowione w przepisie artykułu 43 dyrektywy klasycznej oraz w artykule 61 dyrektywy sektorowej. Do powyżej wskazanych przepisów dyrektyw unijnych odwołuje się polski ustawodawca w artykule 30a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986).

Zgodnie ze wspomnianymi regulacjami prawnymi wymóg posiadania określonego oznakowania może zostać uwzględniony w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach udzielenia zamówienia lub w warunkach realizacji zamówienia, pod warunkiem że oznakowanie to spełnia **łącznie** wszystkie następujące warunki:

- a) wymagania dotyczące oznakowania dotyczą **wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia**, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem tego zamówienia;
- b) wymagania dotyczące oznakowania są oparte na **obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminujących kryteriach**;
- c) warunki przyznawania oznakowania są przyjmowane **w drodze otwartej i przejrzystej procedury**, w której mogą uczestniczyć **wszystkie zainteresowane podmioty**, w tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- d) oznakowania są **dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron**;
- e) wymagania dotyczące oznakowania są **określane przez podmiot trzeci**, na który wykonawca ubiegający się o oznakowanie nie może wywierać decydującego wpływu.

Instytucje zamawiające mogą wymagać posiadania przez zamawiane produkty i usługi konkretnych oznakowań, **ale muszą jednocześnie zaakceptować wszystkie inne oznakowania, które potwierdzają, że dane produkty i usługi spełniają równoważne wymogi jak te określone w wymaganej etykiecie**. Ponadto, mając na uwadze możliwe ograniczenia w ubieganiu się o zamówienia publiczne przez wykonawców, którzy w odpowiednim terminie i z przyczyn niezależnych od nich, nie mają możliwości uzyskania konkretnych etykiet wskazanych przez instytucję zamawiającą lub etykiet równoważnych, zarówno ustawodawca unijny, jak i krajowy **zobowiązał instytucje zamawiające do akceptacji innych odpowiednich środków dowodowych**. Inne środki dowodowe mogą obejmować dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca dowiedzie, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które są przedmiotem zamówienia, spełniają wymogi określonego oznakowania lub określone wymogi wskazane przez instytucję zamawiającą.

Decydując się na uwzględnienie wymogu posiadania przez zamawiane produkty i usługi konkretnego oznakowania, instytucja zamawiająca musi pamiętać o zachowaniu **związku z przedmiotem zamówienia**. Oznacza to, iż kryteria na jakich opiera się przyznawanie danego oznakowania muszą dotyczyć przedmiotu zamówienia (robót budowlanych, dostaw lub usług), który ma być zrealizowany w ramach danego zamówienia publicznego, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach jego cyklu życia, ale nie muszą one być istotną cechą tego przedmiotu zamówienia. W szczególności kryteria te mogą dotyczyć procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek albo innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług. Analizując związek kryteriów będących składową poszczególnych etykiet z przedmiotem zamówienia należy pamiętać, iż warunek związku z przedmiotem zamówienia **wyklucza kryteria dotyczące ogólnej polityki firmy**, których nie można uznać za czynnik charakteryzujący konkretny proces produkcji lub dostarczania zakupionych robót budowlanych, dostaw lub usług, co zostało podkreślone w motywie 97 dyrektywy 24/2014/UE. Ustawodawca unijny stwierdza, iż instytucje zamawiające nie powinny mieć zatem możliwości wymagania od oferentów, by prowadzili określoną politykę społeczną lub środowiskowej odpowiedzialności przedsiębiorstw.

Jeżeli zamawiający uzna że **nie wszystkie wymagania związane z przyznawaniem produktom i usługom danego oznakowania są konieczne przy określaniu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy warunków realizacji zamówienia może odwołać się tylko do wybranych przez siebie wymagań** pod warunkiem, iż dane oznakowanie spełnia warunki określone w art. 30a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast w przypadku, gdy **przyznanie danego oznakowania opiera się również na kryteriach, które nie są związane z przedmiotem zamówienia** (warunek określony w art. 30a ust. 5 ustawy Pzp), ale jednocześnie spełnia wszystkie pozostałe warunki wskazane w art. 30a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający **nie może wskazać tego konkretnego oznakowania**, ale może w opisie przedmiotu zamówienia **odwołać się tylko do wybranych wymogów określonych w specyfikacji etykiety, które są związane z przedmiotem zamówienia**. W takim przypadku wykonawcy, którzy na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych przez instytucję zamawiającą przedstawiają etykiety równoważne lub inne odpowiednie środki dowodowe, muszą wykazać równoważność tylko z tymi wybranymi przez zamawiającego kryteriami.

#### Oznakowania ekologiczne

#### Oznakowania o charakterze społecznym

## DZIAŁANIA EDUKACYJNE

### ➤ „Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi – regulacje i praktyka”

**14 grudnia 2018 r. w Warszawie** odbyła się zorganizowana przez UZP konferencja pt. „**Umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi – regulacje i praktyka**”.

Konferencję otworzyła Pani **Barbara Loba** - Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych. Formalnoprawne podstawy zawierania umów koncesyjnych zawarte w Ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przedstawiła Pani **Agata Kozłowska**, ekspert Instytutu Sobieskiego. W dalszej części konferencji omówiła ona również ryzyka związane ze współpracą publiczno-prywatną i możliwości ich minimalizowania w celu uniknięcia negatywnych konsekwencji.

Na pytanie, kiedy i dlaczego partner prywatny jest wybierany w formule koncesji lub PPP w trybie Ustawy o umowie koncesji, odpowiadał w swoim wystąpieniu ekspert z tego zakresu, Pan **Marcin Wawrzyniak**.

Pan **Mateusz Winiarz** z Uniwersytetu Jagiellońskiego zaprezentował temat koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Praktyczne zagadnienia, w tym konkretne przypadki dotyczące stosowania przepisów Ustawy o umowie koncesji wskazał Pan **dr Rafał Cieślak** z Uniwersytetu Warszawskiego.

Obrady konferencji moderowała Pani **Anita Wichniak-Olczak**, Dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych UZP.

[Prezentacje](#) wygłoszone podczas konferencji.

### ➤ "Problematyka antykorupcji i konfliktu interesów w zamówieniach publicznych"

**29 listopada 2018 r. w Warszawie** odbyła się zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych konferencja pt. „**Problematyka antykorupcji i konfliktu interesów w zamówieniach publicznych**”.

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

Uczestników powitała Pani **Barbara Loba**, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, otwierając obrady konferencji i wskazując na istotną wagę zagadnień stanowiących przedmiot spotkania, a mających na celu minimalizowanie zagrożenia korupcją w obszarach aktywności instytucji wydających środki publiczne.



Autor pierwszej prelekcji, Pan **Krzysztof Krak** - ekspert z obszaru antykorupcji w zamówieniach publicznych, zaprezentował „Ryzyka korupcyjne w zamówieniach publicznych”.

Następnie Pan **Maciej Żelewski**, ekspert z obszaru zmów przetargowych w zamówieniach publicznych, omówił „Relacje pomiędzy zamawiającym a oferentem - ryzyko zawiązania lub umożliwienia zmowy przetargowej”.

Kolejne wystąpienie dotyczyło „Analizy postępowań o udzielenie zamówień publicznych z uwzględnieniem oceny efektywności działania aktów prawnych, będących w kompetencji Prezesa UZP, pod kątem obniżania ryzyka wystąpienia korupcji”. Przedstawiła je Pani **Dominika Jura**, ekspert z obszaru zamówień publicznych.

Z kolei Pani **Małgorzata Stachowiak** zaprezentowała prelekcję pt. „Dopuszczalna prawem uznaniowość zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zagrożenie korupcją”. Temat ten w odniesieniu do etapu prowadzenia postępowania oraz realizacji umowy kontynuował Pan **Łukasz Jaźwiński**.

Prelekcje konferencyjne zamknęło wystąpienie Pana **Grzegorza Makowskiego** oraz Pana **Marcina Waszaka** pt. „Pakt uczciwości w zamówieniach publicznych”.

[Prelekcje](#) wygłoszone podczas konferencji.

### ➤ „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – raport z przeprowadzonych badań”

23 listopada 2018 r. w Warszawie odbyła się konferencja Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – raport z przeprowadzonych badań”.

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

Celem konferencji było przedstawienie wyników badań zleconych przez Urząd Zamówień Publicznych, będących jednym z komponentów projektu „Efektywne zamówienia publiczne - wzmocnienie potencjału administracji”. Badania te umożliwiły ocenę funkcjonowania i potencjału rynku zamówień publicznych w Polsce po nowelizacji przepisów zamówień publicznych z 2016 r. z perspektywy uczestników tego rynku. Uzyskano pogłębiony obraz funkcjonowania rynku zamówień publicznych, procesów tam zachodzących, barier i nieprawidłowości, wpływu zmian przepisów na procedurę udzielania zamówień oraz potrzeb i oczekiwań uczestników rynku. Przeprowadzone badania i analizy objęły również obszar zrównoważonych zamówień publicznych w Polsce, dając obraz ich stanu w obecnej sytuacji. Efektem przeprowadzonych badań są dwa raporty, które zostały zaprezentowane podczas konferencji.



W konferencji wzięli udział przedstawiciele zamawiających, zainteresowani pogłębianiem wiedzy i świadomości w zakresie procesów zachodzących na rynku zamówień publicznych, których powitała, otwierając obrady, Pani **Barbara Loba**, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Pierwszą część konferencji poświęcono wynikom badania w zakresie funkcjonowania rynku zamówień publicznych. Założenia badawcze, przebieg i realizację badań, ocenę procesu udzielania zamówień publicznych oraz wnioski i rekomendacje w tym zakresie przedstawiła Pani **Magdalena Falkowska**.

Temat zamówień innowacyjnych i elektronizacji zamówień publicznych w ocenie uczestników rynku zamówień publicznych przybliżyła Pani **Anna Szymańska**.

Z kolei oczekiwania edukacyjne, które sygnalizowali w trakcie badań uczestnicy systemu zamówień publicznych, omówiła Pani **Iwona Treścińska**.

Drugą część konferencji poświęcono prezentacji raportu z badań stanu zrównoważonych zamówień publicznych w Polsce. Pan **Mateusz Winiarz** zapoznał uczestników spotkania z wynikami badań w tym zakresie, prezentując ocenę stanu stosowania instrumentów społecznych w zamówieniach publicznych oraz dobre przykłady z praktyki udzielania społecznych zamówień. Następnie analogiczną prelekcję wygłosił w odniesieniu do zielonych zamówień publicznych, opisując wynikający z badań stan stosowania instrumentów środowiskowych w praktyce udzielania zamówień.

Obrady konferencji moderowała Pani **Anita Wichniak-Olczak**, Dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych UZP.

[Prezentacje](#) wygłoszone podczas konferencji.

### ➤ „Narzędzia elektroniczne wspierające proces udzielania zamówień publicznych”

**8 października 2018 r. w Katowicach** odbyła się kolejna konferencja zorganizowana przez UZP, poświęcona zagadnieniom elektronizacji zamówień publicznych pt. **„Narzędzia elektroniczne wspierające proces udzielania zamówień publicznych”**. Wzięło w niej udział ok. 200 przedstawicieli rynku zamówień publicznych.

Analogiczne przedsięwzięcie miało miejsce w Warszawie, 5 października 2018 r.

Konferencję otworzył i moderował, udzielając obszernych wyjaśnień i odpowiedzi na pojawiające się pytania, Pan **Hubert Nowak - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**. Elektroniczne zamówienia publiczne jako część programu informatyzacji państwa przedstawiła Pani **Martyna Horęda**, z-ca Dyrektora Departamentu Systemów Państwowych w Ministerstwie Cyfryzacji. Z kolei Pan **Marek Miązkiewicz**, Naczelnik w Departamencie Gospodarki Elektronicznej Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii, przybliżył zagadnienia dotyczące elektronicznego fakturowania w zamówieniach publicznych. Natomiast konkretny przykład systemu elektronicznych narzędzi do udzielania zamówień,

funkcjonującego z powodzeniem w Polskiej Grupie Górniczej, zaprezentował Pan **Wiesław Zygmunt**, Dyrektor Biura Zakupów i Usług PGG.

Na konferencji nie mogło zabraknąć treści dotyczących miniPortalu – narzędzia udostępnionego już przez Urząd Zamówień Publicznych, budzącego żywe zainteresowanie uczestników rynku zamówień publicznych. Jest to rozwiązanie, które stanowić będzie wsparcie dla zamawiających i wykonawców w postępowaniach powyżej progów unijnych aż do momentu pełnego wdrożenia modelu docelowego, tj. Platformy eZamówienia. Działanie tego ogólnodostępnego, uniwersalnego i nieodpłatnego narzędzia zaprezentował Pan **Krzysztof Fijołek**, Dyrektor Biura Organizacyjno-Finansowego UZP.

Uczestnicy konferencji mieli również okazję pozyskać wiedzę na temat przygotowywanego przez Urząd docelowego rozwiązania, które zapewni elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, tj. **Platformy eZamówienia**. Architekturę systemu, jego funkcjonalności i działanie przybliżył Pan Dyrektor **Wojciech Smółkowski**, przedstawiciel DXC Technology Polska sp. z o.o.

Obie zorganizowane przez Urząd konferencje dotyczące elektronicznej zamówień publicznych wzbudziły duże zainteresowanie uczestników systemu i stanowiły konkretną odpowiedź na ich oczekiwania w zakresie merytorycznego wsparcia w sytuacji nowych uwarunkowań systemowych, technicznych i prawnych.

[Prezentacje](#) wygłoszone podczas konferencji

### ➤ **Szkolenia w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”**

W ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” współfinansowanego ze środków UE w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, Urząd Zamówień Publicznych zorganizował w IV kwartale 2018 r. następujące szkolenia:

- 10 szkoleń dwudniowych w różnych miastach Polski na temat trybów negocjacyjnych, kryteriów oceny ofert, elektronicznej, innowacji oraz zamówień przyjaznych MSP;
- 2 szkolenia jednodniowe w Warszawie, dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych.

### ➤ **Konferencje dotyczące zrównoważonych zamówień publicznych**

W dniu 24 października 2018 r. w ramach realizacji projektu współfinansowanego ze środków UE pt. „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” Urząd Zamówień Publicznych zorganizował konferencję pt. **„Dostępność dla osób niepełnosprawnych oraz projektowanie uniwersalne w zamówieniach publicznych”**. Celem corocznych konferencji na temat społecznych zamówień publicznych jest upowszechnianie

informacji w zakresie prawidłowego i skutecznego uwzględniania aspektów społecznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym w ramach obecnej edycji tego wydarzenia zwrócono szczególną uwagę na potrzebę realizacji w ramach procesu udzielania zamówień publicznych zasady dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.

Z kolei w dniu 22 listopada 2018 r. w ramach tego samego projektu odbyła się **XIII Konferencja - Zielone zamówienia publiczne pt. „Ochrona powietrza a zamówienia publiczne”**. Wydarzenie promujące uwzględnianie aspektów środowiskowych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poświęcone było sposobom wykorzystania zamówień publicznych na rzecz ograniczenia emisji szkodliwych dla zdrowia i środowiska zanieczyszczeń powietrza.

### ➤ **Elektronizacja i kontrola zamówień publicznych na targach POL-ECO SYSTEM 2018**

W dniach 22-23 października 2018 r. Pan Hubert Nowak Prezes, Urzędu Zamówień Publicznych ze współpracownikami wziął aktywny udział w Międzynarodowych Targach Ochrony Środowiska POL-ECO SYSTEM 2018 w Poznaniu.

Konferencję dla Beneficjentów Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 zorganizowanej w ramach Targów otworzył Pan dr Kazimierz Kujda, Prezes Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Witając gości, przybliżył cele spotkania oraz przekazał informacje dotyczące umów w ramach I i II osi priorytetowej POIiŚ 2014-2020, dla których NFOŚiGW jest Instytucją Wdrażającą. Prezes Hubert Nowak wprowadził w problematykę elektronizacji zamówień publicznych. Zasygnalizował też Koncepcję nowego Prawa zamówień publicznych oraz wyzwania związane z zamówieniami zielonymi i innowacyjnymi.

Pani Katarzyna Tyc-Okońska, z-ca Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych UZP, poprowadziła moduł dotyczący kontroli zamówień publicznych, omawiając przykłady naruszeń ustawy Pzp stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu.

Pan Krzysztof Fijołek, Dyrektor Biura Organizacyjno-Finansowego, oraz Pani Katarzyna Jaskłowska z UZP zaprezentowali miniPortal – narzędzie udostępnione przez Urząd, umożliwiające elektroniczną komunikację między zamawiającym i wykonawcami oraz elektroniczne składanie ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Funkcjonalności miniPortalu zostały zaprezentowane w praktycznej formie warsztatowej.

Dodatkowo Urząd Zamówień Publicznych udostępnił podczas Targów, cieszący się dużym zainteresowaniem, punkt konsultacyjny pozwalający uczestnikom na pozyskanie szczegółowej wiedzy na temat miniPortalu.

Konferencja zgromadziła ponad 500 przedstawicieli beneficjentów i wnioskodawców Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

## **PRAWO EUROPEJSKIE**

### ***Orzecznictwo***

### ***Trybunału Sprawiedliwości UE***

#### **1. Orzeczenie z dnia 18 października 2018 r. w sprawie C- 606/17 IBA Molecular Italy Srl**

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na dostawy – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 1 ust. 2 lit. a) – Udzielenie zamówienia poza przetargiem publicznym – Pojęcie „umów o charakterze odpłatnym” – Pojęcie „podmiotu publicznego”

Przedmiotem sprawy **C-606/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę państwa, Włochy) postanowieniem z dnia 6 lipca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 20 października 2017 r., w postępowaniu: IBA Molecular Italy Srl (zwaną dalej „IBA”) przeciwko Azienda ULSS n° 3 (lokalnym ośrodkiem służby zdrowia nr 3), Regione Veneto (regionem Wenecja Euganejska), Ministero della Salute (ministerstwem zdrowia), Ospedale dell’Angelo di Mestre (szpitalem Angelo de Mestre) w przedmiocie bezpośredniego udzielenia przez lokalny ośrodek służby zdrowia nr 3 zamówienia na trzyletnie dostawy radiofarmaceutyku na bazie Fludeoksyglukozy 18 o nazwie „fludeoksyglukoza (18F) IBA” (zwanego dalej „produktem leczniczym 18-FDG”) Istituto Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar (zwanemu dalej „Sacro Cuore”).

#### **Postępowanie główne**

Lokalny ośrodek służby zdrowia nr 3 i szpital Angelo de Mestre udzieliły bezpośrednio, bez wcześniejszego przetargu zamówienia na dostawy produktu leczniczego 18-FDG Sacro Cuore - religijnemu zakładowi prawa prywatnego uczestniczącemu w publicznym systemie planowania opieki zdrowotnej w regionie Wenecja Euganejska na podstawie porozumienia ad hoc jako szpital „klasyfikowany”, traktowany w związku z tym jak zakład publiczny – na okres 3 lat. W umowie przewidziano, że Sacro Cuore ma dostarczać nieodpłatnie produkt leczniczy 18-FDG do dziewięciu regionalnych szpitali publicznych, za pobraniem kosztów dostawy ustalonych ryczałtowo na 180 EUR od jednego transportu.

IBA - wyłączny przedstawiciel na Włochy produktu leczniczego 18-FDG - zakwestionowała przed Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionalnym sądem administracyjnym dla Lacjum, Włochy) następujące czynności prawne:

– przyznanie dotacji w wysokości 700 000 EUR, wypłaconej przez region Wenecja Euganejska na rzecz Sacro Cuore, przeznaczonej na pokrycie kosztów nieodpłatnego dostarczania produktu leczniczego 18-FDG do wszystkich odpowiednich zakładów opieki zdrowotnej tego regionu;

– wzór umowy w sprawie ustanowienia systemu dostaw między poszczególnymi regionalnymi zakładami publicznej opieki zdrowotnej a Sacro Cuore, sporządzony przez region Wenecja Euganejska, oraz

– regionalne i państwowe czynności dotyczące spornego zamówienia i warunki produkcji i dostaw tego produktu.

Następnie regionalny sąd administracyjny dla Lacjum oddalił skargę IBA głównie z dwóch powodów: rozpatrywana dostawa produktu leczniczego 18-FDG jest w jego ocenie zasadniczo bezpłatna, ponieważ ani przyznana Sacro Cuore dotacja w wysokości 700 000 EUR, ani pokrycie kosztów transportu produktu leczniczego nie mają charakteru bezpośredniego świadczenia wzajemnego; po drugie, nawet gdyby umowa na dostawy tego produktu leczniczego miała charakter odpłatny, udzielenie spornego zamówienia stanowi porozumienie między organami administracji publicznej, do którego prawo zamówień publicznych Unii nie znajduje zastosowania.

IBA wniosła w związku z tym odwołanie od powyższego wyroku do rady stanu. W ocenie tego sądu dokonana przez sąd pierwszej instancji ocena w zakresie wykładni pojęcia umowy o charakterze odpłatnym jest zasadniczo błędna. Podziela on natomiast ocenę sądu pierwszej instancji, zgodnie z którą sporne zamówienie na dostawy ustanawia współpracę pomiędzy jednostkami publicznymi, która nie wchodzi w zakres stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

### **Pytania prejudycjalne**

Rada stanu zawiesiła postępowanie i przedłożyła Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

**1) Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy [2004/18], obejmują swym zakresem stosowania również złożone czynności, w ramach których instytucja zamawiająca bezpośrednio przyznaje danemu podmiotowi gospodarczemu finansowanie na określony cel, przeznaczone wyłącznie na wytworzenie produktów, które bez dalszego postępowania przetargowego mają być przedmiotem nieodpłatnej dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych bez zapłaty z ich strony jakiegokolwiek wynagrodzenia temu dostawcy; czy w związku z tym cytowane przepisy europejskie stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zezwalają na bezpośrednie przyznanie finansowania na określony cel przeznaczonego na wytworzenie produktów mających być bez dalszego postępowania przetargowego przedmiotem dostawy na rzecz różnych podmiotów publicznych, zwolnionej z zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz tego dostawcy?**

**2) Czy europejskie przepisy w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, a w szczególności art. 1 i 2 dyrektywy 2004/18 oraz art. 49, 56, 105 i nast. [TFUE], stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, które zrównując »klasyfikowane« prywatne szpitale ze szpitalami publicznymi poprzez uwzględnienie ich w**

systemie publicznego programu krajowej opieki zdrowotnej na mocy szczególnych umów, odrębnych od powszechnych stosunków akredytacji obowiązujących z innymi podmiotami prywatnymi uczestniczącymi w systemie świadczeń opieki zdrowotnej, przy braku spełnienia wymogów do uznania za podmiot prawa publicznego oraz przesłanek bezpośredniego udzielenia zamówienia według zasad *in house providing*, wyłączają te »klasyfikowane« prywatne szpitale z zakresu stosowania krajowych i europejskich przepisów w dziedzinie zamówień publicznych, także w przypadkach, w których podmiotom tym powierzono wytworzenie i nieodpłatną dostawę na rzecz publicznych placówek opieki zdrowotnej produktów koniecznych do wykonywania świadczeń opieki zdrowotnej, a które to »klasyfikowane« prywatne szpitale otrzymują jednocześnie publiczne finansowanie na określony cel z przeznaczeniem na dokonanie takich dostaw?

#### **Stanowisko Trybunału**

##### **W przedmiocie pytania pierwszego**

Trybunał wskazał, iż zwrot „o charakterze odpłatnym” oznacza, zgodnie z jego zwykłym prawnym znaczeniem, umowę, na mocy której każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie. Tym samym umowa przewidująca wymianę świadczeń wchodzi w zakres pojęcia zamówienia publicznego, nawet gdy przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do częściowego zwrotu kosztów poniesionych w celu wykonania uzgodnionej usługi (podobnie wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 29; a także z dnia 13 czerwca 2013 r., *Piepenbrock*, C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 31).

W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym ocena odpłatnego charakteru umowy dotyczącej wytwarzania i dostaw produktu leczniczego powinna zatem uwzględniać istnienie świadczenia wzajemnego wypłacanego dostawcy tego produktu za pomocą dotacji regionu Wenecja Euganejska w wysokości 700 000 EUR. Dlatego umowa taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której wykonawca zobowiązuje się do wytwarzania i dostarczania produktu różnym jednostkom administracji publicznej w zamian za przyznanie mu finansowania w całości przeznaczanego na ten cel, mieści się w pojęciu umowy „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, nawet jeśli koszty wytworzenia i dystrybucji tego produktu nie zostaną w całości pokryte z tej dotacji lub przez koszty dostawy, które mogą zostać naliczone tym jednostkom.

##### **W przedmiocie pytania drugiego**

Trybunał przypominał, że na mocy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 do tego, by dana umowa „o charakterze odpłatnym” stanowiła zamówienie publiczne, a w związku z tym – by znajdowały do niej zastosowanie uregulowania Unii w tej dziedzinie, musi ona być zawarta przez jednego wykonawcę lub większą ich liczbę z jedną instytucją zamawiającą lub większą ich liczbą. Ponadto, jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie są objęte dwa rodzaje zamówień udzielanych

przez podmioty publiczne (wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 31).

W pierwszej kolejności chodzi o umowy zawierane przez podmiot publiczny spełniający określone w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 przesłanki, kwalifikujące go jako „instytucję zamawiającą” w rozumieniu tej dyrektywy, z odrębną od niego osobą prawną, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, do których należy (podobnie wyrok z dnia 18 listopada 1999 r., Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, pkt 50; a także z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 49). Tymczasem, z informacji sądu odsyłającego wynika, iż ani region Wenecja Euganejska, ani instytucje zamawiające nie sprawują nad Sacro Cuore kontroli analogicznej do tej, jaką sprawują nad swoimi własnymi służbami, stąd uregulowanie krajowe, takie jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, nie może wyłączyć spod zakresu stosowania norm dotyczących zamówień publicznych umów zawieranych między instytucją taką jak Sacro Cuore a podmiotem publicznym, opierając się na omawianym wyjątku.

W drugiej kolejności w zakres stosowania prawa zamówień publicznych Unii nie wchodzi także umowy o charakterze odpłatnym ustanawiające współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, pod warunkiem że umowy takie zawarte zostały wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału strony prywatnej, że żaden prywatny wykonawca nie zyskuje uprzywilejowanej pozycji względem swoich konkurentów, a ustanowiona w nich współpraca jest podyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym (podobnie wyroki: z dnia 9 czerwca 2009 r., Komisja/Niemcy, C-480/06, EU:C:2009:357, pkt 44, 47; a także z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 36, 37). Trybunał podkreślił, że wszystkie te kryteria mają charakter kumulatywny, czyli zamówienie udzielone między podmiotami publicznymi może być wyłączone spod zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych z uwagi na ten wyjątek, wyłącznie jeśli umowa, której podlega to zamówienie, spełnia wszystkie te kryteria (podobnie wyrok z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 38). Tymczasem, Trybunał stwierdził, iż już pierwsze kryterium, w którym chodzi o to, by ta forma współpracy łączyła podmioty publiczne, nie zostało spełnione w niniejszej sprawie. Szpitale „klasyfikowane”, takie jak Sacro Cuore, są osobami prawnymi, których zarząd w aspekcie finansowania, powołania zarządu oraz regulaminu jest nadal w pełni prywatny.

### **Orzeczenie Trybunału**

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

**1) Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na**

roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „umowy o charakterze odpłatnym” obejmuje decyzję, na mocy której instytucja zamawiająca przyznaje określonemu wykonawcy bezpośrednio, a zatem bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, finansowanie przeznaczone w całości na cel wytwarzania produktów, które mają być przez niego dostarczane bezpłatnie różnym jednostkom administracji, zwolnionym z zapłaty temu dostawcy jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego, z wyjątkiem płatności tytułem kosztów dostawy kwoty ryczałtowej wynoszącej 180 EUR od każdego transportu.

2) Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i art. 2 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które, zrównując szpitale prywatne „klasyfikowane” ze szpitalami publicznymi ze względu na ich włączenie do systemu planowania krajowej publicznej opieki zdrowotnej, uregulowane w umowach ad hoc, które są różne od zwykłych stosunków akredytacji, panujących w przypadku innych prywatnych podmiotów uczestniczących w systemie opieki zdrowotnej, wyłącza te szpitale spod zakresu działania krajowych i unijnych przepisów z dziedziny zamówień publicznych, w tym również w przypadkach, w których szpitalom tym zleca się wytwarzanie i dostarczanie bezpłatnie do publicznych zakładów opieki zdrowotnej specyficznych produktów niezbędnych do świadczenia usług opieki zdrowotnej w zamian za publiczne finansowanie przyznane w celu wytwarzania i dostawy tych produktów.

2. Orzeczenie z dnia 24 października 2018 r. w sprawie **C-124/17 Vossloh Laeis**

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 57 – Dyrektywa 2014/25/UE – Artykuł 80 – Udzielanie zamówień publicznych – Postępowanie – Podstawy wykluczenia – Maksymalny okres wykluczenia – Spoczywający na wykonawcy obowiązek współpracy z instytucją zamawiającą w celu wykazania swojej rzetelności

Przedmiotem sprawy **C-124/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Vergabekammer Südbayern (izbę ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii, Niemcy) postanowieniem z dnia 7 marca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 10 marca 2017 r., w postępowaniu: Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH w przedmiocie wykluczenia tej pierwszej spółki z systemu kwalifikowania wprowadzonego przez tę drugą spółkę przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy elementów torów kolejowych.

### **Postępowanie główne**

Vossloh Laeis produkuje elementy torów kolejowych. Za udział w porozumieniach podlegających prawu w dziedzinie karteli dotyczących zwrotnic (zwanym dalej „kartelem szynowym”) federalny urząd antykartelowy w Niemczech ukarał ją grzywną, stosując przy tym zasadę łagodzenia kar w celu uwzględnienia współpracy, którą Vossloh Laeis okazała, pomagając w wyjaśnieniu swojego zachowania o znamionach zмовы. Stadtwerke München



(instytucja zamawiająca), która jest podmiotem, który mógł zostać poszkodowany w wyniku kartelu szynowego, wniosła powództwo cywilne o odszkodowanie przeciwko Vossloh Laeis.

Co więcej, Vossloh Laeis została wykluczona ze skutkiem natychmiastowym z postępowania kwalifikacyjnego przez Stadtwerke München, która uznała, iż wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę nie świadczą o tym, że przedsiębiorstwo to podjęło wystarczające środki w rozumieniu przepisów krajowych. Instytucja zamawiająca domagała się przekazania jej decyzji federalnego urzędu antykartelowego nakładającej grzywnę, aby móc zbadać, a dzięki tej współpracy wyjaśnić popełnione przez tę spółkę naruszenie prawa dotyczącego karteli.

W odpowiedzi Vossloh Laeis wniosła skargę na decyzję o wykluczeniu do izby ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii w Niemczech argumentując, iż instytucja zamawiająca dokonała błędnej wykładni przepisów krajowych oraz że niewystarczająco uzasadniła tę decyzję, ponieważ art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 przewiduje jedynie współpracę z organami prowadzącymi dochodzenie, a nie z instytucją zamawiającą. Ponadto, zgodnie z przepisami krajowymi wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwe wyłącznie w ciągu trzech lat po zaistnieniu okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia a w niniejszym przypadku okoliczności te miały miejsce ponad trzy lata przed rozpatrywanym wykluczeniem.

### **Pytania prejudycjalne**

Izba ds. zamówień publicznych Południowej Bawarii zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

**1) Czy przepis prawa państwa członkowskiego, według którego warunkiem skuteczności wskazania przez wykonawcę podjętych środków naprawczych jest to, że wyczerpująco wyjaśnia on fakty i okoliczności związane z przestępstwem lub wykroczeniem oraz powstałą w wyniku tego szkodą, aktywnie współpracując nie tylko z organami śledczymi, lecz również z instytucją zamawiającą, jest zgodny z postanowieniami art. 80 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24?**

**2) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 należy w związku z tym interpretować w ten sposób, że dany podmiot gospodarczy dla uznania skuteczności podjętych przez niego środków naprawczych jest zobowiązany wobec instytucji zamawiającej do udzielenia wyjaśnień na temat stanu rzeczy w takim zakresie, aby instytucja ta mogła sama ocenić, czy podjęte środki (techniczne, organizacyjne i kadrowe, a także rekompensata szkody) są odpowiednie i wystarczające?**

**3) Dla dobrowolnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, maksymalny okres lub termin dla wykluczenia wynosi zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 trzy lata, licząc od odnośnego zdarzenia. Czy jako „odnośne zdarzenie” należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia?**

**4) Czy zgodnie z powyższym w przypadku spełnienia przesłanki wykluczającej wynikającej z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 poprzez udział wykonawcy w kartelu odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 jest zaprzestanie udziału w kartelu, czy też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu?**

#### **Stanowisko Trybunału**

##### **W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego**

Trybunał przypomniał, iż zgodnie z brzmieniem art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24 przedsiębiorca, który chce wykazać swoją rzetelność pomimo istnienia którejś z odpowiednich podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 i 4, musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Trybunał zauważył, że zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, jeżeli dowody przedstawione przez wykonawcę zostaną uznane za wystarczające w świetle właściwych przepisów prawa krajowego, nie zostaje on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit trzeci tej dyrektywy, jeżeli podjęte środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. Ponadto, z motywu 102 dyrektywy 2014/24 wynika, że jeżeli dany wykonawca podjął środki dostosowawcze mające na celu naprawę skutków przestępstwa lub naruszenia oraz skuteczne zapobieganie ich powtórzeniu, dające wystarczające gwarancje, wykonawca ten nie powinien być już wykluczany na tej tylko podstawie. Zgodnie z tym motywem wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, w tym motywie uściślono, że do państw członkowskich należy określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach oraz że powinny one w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym.

Zdaniem Trybunału dowód na podjęcie środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 2014/24, do których należy w szczególności współpraca z organami odpowiedzialnymi za prowadzenie dochodzenia, należy więc dostarczyć, zależnie od przepisów krajowych, w ramach relacji z tą samą instytucją zamawiającą, która decyduje o wykluczeniu na podstawie art. 57 tej dyrektywy. Tym samym jeżeli państwa członkowskie zezwalają instytucji zamawiającej na przeprowadzanie stosownych ocen, to właśnie do niej należy ocena nie tylko tego, czy istnieje podstawa wykluczenia wykonawcy, ale również, w stosownych przypadkach, tego, czy wykonawca ten rzeczywiście wykazał znów swoją rzetelność.

Trybunał wskazał również, iż w celu sprawdzenia istnienia pewnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające mogą, w określonych okolicznościach, być zmuszone do przeprowadzania badań i kontroli. Tym samym na mocy art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 instytucja zamawiająca może wykazać „za pomocą dowolnych stosownych środków” naruszenie przez wykonawcę mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy. Podobnie, zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. c) dyrektywy 2014/24, instytucja zamawiająca może wykazać „za pomocą stosownych środków”, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Przeprowadzenie przez instytucję zamawiającą kontroli może być również na przykład konieczne, aby stwierdzić istnienie jednej z podstaw wykluczenia wymienionych w art. 57 ust. 4 lit. g) i i) tej dyrektywy.

Trybunał podkreślił, iż w tym kontekście należy uwzględnić odpowiednie funkcje instytucji zamawiających oraz organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia. Podczas gdy zadanie tych ostatnich polega na ustaleniu odpowiedzialności określonych podmiotów za popełnienie naruszenia normy prawnej poprzez wykazanie w sposób bezstronny prawdziwości okoliczności, które mogą stanowić takie naruszenie, a także na ukaraniu przeszłych naruszeń, instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzieliły zamówienia oferentowi, którego uczciwość i rzetelność są wątpliwe. Wynika z tego, że wyjaśnienie faktów i okoliczności przez organy prowadzące dochodzenie w rozumieniu art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 nie ma na celu tego samego, co ocena rzetelności wykonawcy, który podjął określone w tym przepisie środki i musi przedstawić instytucji zamawiającej dowody pozwalające udowodnić, że są one wystarczające dla celów dopuszczenia go do postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, o ile wymagają tego odpowiednie role instytucji zamawiającej i organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia i w takim też zakresie, wykonawca, który chce wykazać swą rzetelność pomimo istnienia którejś z odpowiednich podstaw wykluczenia, powinien współpracować w skuteczny sposób z organami, którym powierzono te funkcje, niezależnie od tego, czy będzie to instytucja zamawiająca, czy organ prowadzący dochodzenie.

Trybunał stwierdził, iż w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, oferent jest w szczególności zobowiązany udowodnić, że całkowicie wyjaśnił fakty i okoliczności kartelu, w którym uczestniczył, poprzez swą aktywną współpracę z organem ds. konkurencji odpowiedzialnym za zbadanie takich okoliczności faktycznych. Instytucja zamawiająca musi być w stanie zażądać od wykonawcy, który został uznany za odpowiedzialnego za naruszenie prawa konkurencji, by przedstawił decyzję organu ds. konkurencji w swojej sprawie. Okoliczność, że przekazanie takiego dokumentu mogłoby ułatwić instytucji zamawiającej dochodzenie roszczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej przeciwko temu wykonawcy nie podważa tego stwierdzenia, ponieważ wśród środków, jakie powinien podjąć wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności, znajduje się dostarczenie dowodu, że zrekompensował on

wszelkie szkody spowodowane popełnionym przez siebie przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty.

Ponadto, Trybunał zaznaczył, że co do zasady przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady łagodzenia kar ze względu na to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji, czego zbadanie należy jednak do sądu odsyłającego. Jednakże, w zakresie, w jakim instytucja zamawiająca może również zażądać od wykonawcy przedstawienia dowodów na środki, jakie podjął, które są w stanie zapobiec ponownemu wystąpieniu stwierdzonych naruszeń, Trybunał wskazał, że instytucja zamawiająca może wymagać od tego wykonawcy, żeby przedstawił informacje dotyczące okoliczności faktycznych, pozwalające wykazać, że stosowane przez niego środki są rzeczywiście odpowiednie do zapobieżenia powtórzeniu się zarzucanego mu zachowania, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności popełnienia tego naruszenia. Okoliczność, że dowody, jakie wykonawca musi w tym względzie przedstawić, były już wymagane przez organ ds. ochrony konkurencji w trakcie prowadzonego przez niego dochodzenia, sama w sobie nie uzasadnia tego, by wykonawca był zwolniony z obowiązku ich dostarczenia instytucji zamawiającej, chyba że fakty lub okoliczności, na które żąda się w ten sposób dowodu, wystarczająco jasno wynikają już z innych przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, a w szczególności z decyzji stwierdzającej naruszenie reguł konkurencji.

#### **W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego**

Trybunał przypomniał, iż spółka Vossloh Laeis twierdzi, że „odnośnym zdarzeniem” w rozumieniu art. 57 ust. 7 tej dyrektywy, od którego oblicza się maksymalny okres wykluczenia, jest zakończenie uczestnictwa w kartelu, zaś sąd odsyłający wskazał, że uzasadnienie ustawy krajowej, mającej na celu transpozycję art. 57 ust. 7, może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji.

Trybunał podkreślił, że zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie żadnych środków określonych w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w celu wykazania swojej rzetelności, a okres ten nie może, jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku w przypadkach wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia. Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, Trybunał zauważył, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do

tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, Trybunał uznał, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji a rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, iż wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych. Ponadto, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W rezultacie, zdaniem Trybunału, okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

### **Orzeczenie Trybunału**

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

**1) Artykuł 80 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym dla jej roli, by dowieść jej przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny.**

**2) Artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.**

**3. Orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 260/17 Anodiki Services EPE**

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 10 lit. g) – Wyłączenia z zakresu stosowania – Umowy o pracę – Pojęcie – Decyzje szpitali publicznych o zawarciu umów o pracę na czas określony w celu zaspokojenia potrzeb z zakresu gastronomii, dostarczania posiłków i sprzątnia – Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 1 – Prawo do wniesienia skargi

Przedmiotem sprawy **C-260/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Symvoulia tis Epikrateias (radę stanu, Grecja) postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 16 maja 2017 r., w postępowaniu: Anodiki Services EPE przeciwko GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki, Geniko Oγκολογικο Νοσοκομείο Kifisias – (GONK) „Oi Agioi Anargyroi”, przy udziale: Arianthi Ilia EPE, Fasma AE, Mega Sprint Guard AE, ICM – International Cleaning Methods AE, Myservices Security and Facility AE, Kleenway OE, GEN – KA AE, Geniko Nosokomeio Athinon „Georgios Gennimatas”, Ipirotiki Facility Services AE w przedmiocie uchwał podjętych przez zarządy tych szpitali publicznych dotyczących zawarcia pewnej liczby umów o pracę na czas określony na podstawie przepisów prawa prywatnego w celu zaspokojenia ich potrzeb z zakresu gastronomii, dostarczania posiłków i sprzątnia.

### **Postępowanie główne**

Zarządy GNA Evangelismos i GONK Agioi Anargyroi zdecydowały o zawarciu w zarządzanych przez nie szpitalach pewnej liczby indywidualnych umów o pracę na czas określony w celu zaspokojenia ich odpowiednich potrzeb z zakresu gastronomii, dostarczania posiłków i sprzątnia. Następnie spółka Anodiki Services wniosła skargi na te decyzje do sądu odsyłającego, Symvoulia tis Epikrateias (rady stanu, Grecja), podnosząc, że rzeczne decyzje dotyczą świadczenia usług, które powinny stanowić przedmiot postępowań o udzielenie zamówień publicznych określonych w dyrektywie 2014/24. W tym względzie spółka ta zauważyła, że wartość umów będących przedmiotem rzeczonych decyzji, a mianowicie – w przypadku decyzji podjętej przez GNA Evangelismos – od 1 894 402,56 EUR do 2 050 418,16 EUR w okresie 24 miesięcy oraz – w przypadku decyzji podjętej przez GONK Agioi Anargyroi – 550 000 EUR w okresie rocznym, przekracza stosowne progi określone w art. 4 tej dyrektywy.

Z kolei sąd odsyłający zastanawia się, czy umowy takie jak te, których dotyczą uchwały zarządów GNA Evangelismos i GONK Agioi Anargyroi, wchodzą w zakres pojęcia „umów o pracę”, zawartego w art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24 z takim skutkiem, że zamówienia publiczne, których przedmiotem jest zawarcie tych umów, są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy oraz czy przepisy prawa krajowego w zakresie, w jakim zezwalają na zawieranie takich umów bez konieczności stosowania procedur określonych w dyrektywie 2014/24 – pozostają sprzeczne z przepisami rzeczonej dyrektywy, postanowieniami traktatu FUE dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, art. 16 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) oraz zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności. W tym względzie sąd odsyłający podniósł, że z uwagi na przedmiot i szacowane koszty rzeczonych umów o pracę postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego mające ten sam przedmiot bezsprzecznie przedstawiałoby interes transgraniczny. Ponadto, sąd odsyłający pragnie ustalić, czy decyzja organu publicznego o niestosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/24 podjęta z tego względu, że przedmiotowa umowa nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/24, podlega kontroli sądowej na podstawie dyrektywy 89/665.

### **Pytania prejudycjalne**

Rada stanu zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

**„1) Czy w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy [2014/24] do zakwalifikowania umowy jako »umowy o pracę« wystarczy, że stanowi ona umowę o pracę (charakteryzującą się podporządkowaniem), czy umowa taka powinna mieć szczególne cechy (na przykład w odniesieniu do rodzaju pracy, warunków zawarcia umowy, kwalifikacji kandydatów i elementów procedury ich wyboru), tak że wybór każdego pracownika jest wynikiem indywidualnego osądu i subiektywnej oceny jego osobowości przez pracodawcę?**

**Czy umowy o pracę na czas określony zawarte na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak okres pozostawania bez pracy przez kandydata, wcześniejsze doświadczenie lub liczba niepełnoletnich dzieci, po formalnej kontroli dokumentów poświadczających oraz według określonej z góry procedury przyznawania punktów na podstawie wspomnianych kryteriów, takie jak umowy przewidziane w art. 63 ustawy nr 4430/2016, mogą zostać uznane za »umowy o pracę« w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy [2014/24]?**

**2) Czy w świetle przepisów dyrektywy [2014/24] (art. 1 ust. 4, art. 18 ust. 1 i 2, art. 19 ust. 1, art. 32 i art. 57 w związku z motywem 5 tej dyrektywy), Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 49 i 56) i [karty] (art. 16 i 52) oraz zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności dozwolone jest stosowanie przez organy publiczne innych środków – w tym umów o pracę – niż zamówienia publiczne w celu wykonania spoczywających na nich zadań leżących w interesie publicznym oraz ewentualnie na jakich warunkach, w sytuacji gdy stosowanie takich środków nie ma charakteru stałej organizacji usług publicznych, lecz – jak w przypadku przewidzianym w art. 63 ustawy nr 4430/2016 – następuje na czas określony w celu stawienia czoła nadzwyczajnym okolicznościom, jak również z powodów związanych ze skutecznością konkurencji bądź zgodnością z prawem funkcjonowania przedsiębiorstw działających na rynku zamówień publicznych?**

**Czy takie powody i okoliczności, jak niemożliwość wykonania w nieprzerwany sposób zamówienia publicznego lub osiągnięcie większej korzyści ekonomicznej w porównaniu z (tą, jaka byłaby możliwa w przypadku) zamówienia publicznego, mogą zostać uznane za nadrzędne względy interesu ogólnego, które uzasadniają przyjęcie środka ograniczającego poważnie, pod względem zakresu i czasu trwania, działalność przedsiębiorstw w sektorze zamówień publicznych?**

**3) Czy w przypadku decyzji organu publicznego – takiej jak uchwały zaskarżone w postępowaniu głównym – która zdaniem tego organu dotyczy umowy niewchodzącej w zakres stosowania dyrektywy 2014/24 (na przykład, ponieważ jest to »umowa o pracę«), wyłączona jest ochrona sądowa przewidziana w art. 1 dyrektywy [89/665] [...], w sytuacji gdy skargę wnosi podmiot gospodarczy, który ma uzasadniony interes w tym, by zostało mu udzielone zamówienie publiczne o takim samym przedmiocie, i który twierdzi, że niezgodnie z prawem dyrektywa [2014/24] nie została zastosowana z uwagi na przekonanie, że nie znajduje ona zastosowania?».**

#### **Stanowisko Trybunału**

##### ***W przedmiocie pytania pierwszego***

Trybunał zaznaczył, że choć na mocy art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24 zamówienia publiczne na usługi mające za przedmiot umowy o pracę są wyłączone z jej zakresu zastosowania, to zawarte w tym przepisie pojęcie „umów o pracę” nie zostało zdefiniowane w tej dyrektywie. Ponadto, przepis ten nie zawiera w zakresie dotyczącym definicji tego ostatniego pojęcia wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich.

Trybunał dodał, iż zgodnie ze swoim utrwalonym orzecznictwem z wymogu jednolitego stosowania prawa Unii wynika, że jeżeli przepis tego prawa nie zawiera odesłania do prawa państw członkowskich w odniesieniu do konkretnego pojęcia, pojęciu temu należy nadać zwykle w całej Unii Europejskiej autonomiczną i jednolitą wykładnię. Wykładnię tę należy ustalić, uwzględniając brzmienie danego przepisu, jego kontekst oraz zamierzony cel danego uregulowania (podobnie w szczególności wyroki z dnia 19 grudnia 2013 r., *Fish Legal i Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, pkt 42, oraz z dnia 19 czerwca 2018 r., *Baumeister*, C-15/16, EU:C:2018:464, pkt 24).

Trybunał podkreślił, iż z motywu 5 dyrektywy 2014/24 wynika, że dyrektywa ta nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania osobom trzecim lub podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu tej dyrektywy, oraz że świadczenie usług w oparciu o przepisy ustawowe, wykonawcze lub umowy o pracę nie powinno być objęte zakresem rzeczowej dyrektywy. Z powyższego wynika, że zawieranie umów o pracę stanowi dla organów publicznych państw członkowskich narzędzie służące do samodzielnego świadczenia takich usług, i z tego względu jest ono wyłączone z zakresu uregulowań dotyczących zamówień publicznych określonych w tej dyrektywie.

Zdaniem Trybunału, wbrew twierdzeniom *Anodiki Services* zawartym w jej uwagach na piśmie, umożliwienie władzom publicznym samodzielnego zaspokojenia niektórych potrzeb za pomocą zawierania umów o pracę nie ogranicza się do przypadków, o których mowa w ostatnim zdaniu tego motywu. W tym względzie okoliczność, że w odniesieniu do powyższej możliwości, która powinna przysługiwać władzom publicznym, w motywie tym wskazano, iż „może mieć to miejsce w przypadku” usług wymienionych w dalszej części tego zdania, świadczy dostatecznie o tym, że wyliczenie to nie ma charakteru wyczerpującego.



Trybunał stwierdził również, że zawarcie umowy o pracę, ze względu na swój charakter, skutkuje powstaniem stosunku pracy między pracownikiem a pracodawcą. W szerszym kontekście prawa Unii, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, cechą charakteryzującą stosunek pracy jest fakt, że dana osoba wykonuje przez pewien okres na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem świadczenia, za które otrzymuje wynagrodzenie (w szczególności wyroki z dnia 3 lipca 1986 r., Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, pkt 17, oraz z dnia 19 lipca 2017 r., Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).

Z powyższych rozważań Trybunału wynika, że pojęcie „umów o pracę” w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24 dotyczy wszystkich umów, na mocy których organ władzy publicznej zatrudnia osoby fizyczne w celu samodzielnego świadczenia usług i które skutkują powstaniem stosunku pracy, w ramach którego osoby te wykonują przez pewien okres na rzecz organu władzy publicznej i pod jego kierownictwem świadczenia, za które otrzymują wynagrodzenie. Do celów tej definicji sposób zatrudnienia tych osób jest zatem pozbawiony znaczenia. W szczególności, choć oczywiście stosunek pracy może opierać się – jak podnosi Anodiki Services w swoich uwagach na piśmie – na szczególnym stosunku zaufania pomiędzy pracodawcą i pracownikiem, nie wynika z tego w żadnym razie, że wyłącznie umowy zawarte na podstawie subiektywnych kryteriów w odniesieniu do osób zatrudnionych, z wyłączeniem umów zawartych w wyniku procedury wyboru przeprowadzonej na podstawie czysto obiektywnych kryteriów, stanowią „umowy o pracę” w rozumieniu tego przepisu.

Ponadto, Trybunał wskazał, iż w zakresie, w jakim pracownik wykonuje „przez pewien okres” na rzecz swojego pracodawcy i pod jego kierownictwem świadczenia, umowy o pracę na czas określony nie mogą zostać wykluczone z zakresu pojęcia „umów o pracę” w rozumieniu art. 10 lit. g) dyrektywy 2014/24 na tej podstawie, że ograniczają one czas trwania stosunku pracy.

Zdaniem Trybunału, ostatecznie do sądu odsyłającego należy ocena, w świetle powyższych uwag, czy umowy będące przedmiotem postępowania głównego stanowią „umowy o pracę” w rozumieniu tego przepisu. W szczególności należy sprawdzić, czy są to indywidualne umowy o pracę, w dosłownym tego słowa znaczeniu, zawarte między szpitalami publicznymi, których dotyczy postępowanie główne, a wybranymi kandydatami. Jednakże nic w aktach przedłożonych Trybunałowi nie wskazuje na to, że tak nie jest.

### ***W przedmiocie pytania drugiego***

Trybunał stwierdził, że przepisy dyrektywy 2014/24 nie mają zastosowania do umów o pracę takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego. Ponadto, art. 49 i 56 TFUE oraz zasady prawa Unii nie mają zastosowania do okoliczności sprawy w postępowaniu głównym w zakresie, w jakim przedmiotowe szpitale publiczne zdecydowały samodzielnie zaspokoić niektóre swoje potrzeby w ramach wypełniania ciążących na nich zadań w interesie publicznym poprzez zawieranie umów o pracę, zaś w odniesieniu do art. 16 i 52 karty, Trybunał zauważył, że jej przepisy skierowane są, na mocy art. 51 ust. 1, do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Zgodnie z art. 51 ust. 2 karty nie

rozszerza ona zakresu stosowania prawa Unii poza kompetencje Unii ani nie ustanawia ona żadnych nowych kompetencji czy zadań dla Unii, jak również nie zmienia kompetencji i zadań określonych w traktatach. Zadaniem Trybunału jest zatem dokonywanie zgodnej z kartą wykładni prawa Unii w granicach kompetencji przyznanych tej ostatniej (wyrok z dnia 8 listopada 2012 r., lida, C-40/11, EU:C:2012:691, pkt 78 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednak decyzje szpitali publicznych o zawarciu umów o pracę na czas określony, będące przedmiotem postępowania głównego, nie są objęte zakresem stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 karty, wobec czego zgodność tych decyzji z prawami podstawowymi nie może być badana w świetle praw ustanowionych w tej karcie.

### ***W przedmiocie pytania trzeciego***

Trybunał wyjaśnił, iż brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, z racji użycia zwrotu „w odniesieniu do zamówień”, by każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca normom wywodzącym się z prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, która może je naruszać, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tejże dyrektywy. Przepis ten odnosi się więc ogólnie do decyzji instytucji zamawiających, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub chwilę przyjęcia (wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterráneo i in., C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał przypomniał również, że każda decyzja instytucji zamawiającej podjęta w związku z zamówieniem publicznym na usługi, podlegająca przedmiotowemu zakresowi stosowania dyrektywy 2014/24 i mogąca wywołać skutki prawne, stanowi decyzję podlegającą zaskarżeniu w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 niezależnie od tego, czy została podjęta poza formalną procedurą udzielania zamówień, czy w jej ramach (wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 34).

W tym względzie Trybunał wskazał, że jeżeli instytucja zamawiająca podejmuje decyzję o niewszczynianiu postępowania o udzielenie zamówienia na tej podstawie, że konkretne zamówienie nie podlega jej zdaniem zakresowi stosowania właściwych przepisów prawa Unii, decyzja taka jest decyzją podlegającą kontroli sądowej (podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 33).

Zdaniem Trybunału konsekwencją przyjęcia stanowiska, zgodnie z którym dyrektywa 89/665 nie nakłada obowiązku zapewnienia ochrony sądowej poza formalną procedurą udzielania zamówienia, tak że ani decyzja instytucji zamawiającej o niewszczynianiu tej procedury, ani decyzja zmierzająca do ustalenia, czy zamówienie publiczne podlega zakresowi stosowania właściwych przepisów prawa Unii, nie podlegają zaskarżeniu, byłoby uczynienie stosowania właściwych przepisów prawa Unii fakultatywnym, zależnym od woli każdej instytucji zamawiającej, podczas gdy stosowanie ich jest obowiązkowe, jeżeli spełnione zostaną przewidziane w nich warunki (podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 36, 37).

## **Orzeczenie Trybunału**

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

**1) Artykuł 10 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „umów o pracę”, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje umowy o pracę takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego, a mianowicie umowy o pracę na czas określony zawierane z wybranymi kandydatami na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak okres pozostawania bez pracy, wcześniejsze doświadczenie oraz liczba niepełnoletnich dzieci.**

**2) Przepisy dyrektywy 2014/24, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, art. 49 i 56 TFUE, zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności oraz art. 16 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nie znajdują zastosowania do decyzji organu władzy publicznej o zawarciu umów o pracę, takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego, w celu wykonania pewnych zadań związanych ze spoczywającym na nim obowiązkiem działania w interesie publicznym.**

**3) Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, że decyzja instytucji zamawiającej o zawarciu z osobami fizycznymi umów o pracę dotyczących świadczenia pewnych usług bez konieczności stosowania procedury udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywą 2014/24, zmienioną rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, podjęta z tego względu, że – zdaniem rzeczonoj instytucji zamawiającej – umowy te nie są objęte zakresem zastosowania tej dyrektywy, może być przedmiotem skargi wniesionej na podstawie wspomnianego przepisu przez podmiot gospodarczy, który ma uzasadniony interes w tym, by uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego o takim samym przedmiocie jak wspomniane umowy i według którego wchodzi one w zakres stosowania tej dyrektywy.**

### **4. Orzeczenie z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C- 413/17 Roche Lietuva**

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na dostawę materiałów i sprzętu do diagnostyki medycznej – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 42 – Udzielenie – Zakres uznania instytucji zamawiającej – Szczegółowe sformułowanie specyfikacji technicznych

Przedmiotem sprawy **C-413/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (sąd najwyższy Litwy) postanowieniem z dnia 30 czerwca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w

dniu 10 lipca 2017 r., w postępowaniu: „Roche Lietuva” UAB, oferenta odrzuconego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Kauno Dainavos poliklinika VŠĮ, publiczną poliklinikę położoną w Kownie (Litwa) (zwaną dalej „polikliniką Dainava w Kownie”), w przedmiocie specyfikacji technicznych tego przetargu.

### **Postępowanie główne**

Poliklinika Dainava w Kownie ogłosiła przetarg nieograniczony pt. „Wynajem sprzętu medycznego do diagnostyki laboratoryjnej i zakup usług i materiałów w celu zapewnienia działania takiego sprzętu”, który składał się z 13 części a wartość tej, rozpatrywanej w postępowaniu głównym wynosiła 250 000 EUR.

Następnie Roche Lietuva podniosła w zażaleniu, że specyfikacje techniczne określone w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia w tym przetargu ograniczają w sposób nieuzasadniony konkurencję wśród dostawców ze względu na wysoki stopień szczegółowości oraz że w rzeczywistości są one dopasowane do cech wyrobów określonych producentów analizatorów krwi. Mimo iż poliklinika Dainava w Kownie zmieniła niektóre zapisy specyfikacji technicznych, Roche Lietuva dalej nie była usatysfakcjonowana i wystąpiła do sądów krajowych.

Zarówno sąd pierwszej instancji, jak i sąd apelacyjny oddaliły skargę ww. spółki, w szczególności na tej podstawie, po pierwsze, że poliklinika Dainava w Kownie prawidłowo zastosowała przysługujące jej uznanie przy sporządzaniu szczegółowych specyfikacji technicznych w świetle swoich wymogów opartych na jakości badań i ochronie zdrowia ludzkiego, a po drugie, że skarżąca w postępowaniu głównym nie wykazała, że przetarg był dopasowany do konkretnego sprzętu lub konkretnych producentów.

Mimo to poliklinika Dainava w Kownie unieważniła rozpatrywany przetarg w następstwie żądania skierowanego przez Viešųjų pirkimų tarnyba (urząd ds. zamówień publicznych, Litwa), który stwierdził naruszenie właściwych przepisów, innych niż te wskazane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Następnie Roche Lietuva wniosła skargę kasacyjną do Lietuvos Aukščiausio Teismo (sądu najwyższego, Litwa), który zarządził z urzędu wznowienie postępowania. Poinformował strony o swoim zamiarze wyjścia poza granice skargi kasacyjnej i wezwał je, jak również urząd ds. zamówień publicznych, do przedstawienia uwag dotyczących postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które ustanawiały nie wymogi dotyczące usług (analiz medycznych), lecz sprzętu niezbędnego do świadczenia tych usług.

### **Pytanie prejudycjalne**

Sąd najwyższy na Litwie zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

**„Czy przepisy art. 2 i 23 dyrektywy 2004/18 oraz załącznika VI do tej dyrektywy (łącznie bądź oddzielnie, lecz bez ograniczania się do tych przepisów) należy interpretować i rozumieć w ten sposób, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca – zakład opieki zdrowotnej –**

zamierza nabyć towary (sprzęt medyczny i materiały diagnostyczne) lub określone prawa do nich w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby być w stanie samodzielnie wykonywać badania, zakres uznania tej instytucji zamawiającej obejmuje uprawnienie do ustanowienia w specyfikacji technicznej tylko takich wymogów dla tych towarów, które nie opisują w oderwaniu poszczególnych operacyjnych (technicznych) i użytkowych (funkcjonalnych) cech sprzętu lub materiałów, lecz określają parametry jakościowe badań, które mają być wykonywane, oraz charakterystykę funkcjonalną laboratorium badawczego, których treść powinna zostać opisana oddzielnie w specyfikacji warunków danego zamówienia publicznego?”.

#### **Stanowisko Trybunału**

##### ***Uwagi wstępne***

Trybunał wyjaśnił, iż sąd odsyłający odnosi się w swoim pytaniu do niektórych przepisów dyrektywy 2004/18. Jednak w kwestii stosowania *ratione temporis* tej dyrektywy Trybunał wskazał, że rozpatrywane w postępowaniu głównym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 czerwca 2016 r., czyli po tym, jak uchylenie tej dyrektywy stało się obowiązujące, dlatego w celu udzielenia sądowi odsyłającemu użytecznej odpowiedzi Trybunał dokonał wykładni właściwych przepisów dyrektywy 2014/24.

Trybunał dodał, że art. 2 i 23 dyrektywy 2004/18 zostały zasadniczo powtórzone, odpowiednio, w art. 18 ust. 1 i w art. 42–44 dyrektywy 2014/24. Treść załącznika VI do dyrektywy 2004/18 została zasadniczo powtórzona w załączniku VII do dyrektywy 2014/24. Warunki mające zastosowanie do specyfikacji technicznych określających wymagane cechy robót budowlanych, usług lub dostaw stanowiących przedmiot danego zamówienia uregulowane są konkretnie w art. 42 tej ostatniej dyrektywy.

##### ***W przedmiocie pytania prejudycjalnego***

Trybunał przypomniał, iż zgodnie z art. 42 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 specyfikacje techniczne zdefiniowane w pkt 1 załącznika VII do tej dyrektywy zamieszcza się w dokumentach zamówienia i określają one wymagane cechy robót budowlanych, usług lub dostaw, zaś w myśl art. 42 ust. 3 tej dyrektywy specyfikacje techniczne można sformułować na kilka sposobów, bądź to w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych, bądź poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności, do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw, bądź też jako kombinację tych dwóch sposobów.

Trybunał stwierdził, że to, iż tenże art. 42 ust. 3 stanowi, że specyfikacje techniczne powinny być sformułowane w dostatecznie precyzyjnych kategoriach wymagań wydajnościowych lub

funkcjonalnych lub przez odniesienie do specyfikacji technicznych i różnych norm, w żaden sposób nie wyklucza tego, by w przetargu na dostawy wyrobów medycznych przeznaczonych do prowadzenia badań lekarskich szczegółowo określić cechy działania i stosowania sprzętu i poszczególnych zamawianych środków. Trybunał zauważył również, że po pierwsze brzmienie art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24 nie ustanawia żadnej hierarchii metod formułowania specyfikacji technicznych i nie przyznaje pierwszeństwa którejś z tych metod, zaś po drugie, z przepisu tego wynika, że uregulowania Unii dotyczące specyfikacji technicznych przyznają instytucji zamawiającej szeroki zakres uznania przy formułowaniu specyfikacji technicznych zamówienia.

Jednak dyrektywa 2014/24 ustanawia pewne granice, których instytucja zamawiająca musi przestrzegać, w szczególności w art. 42 ust. 2 wymaga się, by specyfikacje techniczne zapewniały równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję. Wymóg ten daje konkretny wyraz zasadzie równego traktowania, do celów sformułowania specyfikacji technicznych, w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy. Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Ponadto, w art. 18 ust. 1 akapit drugi dyrektywy doprecyzowano, że przetargów nie można urządzać w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania tej dyrektywy lub sztucznego zawężania konkurencji oraz że uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy przetarg został zorganizowany z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. W podobnym duchu motyw 74 stanowi, że specyfikacje techniczne powinny „być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zgodnie z tym motywem „należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku [...]”.

Trybunał podkreślił, iż przestrzeganie ww. wymogów jest tym bardziej istotne, gdy, jak w niniejszej sprawie, specyfikacje techniczne zawarte w specyfikacji warunków zamówienia są sformułowane w sposób wyjątkowo szczegółowy. Im bardziej specyfikacje techniczne są szczegółowe, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane.

Trybunał zaznaczył, iż do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy – biorąc pod uwagę zakres uznania, jaki posiada instytucja zamawiająca w celu określenia specyfikacji technicznych według wymogów jakościowych w zależności od danego przedmiotu zamówienia – wyjątkowo szczegółowy charakter rozpatrywanych w postępowaniu głównym specyfikacji technicznych nie prowadzi do pośredniego uprzywilejowania jednego z oferentów. Ważne jest również, aby stopień szczegółowości specyfikacji technicznych był zgodny z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.

## **Orzeczenie Trybunału**

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

**Artykuły 18 i 42 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że przepisy te nie nakładają na instytucję zamawiającą obowiązku nadania co do zasady, przy sporządzaniu specyfikacji technicznych w przetargu na zakup wyrobów medycznych, większej wagi albo poszczególnym właściwościom urządzeń medycznych, albo wynikom działania tych urządzeń, lecz wymagają, by specyfikacje techniczne jako całość były zgodne z zasadami równego traktowania i proporcjonalności. Do sądu odsyłającego należy ocena, czy w zawistym przed nim sporze dane specyfikacje techniczne spełniają te wymogi.**

### **5. Orzeczenie z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17 Amt Azienda Trasporti e Mobilità**

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze – Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 1 ust. 3 – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 1 ust. 3 – Uzależnienie prawa do wniesienia środka odwoławczego od uprzedniego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Przedmiotem sprawy **C-328/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale Amministrativo regionale della Liguria (regionalny sąd administracyjny dla Ligurii, Włochy) postanowieniem z dnia 8 lutego 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 31 maja 2017 r., w postępowaniu: Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA, Tpl Linea Srl (zwanych dalej „Amt i in.”) przeciwko Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA SpA (regionalnej agencji lokalnego transportu publicznego, Włochy, zwaną dalej „agencją”) w przedmiocie decyzji agencji o ogłoszeniu nieformalnego przetargu na usługi transportu publicznego na terytorium Regione per la Liguria (regionu Liguria, Włochy, zwanego dalej „regionem”).

### **Postępowanie główne**

Spółki Amt i in., wykonywały usługi lokalnego transportu publicznego na szczeblu prowincji lub niższym. Wystąpiły do regionalnego sądu administracyjnego Ligurii ze skargą o stwierdzenie nieważności szeregu aktów, przy pomocy których agencja przeprowadziła nieformalny przetarg na usługi transportu publicznego na terytorium regionu, kwestionując same zasady ogłoszenia i prowadzenia przetargu. Ich skarga dotyczyła zwłaszcza ogłoszenia, na podstawie którego miano wybrać wykonawców, w którym agencja określiła, że zamówienie na usługi regionalnego transportu publicznego będzie od tej chwili udzielane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu.

Amt i in. uznały, że żadna z nich nie jest w stanie realizować samodzielnie usług transportu publicznego na szczeblu regionu, więc nie złożyły ofert, lecz wystąpiły do sądu odsyłającego, kwestionując decyzję agencji o udzieleniu przez nią, jako instytucję zamawiającą, rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia w jednej części obejmującej całość terytorium regionu. Spółki te uważały, że decyzja ta stanowi naruszenie przepisów krajowych, ale podniosły także, że wykonawcy kwestionującemu same zasady, na jakich prowadzony jest przetarg, w którym nie wziął on udziału, przysługuje prawo do wniesienia skargi na podstawie art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, jeżeli w świetle uregulowań dotyczących przetargu jest pewne lub wysoce prawdopodobne, że nie będzie on w stanie uzyskać zamówienia.

Zdaniem sądu odsyłającego na terytorium, którego zakres jest ustalony na szczeblu prowincji, Amt i in. miałyby duże szanse uzyskania rozpatrywanego zamówienia, gdyż świadczyły one usługi regionalnego transportu publicznego, gdy przed ogłoszeniem przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym transport ten był zorganizowany na szczeblu prowincji. Natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu określono, że przetarg będzie się składał tylko z jednej części, obejmującej całość terytorium regionu, co zredukowało praktycznie do zera prawdopodobieństwo wygrania go przez którąś ze skarżących w postępowaniu głównym. Dlatego sąd odsyłający uznał ich prawo do wniesienia skargi i zwrócił się do Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego, Włochy) z pytaniem o konstytucyjność spornych przepisów krajowych.

W międzyczasie sporne przepisy krajowe uległy zmianie. Mimo to trybunał konstytucyjny zbadał ich konstytucyjność i orzekł, że pytania dotyczące konstytucjonalności są niedopuszczalne, stwierdziwszy w szczególności, że „[w] utrwalonym orzecznictwie administracyjnym przyjmuje się, że przedsiębiorca niebiorący udziału w przetargu nie może kwestionować postępowania przetargowego i udzielenia zamówienia innym przedsiębiorcom, gdyż jego sytuacja prawna nie odróżnia się wystarczająco, tylko sprowadza się jedynie do interesu czysto faktycznego [...]”.

### **Pytanie prejudycjalne**

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

**„Czy art. 1 ust. 1–3 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy [89/665] sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisów krajowych przyznających możliwość zaskarżenia czynności przetargowych wyłącznie wykonawcom, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, także wówczas, gdy w skardze zakwestionowano same podstawy postępowania przetargowego, w zakresie, w jakim przepisy przetargowe powodują, że nieuzyskanie zamówienia jest wysoce prawdopodobne?”.**



## **Stanowisko Trybunału**

### ***W przedmiocie pytania prejudycjalnego***

#### ***Co do istoty***

Trybunał wyjaśnił, iż państwa członkowskie muszą zapewnić dostępność określonych w dyrektywie 89/665 procedur odwoławczych „przynajmniej” dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo (podobnie wyroki: z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 25; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23). Tym samym, państwa członkowskie nie są zmuszone do uczynienia tych procedur dostępnymi dla każdego, kto chce uzyskać zamówienie publiczne, tylko mogą wymagać, by dany podmiot poniósł szkodę lub by groziło mu poniesienie szkody z racji podnoszonego naruszenia (podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2003 r., Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, pkt 18; z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 26).

Zdaniem Trybunału udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może co do zasady stanowić w ważny sposób, w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu danego zamówienia lub grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonego niezgodnego z prawem charakteru decyzji o udzieleniu tego zamówienia. W braku złożenia oferty taki podmiot raczej nie może wykazać, że ma interes w zakwestionowaniu tej decyzji lub że poniósł szkodę, lub może ją ponieść z racji udzielenia tego zamówienia (wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 27). Jednak w sytuacji gdy przedsiębiorca nie złożył oferty ze względu na to, że jego zdaniem w dokumentacji przetargowej lub w specyfikacji warunków zamówienia znajdowały się dyskryminujące go specyfikacje, stanowiące przeszkodę dla tego, by był on w stanie zrealizować wszystkie żądane świadczenia, przesadą byłoby żądać od niego, by – zanim będzie mógł użyć określonych w dyrektywie 89/665 procedur odwoławczych przeciwko takim specyfikacjom – złożył w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę, choć jego szanse uzyskania zamówienia są zerowe z racji istnienia tych specyfikacji (podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 28, 29).

Trybunał odwołał się m.in. do orzecznictwa włoskiej rady stanu oraz wyroku nr 245/2016 włoskiego trybunału konstytucyjnego, z których wynika, że interes prawny może w drodze wyjątku przysługiwać wykonawcy, który nie złożył oferty, „w przypadku gdy zaskarża się brak przeprowadzenia przetargu albo brak ogłoszenia o zamówieniu, albo zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu warunki o charakterze bezpośrednio wykluczającym, czy też wreszcie – warunki nakładające obciążenia w sposób oczywisty niezrozumiałe lub całkowicie nieproporcjonalne, lub uniemożliwiające samo sporządzenie oferty”. Na tej podstawie Trybunał stwierdził, iż wymogi wynikające zarówno z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i z art. 1 ust. 3 dyrektywy

92/13 są spełnione, jeżeli wykonawca, który nie przedstawił oferty, ma w szczególności prawo do wniesienia skargi, jeśli uzna, że specyfikacje zawarte w dokumentacji przetargowej uniemożliwiają samo sporządzenie oferty.

Trybunał przypomniawszy jednak, że taka skarga, by nie zagrażać realizacji celów szybkości i skuteczności, o których mowa w dyrektywach 89/665 i 92/13, nie może zostać wniesiona po wydaniu przez instytucję zamawiającą decyzji o udzieleniu zamówienia (podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 37). Ponadto, skoro prawo do wniesienia skargi może przysługiwać wykonawcy, który nie złożył oferty, jedynie w drodze wyjątku, to nie można uznać za przesadne wymagania, by wykazał on, że warunki przetargu sprawiają, że samo sporządzenie oferty jest niemożliwe.

Jednak choć wymóg tego rodzaju nie jest jako taki sprzeczny z prawem zamówień publicznych Unii, Trybunał nie wyklucza, że w świetle szczególnych okoliczności sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym jego stosowanie może oznaczać naruszenie prawa do wniesienia środka odwoławczego, które skarżące w postępowaniu głównym wywodzą zarówno z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i z art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13.

Zdaniem Trybunału, to sąd odsyłający powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku włoskich przepisów dotyczących legitymacji procesowej zgodnie z ich wykładnią dokonaną przez radę stanu i trybunał konstytucyjny może mieć wpływ na prawo do skutecznej ochrony sądowej skarżących w postępowaniu głównym. Natomiast Trybunał udzielił sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek w zakresie oceny, której ten będzie musiał dokonać. Trybunał wskazał, że Amt i in. wykonywały usługi regionalnego transportu publicznego, zanim instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg, a potem postanowiła go umorzyć. Ponadto, przepisy krajowe precyzowały, że zamówienie na usługi regionalnego transportu publicznego będzie od tej chwili udzielane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu oraz że co do zasady lokalne usługi publiczne powinny być wykonywane na szczeblu prowincji, sąd odsyłający powinien więc zbadać, czy regionalny ustawodawca przedstawił powody, dla których uznał, że lepiej będzie od tej pory organizować usługi transportowe na szczeblu regionu, a nie na szczeblu prowincji. I wreszcie, zważywszy na przysługującą instytucji zamawiającej swobodę oceny swoich potrzeb, nie można z góry wykluczyć, że decyzja regionu, by zorganizować usługi transportowe na szczeblu regionu, była uzasadniona, bo na przykład była ona zgodna z racjami ekonomicznymi, takimi jak chęć uzyskania oszczędności dzięki efektowi skali.

### **Orzeczenie Trybunału**

Mając na uwadze powyższe, Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie sądu odsyłającego:

**Zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na**

dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie zezwalają na zaskarżenie przez wykonawców decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału, ponieważ przepisy mające zastosowanie do tego postępowania sprawiały, że udzielenie tym wykonawcom zamówienia było bardzo mało prawdopodobne.

Jednak to właściwy sąd krajowy powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku tych przepisów nie może mieć wpływu na prawo do skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych wykonawców.

6. Orzeczenie z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie **C-216/17 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice**

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 1 ust. 5 – Artykuł 32 ust. 2 – Udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Umowy ramowe – Klauzula rozszerzenia umowy ramowej na inne instytucje zamawiające – Zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców – Brak określenia liczby kolejnych zamówień lub określenie poprzez odniesienie do zwyczajnego zapotrzebowania instytucji zamawiających niebędących sygnatariuszami umowy ramowej – Zakaz

Przedmiotem sprawy **C-216/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 9 marca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 kwietnia 2017 r., w postępowaniu: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust (AGCM), Coopservice Soc. coop. arl przeciwko Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST), przy udziale: Markas Srl, ATI – Zanetti Arturo & C. Srl e in proprio, Regione Lombardia.

**Postępowanie główne**

TSP Markas zawarło umowę z ASST regionem jeziora Garda na usługi oczyszczania środowiska naturalnego, zbierania i utylizacji odpadów na dziewięć lat. W specyfikacji warunków tego zamówienia zawarto klauzulę zatytułowaną „Rozszerzenie umowy” (zwaną dalej „klauzulą rozszerzenia”), która dopuszczała możliwość zwrócenia się do instytucji zamawiającej przez jednego lub większą liczbę zakładów w niej wskazanych o rozszerzenie umowy na ich korzyść, „na tych samych warunkach, na jakich odbyło się udzielenie rzeczzonego zamówienia”.

W klauzuli tej wymieniono w szczególności z nazwy ASST Valcamonica oraz sprecyzowano, że wykonawca nie jest zobowiązany do zaakceptowania wniosku o rozszerzenie. Ponadto, na podstawie rzeczowej klauzuli miał powstać „autonomiczny stosunek umowny”, obejmujący pozostały okres zamówienia przewidziany w pierwotnej umowie.

Następnie dyrektor generalny ASST Valcamonica wydał decyzję o przystąpieniu do pierwotnej umowy bez konieczności wszczynania nowego przetargu, w wyniku której wykonawca, Coopservice – który zapewniał dotychczas sprzątanie pomieszczeń należących do ASST Valcamonica – oraz AGCM wniosli do regionalnego sądu administracyjnego dla Lombardii skargi mające na celu w szczególności stwierdzenie nieważności tej decyzji oraz klauzuli rozszerzenia ze względu na to, że rzeczone akty umożliwiały udzielenie nowego zamówienia na usługi z naruszeniem krajowych i europejskich przepisów w dziedzinie konkurencji, a w szczególności obowiązku przeprowadzenia przetargu.

Regionalny sąd administracyjny dla Lombardii oddalił ww. skargi z tego powodu, że dopuszczalna jest możliwość zawarcia umowy ramowej pomiędzy danym wykonawcą a jedną instytucją zamawiającą działającą w imieniu własnym oraz w imieniu innych instytucji zamawiających, które zostały wymienione w umowie ramowej, lecz nie brały bezpośredniego udziału w jej podpisaniu. Ponadto, nie jest konieczne, aby umowa ramowa określała wyraźnie ilość świadczeń, których wykonania będą mogły żądać instytucje zamawiające, które mogą powoływać się na klauzulę rozszerzającą, przy czym ilość ta może zostać określona w sposób dorozumiany poprzez odniesienie do ich zwyczajnego zapotrzebowania.

Coopservice i AGCM wniosły apelację od powyższego wyroku do sądu odsyłającego, włoskiej rady stanu. Przed sądem tym spółka Markas podniosła, że jej przystąpienie do pierwotnej umowy było zgodne z art. 33 dyrektywy 2014/24, i zwróciła się o wystąpienie do Trybunału w trybie prejudycjalnym o wykładnię tego przepisu.

Sąd odsyłający sformułował poniższe stwierdzenia faktyczne:

- 1) Art. 32 dyrektywy 2004/18 znajduje zastosowanie w postępowaniu głównym, chociaż dyrektywa ta została uchylona przez dyrektywę 2014/24. Jej przepisy mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym są identyczne z przepisami dyrektywy 2004/18, stąd sąd ten uznaje za stosowne przeprowadzenie łącznej wykładni obu dyrektyw.
- 2) Co do zasady prawidłowe jest uznanie pierwotnej umowy za „umowę ramową” w rozumieniu dyrektyw 2004/18 i 2014/24.
- 3) „Umowa ramowa” w rozumieniu art. 1 ust. 5 i art. 32 dyrektywy 2004/18 posiada dwie zasadnicze cechy. Po pierwsze, przetarg powinien zostać przeprowadzony wcześniej, w momencie wyznaczenia podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a zatem przetarg taki nie jest konieczny dla celów udzielenia każdego z zamówień z osobna (zwanym dalej „kolejnymi zamówieniami”) w ramach wykonywania umowy ramowej zawartej z wykonawcą, który został wybrany w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które

doprowadziło do zawarcia tejże umowy. Po drugie, ze względu na użycie w art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18 zwrotu „w stosownych przypadkach”, umowa ramowa nie musi koniecznie określać ilości świadczeń, których dotyczy.

Zdaniem sądu odsyłającego, mimo że stanowisko przyjęte przez regionalny sąd administracyjny dla Lombardii może być uzasadnione w świetle celu polegającego na propagowaniu prowadzenia postępowań w sprawie zakupów w sposób zagregowany – które wspiera ustawodawca włoski – takie stanowisko nie jest zgodne z prawem Unii. Sąd ten zwraca ponadto uwagę na brak odpowiedniego orzecznictwa Trybunału w tej kwestii.

W tym względzie rada stanu uważa, że przyjęta przez regionalny sąd administracyjny dla Lombardii wykładnia zwrotu „w stosownych przypadkach” jest zbyt szeroka. Z punktu widzenia sądu odsyłającego klauzula rozszerzenia powinna podlegać podwójnemu ograniczeniu; w aspekcie podmiotowym powinna ona wymieniać instytucje zamawiające, które mogą się na nią powołać, natomiast w aspekcie przedmiotowym klauzula ta powinna określać wartość gospodarczą ewentualnego rozszerzenia, w tym maksymalną kwotę. Odmienna wykładnia przyzwalałaby na nieograniczone bezpośrednie udzielanie kolejnych zamówień, co stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad prawa Unii – na podstawie których zamówienia publiczne udzielane są w drodze postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – oraz powodowałoby zakłócenia konkurencji. W związku z powyższym, sąd odsyłający skłania się do przyjęcia zawężającej wykładni tego zwrotu, zgodnie z którym umowa ramowa określa, „w stosownych przypadkach”, ilość świadczeń, których dotyczy. Uściślenie to mogłoby zostać pominięte tylko w przypadku świadczeń, które same są określone lub możliwe do określenia w sposób jasny i jednoznaczny, z uwzględnieniem stanu faktycznego lub prawnego, które strony umowy ramowej znają, nawet jeśli nie został on zawarty w jej treści.

### **Pytania prejudycjalne**

Rada stanu zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

**„1) Czy art. [1] ust. 5 i art. 32 dyrektywy 2004/18 oraz art. 33 dyrektywy 2014/24, uchylającej dyrektywę 2004/18, należy interpretować w ten sposób, że zezwalają one na zawarcie umowy ramowej, w której:**

- instytucja zamawiająca działa na swoją rzecz i na rzecz innych, wyraźnie określonych instytucji zamawiających, które jednak nie biorą bezpośredniego udziału w podpisaniu samej umowy ramowej;**
- nie jest określona ilość świadczeń, których wykonania będą mogły żądać instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami przy zawieraniu przez nie późniejszych umów przewidzianych przez samą umowę ramową?**

**2) W wypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze – czy art. [1] ust. 5 i art. 32 dyrektywy 2004/18 oraz art. 33 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że zezwalają one na zawarcie umowy ramowej, w której:**

- instytucja zamawiająca działa na swoją rzecz i na rzecz innych, wyraźnie określonych instytucji zamawiających, które jednak nie biorą bezpośredniego udziału w podpisaniu samej umowy ramowej;
- ilość świadczeń, których wykonania będą mogły żądać instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami przy zawieraniu przez nie późniejszych umów przewidzianych przez samą umowę ramową jest określona poprzez odniesienie do ich zwyczajnego zapotrzebowania?”.

#### **Stanowisko Trybunału**

##### ***W przedmiocie pytań prejudycjalnych***

Trybunał przypomniiał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie (podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014 r., *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 31; z dnia 7 kwietnia 2016 r., *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 83), czyli w omawianej sprawie dyrektywy 2014/24.

##### ***W przedmiocie możliwości działania przez instytucję zamawiającą na swoją rzecz oraz na rzecz innych, wyraźnie określonych instytucji zamawiających, które jednak nie biorą bezpośredniego udziału w podpisaniu samej umowy ramowej***

Trybunał wyjaśnił, iż zgodnie z art. 32 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zamówień opartych na umowach ramowych udziela się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4 tego artykułu, które mogą być stosowane wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi i wykonawcami, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej. Biorąc pod uwagę brzmienie przepisu, kontekst, w jakim został umieszczony, oraz cele regulacji, której część on stanowi (podobnie wyrok z dnia 17 listopada 1983 r., *Merck*, 292/82, EU:C:1983:335, pkt 12) Trybunał doprecyzował, iż wymóg bycia od samego początku stroną umowy ramowej ma zastosowanie wyłącznie do wykonawców. Ponadto, przedmiotowy artykuł ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej udostępnienie innym instytucjom zamawiającym dostępu do umowy ramowej, którą zamierza zawrzeć z wykonawcami będącymi początkowo stronami tej umowy.

Mając na uwadze powyższe, Trybunał stwierdził, iż art. 32 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie wymaga, aby „wtórna” instytucja zamawiająca, taka jak ASST Valcamonica w sprawie w postępowaniu głównym, która przystąpiła do umowy ramowej w późniejszym terminie, brała udział w jej podpisaniu, po to, by później mogła udzielić zamówienia. Wystarczy, aby taka instytucja zamawiająca została wskazana jako potencjalny beneficjent tej umowy od daty jej zawarcia, będąc wyraźnie wymieniona w dokumentacji przetargowej, tak aby poinformować o tej możliwości zarówno samą „wtórna” instytucję zamawiającą, jak i każdego zainteresowanego wykonawcę. Wskazanie to może znajdować się w samej umowie

ramowej lub w innym dokumencie, takim jak klauzula rozszerzająca zawarta w specyfikacji warunków zamówienia, o ile spełnione są wymogi jawności i pewności prawa, a w konsekwencji przejrzystości.

***W przedmiocie możliwości nieokreślenia przez instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami umowy ramowej ilości świadczeń, których wykonania będą one mogły żądać przy zawieraniu przez nie kolejnych umów, lub określania ilości tych świadczeń poprzez odniesienie do swojego zwyczajnego zapotrzebowania***

Trybunał podkreślił, iż z treści art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18 wynika, że celem umowy ramowej jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym czasie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych danych ilościowych.

Trybunał nie podziela interpretacji pojęcia „w stosownych przypadkach”, dokonanej przez sąd odsyłający, jakoby wskazanie ilości świadczeń, których dotyczy umowa ramowa, miało charakter wyłącznie fakultatywny i przedstawia poniższą argumentację:

- 1) Jak wynika z kilku innych przepisów dyrektywy 2004/18, umowa ramowa powinna określać od dnia jej zawarcia maksymalną ilość dostaw i usług, które będą mogły stanowić przedmiot kolejnych zamówień. W szczególności art. 9 ust. 9 tej dyrektywy, który określa między innymi metody obliczania szacunkowej wartości umów ramowych, stanowi, że uwzględnieniu podlega maksymalna szacunkowa wartość bez VAT wszystkich zamówień, których udzielenie przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej. Co się tyczy pkt 6 lit. c), zatytułowanego „Zamówienia publiczne na usługi”, znajdującego się w tytule „Ogłoszenia o zamówieniach” załącznika VII A do dyrektywy 2004/18, wymaga on również, by ogłoszenie o zamówieniu związane z taką umową określało szacunkową całkowitą wartość usług zaplanowanych na cały okres obowiązywania umowy ramowej oraz, w miarę możliwości, wartość i częstotliwość udzielania zamówień. Mimo iż instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej podlega jedynie zobowiązaniu do starannego działania jeżeli chodzi o wskazanie wartości i częstotliwości każdego z kolejnych udzielanych zamówień, powinna ona jednak koniecznie określać ogólną ilość, która będzie obejmować kolejne zamówienia.
- 2) Zgodnie z art. 32 ust. 3 dyrektywy 2004/18, w przypadku gdy umowę ramową zawiera się z jednym wykonawcą, zamówień opartych na takiej umowie udziela się na warunkach w niej określonych. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej może podejmować działania na własny rachunek oraz na rzecz innych potencjalnych instytucji zamawiających, które zostały wyraźnie określone w tej umowie, wyłącznie w ramach określonego limitu zamówień, i gdy limit ten zostanie osiągnięty, rzeczona umowa przestanie wywoływać skutki prawne.
- 3) Po trzecie, taka wykładnia jest w stanie zapewnić poszanowanie podstawowych zasad, które regulują udzielanie zamówień publicznych mających zastosowanie w momencie zawarcia umowy ramowej, zgodnie z art. 32 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18.

Zarówno zasady równości traktowania i niedyskryminacji, jak i zasada przejrzystości (podobnie wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., UNIS i Beaudout Père i Fils, C-25/14 i C-26/14, EU:C:2015:821, pkt 38), oznaczają, że wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (podobnie wyrok z dnia 13 lipca 2017 r., Ingsteel i Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, pkt 34). Zasady przejrzystości i równego traktowania mające zastosowanie do wykonawców zainteresowanych zawarciem umowy ramowej, ustanowione w szczególności w art. 2 dyrektywy 2004/18, byłyby naruszone, gdyby instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej nie określiła ogólnej liczby zamówień, której dotyczy taka umowa. Obowiązek przejrzystości musi być przestrzegany tym bardziej, że w przypadku kolejnego zamówienia zgodnie z art. 35 ust. 4 akapit 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające są zwolnione z obowiązku przysyłania ogłoszeń o wynikach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia dla każdego zamówienia opartego na takiej umowie. Ponadto, gdyby instytucja zamawiająca będąca początkowo stroną umowy ramowej nie była zobowiązana do określenia od samego początku ilości i maksymalnej kwoty świadczeń, których będzie dotyczyć umowa, w wyniku zawarcia tejże umowy mogłoby dojść do sztucznego podziału zamówienia, tak że jego wartość pozostawałaby poniżej progów określonych w dyrektywie 2004/18, czego zakazuje art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18. Co więcej, zakładając nawet, że odniesienie do zwykłych potrzeb instytucji zamawiających, które zostały wyraźnie wskazane w umowie ramowej, może okazać się dostatecznie jasne dla wykonawców krajowych, nie można zakładać, że musi być tak w przypadku wykonawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim. Trybunał stwierdził także, że jeżeli ogólna ilość świadczeń odpowiadających tym zwykłym potrzebom jest powszechnie znana, nie powinno być żadnej trudności ze wskazaniem tej ilości w umowie ramowej lub w innym upublicznionym dokumencie, takim jak specyfikacja warunków zamówienia, tak aby zapewnić pełne poszanowanie zasad przejrzystości i równego traktowania.

- 4) Ustanowienie względem instytucji zamawiającej, która była początkowo stroną umowy ramowej, wymogu, by określiła w umowie ramowej ilość oraz kwotę świadczeń, których będzie dotyczyć umowa, konkretyzuje ustanowiony w art. 32 ust. 2 akapit piąty dyrektywy 2004/18 zakaz stosowania umów ramowych w sposób nieodpowiedni czy też wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

#### **Orzeczenie Trybunału**

Mając na uwadze powyższe, Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytanie sądu odsyłającego:



**Artykuł 1 ust. 5 i art. 32 ust. 2 akapit czwarty dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że:**

- instytucja zamawiająca może działać na swoją rzecz i na rzecz innych, wyraźnie wskazanych instytucji zamawiających, które nie są bezpośrednio stronami umowy ramowej, o ile spełnione są wymogi dotyczące jawności i pewności prawa, a w konsekwencji przejrzystości; oraz**
- nie jest dopuszczalne, by instytucje zamawiające niebędące sygnatariuszami tej umowy ramowej nie określiły ilości świadczeń, których wykonania będą mogły żądać przy zawieraniu przez nie umów dotyczących wykonania tejże umowy, lub by określały ilość tych świadczeń poprzez odniesienie do swojego zwyczajnego zapotrzebowania, pod rygorem naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców zainteresowanych zawarciem tej umowy.**

**7. Orzeczenie z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-375/17 Stanley International Betting i Stanleybet Malta**

Odesłanie prejudycjalne – Artykuły 49 i 56 TFUE – Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług – Gry losowe – Wyłączna koncesja na zarządzanie usługami zautomatyzowanej gry w lotto i prowadzenie innych gier liczbowych o stałych stawkach – Ograniczenie – Nadrzędne względy interesu ogólnego – Proporcjonalność

Przedmiotem sprawy **C-375/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 21 czerwca 2017 r., w postępowaniu: Stanley International Betting Ltd, spółką zarejestrowaną w Zjednoczonym Królestwie, i Stanleybet Malta Ltd., jej spółką zależną z siedzibą na Malcie (zwanymi dalej łącznie „Stanley”), przeciwko Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministerstwem ds. gospodarki i finansów, Włochy), Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (agencją ds. ceł i monopoli, Włochy) (zwaną dalej „ADM”), przy udziale: Lottomatica SpA, Lottoitalia Srl, dotyczącego zgodności z prawem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wszczętego w celu przyznania we Włoszech koncesji na zarządzanie usługami zautomatyzowanej gry w lotto i prowadzenie innych gier liczbowych o stałych stawkach (zwanymi dalej „lotto”).

### **Postępowanie główne**

Trybunał ustalił, iż we Włoszech gra w lotto jest organizowana przez państwo zgodnie z dwojakim reżimem koncesji. Jeden z nich obejmuje usługi losowania, łączenia i automatyzacji, która to działalność została wcześniej powierzona spółce Lottomatica SpA w drodze bezpośredniego udzielenia zamówienia, natomiast z uwagi na zbliżający się termin wygaśnięcia umowy ADM powierzono zadanie przeprowadzenia przetargu na nową koncesję.

Wyłączna koncesja została udzielona Lottoitalia Srl, która wzięła udział w procedurze selekcji w ramach konsorcjum składającego się z Lottomatica i trzech innych spółek, zaś spółka Stanley (prowadząca działalność w sektorze zakładów o stałej stawce za pośrednictwem operatorów o nazwie „centra transmisji danych”, zwanych dalej „CTD”), uznawszy, że uniemożliwiono jej udział w przetargu na koncesję na zarządzanie grą w lotto, wniosła do regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum skargę o unieważnienie czynności w ramach procedury selekcyjnej, kwestionując zgodność z prawem Unii przepisów krajowych a także określonych warunków udziału w przetargu przewidzianych w specyfikacji warunków udzielenia koncesji i w projekcie umowy.

Następnie regionalny sąd administracyjny dla Lacjum oddalił tę skargę, argumentując, iż gra w lotto wyraźnie odróżnia się od innych gier, gdyż jest to jedyna gra, w której państwo przyjmuje ryzyko gospodarcze i w której wyróżnia się etap przyjmowania zakładów oraz etap zarządzania grą. Różnice te uzasadniają wybór modelu koncesji na wyłączność w zakresie zarządzania usługami gry w lotto, który to model zapewnia obniżenie kosztów związanych z koordynacją działalności różnych koncesjonariuszy, skutkując mniejszą konkurencją na rynku i prowadząc w rezultacie do odpowiedzialnego zarządzania grami losowymi. Ponadto, sąd ten uznał, że kryteria udziału w przetargu były dostosowane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Stanley wniosła skargę do rady państwa, kwestionując w niej zgodność z prawem Unii stosowania modelu koncesji na wyłączność w zakresie gry w lotto w odróżnieniu od innych gier, zakładów bukmacherskich i zakładów wzajemnych. Jej zdaniem warunki udziału w przetargu, a w szczególności podstawowa wartość zamówienia oraz sytuacje mogące powodować wygaśnięcie koncesji, były zbyt rygorystyczne i stanowiły środek zniechęcający ją do udziału w tym przetargu. Stwierdziła również, że wymóg nieodpłatnego przekazania ADM sieci punktów przyjmowania zakładów po wygaśnięciu koncesji jest niezgodny z orzecznictwem wynikającym z wyroku z dnia 28 stycznia 2016 r., Laezza (C-375/14, EU:C:2016:60).

### **Pytania prejudycjalne**

Rada państwa zawiesiła postępowanie i przedłożyła Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

**„1) Czy prawo Unii – a w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, jak i zasady niedyskryminacji, przejrzystości, wolnej konkurencji, proporcjonalności i spójności – należy interpretować w taki sposób, że stoi ono na przeszkodzie przepisowi prawa takiego jak ten zawarty w art. 1 ust. 653 [ustawy nr 190/2014] i we właściwych [włoskich] przepisach wykonawczych, który przewiduje wyłączny model udzielenia koncesji »monoproducing« w odniesieniu do świadczenia usługi gry w lotto, ale już nie w odniesieniu do innych gier, zakładów bukmacherskich i zakładów wzajemnych?**

**2) Czy prawo Unii – a w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług oraz dyrektywę [2014/23], jak i zasady niedyskryminacji, przejrzystości, wolnej konkurencji, proporcjonalności i spójności – należy interpretować w taki sposób, że stoi ono**

na przeszkodzie ogłoszeniu o przetargu przewidującemu podstawową wartość zamówienia, która jest znacznie wyższa i nieuzasadniona w odniesieniu do wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności techniczno-organizacyjnych, takich jak te przewidziane w pkt 5.3, 5.4, 11, 12.4 i 15.3 specyfikacji warunków udzielenia koncesji celem udzielenia koncesji na grę w lotto?

3) Czy prawo Unii – a w szczególności swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług oraz dyrektywę [2014/23], jak i zasady niedyskryminacji, przejrzystości, wolnej konkurencji, proporcjonalności i spójności – należy interpretować w taki sposób, że stoi ono na przeszkodzie przepisowi prawa przewidującemu wprowadzenie faktycznej alternatywy pomiędzy uzyskaniem nowej koncesji a dalszym korzystaniem z wolności świadczenia różnych usług w zakresie zakładów w kontekście transgranicznym, czyli alternatywy takiego rodzaju jak ta wynikająca z art. 30 projektu umowy koncesyjnej, tak że decyzja o udziale w postępowaniu mającym na celu udzielenie nowej koncesji prowadziłyby do rezygnacji z działalności transgranicznej, pomimo że zgodność z prawem tej ostatniej działalności została wielokrotnie stwierdzona przez [Trybunał]?”.

#### **Stanowisko Trybunału**

##### ***W przedmiocie pytań prejudycjalnych***

##### ***W przedmiocie stosowania dyrektywy 2014/23 *ratione temporis****

Trybunał stwierdził, iż dyrektywa 2014/23 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym, ponieważ przetarg został ogłoszony przed dokonaniem jej transpozycji do prawa krajowego.

##### ***W przedmiocie pytania pierwszego***

Zdaniem Trybunału, uregulowania państwa członkowskiego takie jak te będące przedmiotem postępowania głównego, które uzależniają prowadzenie danej działalności gospodarczej od uzyskania koncesji i ustanawiają rozmaite przesłanki wygaśnięcia koncesji, stanowią ograniczenie swobód gwarantowanych w art. 49 i 56 TFUE (wyroki z dnia 16 lutego 2012 r., Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 70; a także z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 46). Jest tak zarówno w przypadku skorzystania z modelu koncesji na wyłączność, jak i modelu obejmującego wielu koncesjonariuszy. W rezultacie, decyzja o objęciu danej działalności koncesją i zastosowaniu procedury udzielenia zamówienia publicznego według modelu koncesji na wyłączność powinna być badana w świetle wskazanych artykułów.

Dla celów takiego badania Trybunał przypomniał, że jakkolwiek w braku harmonizacji na poziomie Unii w dziedzinie gier losowych państwa członkowskie zachowują swobodę w określaniu celów ich polityki w tej dziedzinie, dysponując przy tym szerokim zakresem uznania jeżeli chodzi o określenie poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego, jaki uznają za najbardziej odpowiedni, to jednak wprowadzane przez państwa członkowskie ograniczenia muszą spełniać warunki wynikające z orzecznictwa Trybunału, w szczególności gdy chodzi o ich

uzasadnienie nadrzędnymi względami interesu ogólnego i ich proporcjonalność (podobnie wyrok z dnia 8 września 2016 r., Politanò, C-225/15, EU:C:2016:645, pkt 39, 40 i przytoczone tam orzecznictwo). W rezultacie należy dokonać oceny, czy ograniczenie takie może zostać dopuszczone na zasadzie odstępstw wyraźnie przewidzianych w art. 51 i 52 TFUE ze względu na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne, mających zastosowanie w dziedzinie swobody świadczenia usług na podstawie art. 62 TFUE, lub być uzasadnione zgodnie z orzecznictwem Trybunału nadrzędnymi względami interesu ogólnego (wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał w swym orzecznictwie dotyczącym gier losowych, wyjaśnił, iż ochrona konsumentów oraz przeciwdziałanie oszustwom i nakłanianiu obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grą mogą zostać uznane za nadrzędne względy interesu ogólnego mogące uzasadnić ograniczenia podstawowych swobód wynikających z art. 49 i 56 TFUE (podobnie wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo). Natomiast jak wynika również z orzecznictwa Trybunału, niedogodności administracyjne oraz względy gospodarcze nie stanowią względu mogącego uzasadnić ustanowienie przeszkody dla swobody podstawowej gwarantowanej przez prawo Unii (podobnie wyrok z dnia 30 czerwca 2011 r., Zeturf, C-212/08, EU:C:2011:437, pkt 48, 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

Niemniej jednak Trybunał zaznaczył, iż ustalenie celów, jakie są w rzeczywistości realizowane przez ustawodawstwo krajowe, należy do właściwości sądu odsyłającego (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Pfleger i in., C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto, to na sądzie odsyłającym spoczywa również obowiązek sprawdzenia – przy uwzględnieniu wskazówek dostarczonych przez Trybunał – czy ograniczenia wprowadzone przez dane państwo członkowskie odpowiadają wymogom wynikającym z orzecznictwa Trybunału, gdy chodzi o ich proporcjonalność (podobnie wyrok Pfleger i in., C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał stwierdził, iż w niniejszym przypadku, jeżeli jednym z celów przepisów będących przedmiotem postępowania głównego jest rzeczywiście, jak twierdzi rząd włoski, ograniczenie konkurencji na szczególnym rynku zarządzania usługami gry w lotto, to model koncesji na wyłączność wydaje się odpowiedni do osiągnięcia tego celu. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, inaczej niż w przypadku ustanowienia swobodnej i niezakłóconej konkurencji na tradycyjnym rynku, stosowanie takiej konkurencji na bardzo szczególnym rynku gier losowych, to znaczy między kilkoma podmiotami gospodarczymi, które byłyby uprawnione do urządzania tych samych gier losowych, mogłoby mieć szkodliwy skutek, wynikający z faktu, że prowadziłoby do rywalizacji pomiędzy podmiotami gospodarczymi w zakresie innowacyjności celem uczynienia ich oferty bardziej atrakcyjną niż oferta ich konkurentów i tym samym do zwiększania związanych z grą wydatków konsumentów oraz ryzyka uzależnienia się konsumentów od hazardu (wyrok z dnia 30 kwietnia 2014 r., Pfleger i in., C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo). Ponadto, zważywszy, że wybór

sposobów organizowania i kontroli działalności w zakresie prowadzenia i praktykowania gier losowych należy do władz krajowych w ramach przysługującego im uznania, okoliczność, że państwo członkowskie wybrało jako koncesję na zarządzanie usługami gry w lotto system koncesji na wyłączność, w odróżnieniu od tego co obowiązuje w tymże państwie członkowskim w odniesieniu do organizacji rynku innych gier losowych, nie może mieć sama w sobie wpływu na ocenę proporcjonalności przepisów będących przedmiotem postępowania głównego, gdyż przepisy te powinny być oceniane wyłącznie w świetle założonych w nich celów.

Zdaniem Trybunału taka rozbieżność systemów prawnych nie może sama w sobie wpłynąć negatywnie na możliwość realizowania przez taki system koncesji na wyłączność założonego w nim celu, jakim jest przeciwdziałanie zachęcaniu obywateli do nadmiernych wydatków związanych z grami i zwalczanie uzależnienia od gier (podobnie wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., *Sporting Odds*, C-3/17, EU:C:2018:130, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże dualny system organizacji rynku gier losowych mógłby się okazać sprzeczny z art. 56 TFUE, gdyby zostało stwierdzone, że właściwe organy prowadzą politykę mającą raczej zachęcać do udziału w grach losowych innych niż objęte systemem koncesji na wyłączność aniżeli ograniczać okazje do gry i działalność w tej dziedzinie w sposób spójny i systematyczny, co powoduje, że będący u podstaw ustanowienia systemu koncesji na wyłączność cel, jakim jest przeciwdziałanie zachętom do nadmiernych wydatków związanych z grami i zwalczanie uzależnienia od gier, nie może być skutecznie osiągnięty za jego pomocą (podobnie wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., *Sporting Odds*, C-3/17, EU:C:2018:130, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo). Natomiast taki dualny system będzie zgodny z art. 56 TFUE, w sytuacji gdy sąd odsyłający stwierdzi, że uregulowanie ograniczające swobodę świadczenia usług rzeczywiście realizuje w sposób spójny i systematyczny cele przywołane przez dane państwo członkowskie (podobnie wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., *Sporting Odds*, C-3/17, EU:C:2018:130, pkt 33).

### ***W przedmiocie pytania drugiego***

Trybunał zauważył, że zarówno wymóg umowy koncesyjnej, jak i przewidziane warunki udziału w odnośnym przetargu, do których należy podstawowa wartość zamówienia, mogą czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych swobód ustanowionych w art. 49 i 56 TFUE i muszą w konsekwencji być uzasadnione i odpowiadać wymogom wynikającym z zasady proporcjonalności. Zgodnie również z utrwalonym orzecznictwem przy udzielaniu koncesji takiej jak koncesja w postępowaniu głównym organ koncesyjny jest związany wymogiem przejrzystości, polegającym w szczególności na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu jawności, umożliwiającego otwarcie koncesji na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych (wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., *Costa i Cifone*, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zdaniem Trybunału, zasada przejrzystości, wypływająca z zasady równości, ma w tym kontekście zasadniczo na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły

zdecydować się na złożenie oferty w przetargach na podstawie wszystkich istotnych informacji, oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony organu koncesyjnego. Oznacza to, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego są zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który, po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumieć ich dokładny zakres i dokonać ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, pozwoli określić ramy uznania organu koncesyjnego i umożliwi mu faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg (wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał stwierdził, iż wartość zamówienia stanowi zasadniczą informację, która, w poszanowaniu zasady przejrzystości, musi znajdować się, przynajmniej w szacunkowej formie, w ogłoszeniu o przetargu, natomiast w postępowaniu głównym podstawowa wartość zamówienia została określona w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny i jest obiektywnie uzasadniona. Trybunał zaznaczył jednak, iż ostateczne zbadanie proporcjonalnego charakteru uregulowań krajowych będących przedmiotem postępowania głównego należy do sądu krajowego. Jest tak również względem zgodności tych przepisów z zasadą przejrzystości.

#### ***W przedmiocie pytania trzeciego***

Trybunał uznał za możliwe w sektorze gier losowych korzystanie z systemu koncesji, który może stanowić skuteczny mechanizm pozwalający kontrolować podmioty działające w tym sektorze w celu zapobiegania prowadzeniu tej działalności w celach przestępczych lub w celu dokonywania oszustw (podobnie wyrok z dnia 12 września 2013 r., Biasci i in., C-660/11 i C-8/12, EU:C:2013:550, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo). Natomiast o ile Trybunał stwierdził niezgodność z prawem Unii niektórych postanowień dokumentacji przetargowej w ramach przetargów na przyznanie koncesji na usługi związane z grami losowymi, o tyle jednak nie rozstrzygał on jako takiej kwestii zgodności z prawem zarządzania działalnością związaną z grami losowymi w ramach reżimu swobodnego świadczenia usług za pośrednictwem CTD.

W świetle powyższej uwagi Trybunał przeformułował pytanie trzecie w ten sposób, że **sąd odsyłający poprzez to pytanie dąży w istocie do ustalenia, czy art. 49 i 56 TFUE, a także zasady niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one postanowieniu takiemu jak to będące przedmiotem postępowania głównego, zawartemu w projekcie umowy koncesyjnej załączonym do dokumentacji przetargowej, które przewiduje wygaśnięcie koncesji na zarządzanie usługami gry w lotto:**

- w przypadku każdego przestępstwa, w związku z którym sprawa została poddana pod ocenę sądu i który instytucja zamawiająca, przez wzgląd na jego charakter, ciężar, sposób popełnienia i związek z przedmiotem koncesjonowanej działalności, uznaje za wykluczające wiarygodność, profesjonalizm oraz kwalifikację moralną koncesjonariusza;**
- lub w przypadku gdy koncesjonariusz narusza przepisy prawa w przedmiocie zwalczania gry niewłaściwej, niedozwolonej i nielegalnej, w szczególności kiedy osobiście lub za**

**pośrednictwem kontrolowanych lub powiązanych, umiejscowionych gdziekolwiek, spółek oferuje on inne gry, podobne do gry w lotto, bez posiadania do tego upoważnienia.**

Odnosnie klauzuli dotyczącej wygaśnięcia umowy koncesji z uwagi na wniesienie sprawy do sądu, przewidzianej w art. 30 ust. 2 lit. h) projektu umowy, z orzecznictwa Trybunału wynika, że w szczególnej dziedzinie gier losowych wykluczenie podmiotu gospodarczego z uwagi na popełnienie przestępstwa pozostającego w związku z przedmiotem działalności objętej koncesją może co do zasady być uznane za środek uzasadniony celem w postaci zwalczania przestępczości (podobnie wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 76 i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże ponieważ wygaśnięcie koncesji stanowi środek szczególnie uciążliwy dla koncesjonariusza, musi być on w stanie dokonać w niebudzący wątpliwości sposób oceny ryzyka zastosowania wobec nich tego rodzaju sankcji. W tym celu niezbędne jest, by okoliczności, w których sankcje te będą stosowane, zostały określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny (podobnie wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 77, 78).

W niniejszym przypadku Trybunał uznał, iż klauzula zawarta w art. 30 ust. 2 lit. h) projektu umowy wydaje się, z zastrzeżeniem weryfikacji, których powinien dokonać sąd odsyłający, spełniać ten wymóg i zauważył, po pierwsze, że opisuje ona zwięźle, ale jasno przesłanki, po spełnieniu których ADM może zdecydować o wygaśnięciu koncesji, tak że rozsądnie poinformowany i wykazujący zwykłą staranność oferent nie miałby trudności ze zrozumieniem jej zakresu zastosowania i znaczenia. Po drugie, ponieważ przesłanki wniesienia sprawy do sądu są uregulowane w prawie włoskim przepisami kodeksu postępowania karnego, przesłanki te są zatem dostępne i możliwe do przewidzenia dla wszystkich podmiotów gospodarczych.

Jeśli chodzi o kwestię, czy klauzula ta opowiada również wymogom wynikającym z zasady proporcjonalności, to z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że ograniczenia narzucone w drodze przepisów krajowych nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu (podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2003 r., Gambelli i in., C-243/01, EU:C:2003:597, pkt 72). W rezultacie jakkolwiek instytucje zamawiające co do zasady muszą mieć możliwość podjęcia decyzji o wygaśnięciu koncesji, w przypadku gdy zostanie zakwestionowana wiarygodność koncesjonariusza, w szczególności z uwagi na fakt popełnienia przestępstwa pozostającego w związku z przedmiotem działalności objętej koncesją, możliwość ta musi być jednak ściśle uregulowana, tak aby była proporcjonalna do celu, jakim jest zwalczanie przestępczości.

Trybunał wyjaśnił, iż w niniejszym przypadku margines uznania, jakim dysponuje ADM przy podejmowaniu decyzji o wygaśnięciu koncesji w oparciu o klauzulę przewidzianą w art. 30 ust. 2 lit. h) projektu umowy, jest ograniczony dwoma warunkami. Po pierwsze, wygaśnięcie zakłada uprzednią interwencję organu sądowego niezależnego od instytucji zamawiającej, który w następstwie wniosku prokuratury sporządza akt oskarżenia na podstawie szeregu poszlak zgromadzonych w ramach przeprowadzonego dochodzenia. Po drugie, wygaśnięcie

koncesji zakłada, że popełnione przestępstwo pozostaje w związku z przedmiotem działalności objętej koncesją. Klauzula taka jak zawarta w art. 30 ust. 2 lit. h) projektu umowy nie wydaje się wykraczać poza to, co konieczne do osiągnięcia założonego celu, jakim jest zwalczanie przestępczości, czego zweryfikowanie należy jednak do sądu odsyłającego.

Trybunał odniósł się także do klauzuli wygaśnięcia przewidzianej w art. 30 ust. 2 lit. k) projektu umowy – zakaz oferowania na terytorium Włoch bez posiadania do tego upoważnienia innych gier, podobnych do lotto lub do innych gier zabronionych przez włoskie ustawodawstwo, uznając ją za środek zamierzony na zwalczanie niewłaściwej gry, co z pewnością stanowi uzasadniony cel. Z zastrzeżeniem ustaleń, których powinien dokonać sąd odsyłający, klauzula ta wydaje się zredagowana w sposób wystarczająco jasny. Ponadto, Trybunał określił ją jako odpowiednią do osiągnięcia założonego w tym przypadku celu, bez wykraczania poza to, co konieczne do jego realizacji.

Trybunał dodał jednak, że badając proporcjonalność tych klauzul, sąd odsyłający powinien również uwzględnić fakt, że wygaśnięcie umowy koncesji podmiotu gospodarczego nie może być uznane za proporcjonalne, w przypadku gdy przepisy krajowe nie przewidują skutecznego środka zaskarżenia do sądu ani naprawienia poniesionej szkody, w razie gdyby okazało się później, że wykluczenie było nieuzasadnione (podobnie wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., Costa i Cifone, C-72/10 i C-77/10, EU:C:2012:80, pkt 81). W związku z tym w zakresie, w jakim podmiot gospodarczy, który rzeczywiście złożył ofertę i został wykluczony z przetargu z uwagi na sporne klauzule wygaśnięcia, lub oferent, wobec którego na podstawie tych klauzul została podjęta decyzja o wygaśnięciu, dysponują skutecznym środkiem zaskarżenia wobec odpowiednio takiego wykluczenia lub wygaśnięcia, a zainteresowani mogą uzyskać odszkodowanie za poniesioną szkodę, w razie gdyby okazało się później, że takie wykluczenie lub wygaśnięcie było nieuzasadnione, także z uwagi na naruszenie prawa Unii, Trybunał uznał te klauzule za spełniające wymogi wynikające z zasady proporcjonalności.

### **Orzeczenie Trybunału**

Mając na uwadze powyższe, Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego:

**1) Artykuły 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniom krajowym takim jak będące przedmiotem postępowania głównego, które przewidują w odniesieniu do koncesji na zarządzanie usługami zautomatyzowanej gry w lotto i prowadzenie innych gier liczbowych o stałych stawkach model koncesji na wyłączność, w odróżnieniu od innych gier, zakładów bukmacherskich i zakładów wzajemnych, do których zastosowanie znajduje model obejmujący wielu koncesjonariuszy, o ile sąd krajowy stwierdzi, że przepisy krajowe rzeczywiście realizują w sposób spójny i systematyczny uzasadnione cele zadeklarowane przez dane państwo członkowskie.**

**2) Artykuły 49 i 56 TFUE, a także zasady niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniom krajowym i wydanym w celu ich wykonania aktom prawnym, takim jak te będące**



przedmiotem postępowania głównego, przewidującym w odniesieniu do koncesji na zarządzanie usługami zautomatyzowanej gry w lotto i prowadzenie innych gier liczbowych o stałych stawkach wysoką podstawową wartość zamówienia, pod warunkiem że wartość ta została zdefiniowana w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny oraz jest obiektywnie uzasadniona, czego zweryfikowanie należy do sądu krajowego.

3) Artykuły 49 i 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie postanowieniu takiemu jak to będące przedmiotem postępowania głównego, zawartemu w projekcie umowy koncesyjnej załączonym do dokumentacji przetargu, które przewiduje wygaśnięcie koncesji na zarządzanie usługami zautomatyzowanej gry w lotto i prowadzenie innych gier liczbowych o stałych stawkach:

– w przypadku każdego przestępstwa, w związku z którym sprawa została poddana pod ocenę sądu i które instytucja zamawiająca, przez wzgląd na jego charakter, ciężar, sposób popełnienia i związek z przedmiotem koncesjonowanej działalności, uznaje za wykluczające wiarygodność, profesjonalizm oraz kwalifikację moralną koncesjonariusza;

– lub w przypadku gdy koncesjonariusz narusza przepisy prawa w przedmiocie zwalczania gry niewłaściwej, niedozwolonej i nielegalnej, w szczególności kiedy osobiście lub za pośrednictwem kontrolowanych lub powiązanych, umiejscowionych gdziekolwiek, spółek oferuje inne gry, podobne do zautomatyzowanej gry w lotto i do innych gier liczbowych o stałych stawkach, bez posiadania do tego upoważnienia;

pod warunkiem że klauzule te są uzasadnione i okażą się proporcjonalne do założonego celu oraz zgodne z zasadą przejrzystości, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego w świetle wskazówek zawartych w niniejszym wyroku.

## OPINIE PRAWNE

### **Czy pod pojęciem „łącznej wartości zmian umowy” z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mieszczą się także zmiany wartości umów dokonywane na podstawie innych przesłanek z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp**

Art. 144 ustawy Pzp reguluje zagadnienia związane z modyfikacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ust. 1 tego przepisu określona została ogólna zasada, zgodnie z którą zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzą okoliczności enumeratywnie wskazane w treści tego przepisu. Zaistnienie którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na modyfikację umowy bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do pkt 6 ww. przepisu dozwolona jest modyfikacja umowy, jeśli łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Z treści tego przepisu wyraźnie więc wynika możliwość wielokrotnego dokonywania zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego, przy czym ustawodawca wprowadził zastrzeżenie, że ich łączna wartość musi być niższa niż kwoty określone dla progów unijnych i nie może przekroczyć wskaźników procentowych wymienionych w tym przepisie w stosunku do kwoty zawartej w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Należy także zwrócić uwagę na treść art. 144 ust. 1d ustawy Pzp, który stanowi doprecyzowanie kwestii związanych z obliczaniem wartości zmian umowy, dopuszczalnych na podstawie ust. 1 pkt 6. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy (np. kwoty waloryzacyjne), to dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa m.in. w ust. 1 pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień umowy pierwotnej.

Każda z przesłanek wymienionych w treści art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp ma charakter samodzielny i stanowi odrębną podstawę do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe, choć nie wskazane w przepisach ustawy Pzp wprost, znajduje odzwierciedlenie w treści art. 72 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE.L. Nr 94, str. 65), którego transpozycją w polskim porządku prawnym

jest art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ww. przepis Dyrektywy stanowi, że „ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)-d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości:

(i) progi określone w art. 4; oraz

(ii) 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji.” Oznacza to, że przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny względem innych, co rodzi konsekwencje także na gruncie dokonywania oceny pojęcia „łącznej wartości zmian”. Pojęcie to może być bowiem interpretowane jedynie w kontekście pierwotnych kwot wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego (jednoznaczna w tym brzmieniu treść art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 72 ust. 2 Dyrektywy), ewentualnie z uwzględnieniem wskazanych w tej umowie kwot waloryzacyjnych lub innych podobnych.

Odnoszenie zatem „łącznej wartości zmian”, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do wartości zmian umowy dokonanych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 lub pkt 3 jest bezzasadne.

## **KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

### **Obowiązki zamawiającego związane z treścią SIWZ w przypadku gdy realizacja zamówienia na roboty budowlane lub usługi obejmuje czynności polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów ustawy – Kodeks pracy**

Zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502, z późn. zm.), zwanego dalej „Kodeksem pracy”.

Na mocy powyższego przepisu (wprowadzonego do ustawy Pzp ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) wcześniejsze uprawnienie zamawiającego do określenia w opisie przedmiotu zamówienia czynności związanych z realizacją zamówienia na roboty budowlane lub usługi, polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy zostało zastąpione obowiązkiem w tym zakresie. Powyższe rozwiązanie legislacyjne miało na celu uniemożliwienie omijania przepisów prawa pracy przy wykonywaniu zamówień publicznych poprzez zawieranie z osobami je realizującymi umów cywilnoprawnych w sytuacjach, w których możliwość ta - ze względu na przedmiot i charakter czynności związanych z realizacją zamówienia, wskazujący na konieczność ich wykonywania w ramach stosunku pracy - powinna być wyłączona. Jak wynika z uzasadnienia Rządowego projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366) celem ustawodawcy było zarówno stworzenie zachęt do stosowania przez zamawiających klauzul społecznych w zamówieniach publicznych jak i zobowiązanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na roboty budowlane lub usługi będą występowały czynności, które powinny – ze względu na swój przedmiot lub charakter – być wykonywane w ramach stosunku pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W związku z powyższym, obecnie w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. W ustaleniu, czy dana czynność ma charakter stosunku pracy pomocne może być orzecznictwo sądów pracy, jak również – na gruncie zamówień publicznych – opinia Urzędu Zamówień Publicznych dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Z obowiązkiem, o którym mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koresponduje treść art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, w przypadku gdy przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, ciąży na nim również obowiązek wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp;
- b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;
- c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Zatem, w przypadku ustalenia przez zamawiającego, że określone czynności związane z realizacją zamówienia na roboty budowlane lub usługi powinny być świadczone w ramach stosunku pracy, zamawiający ma obowiązek wyspecyfikowania tego rodzaju czynności w opisie przedmiotu zamówienia, a wykonawca lub podwykonawca – zatrudnienia osób je wykonujących na podstawie umowy o pracę.

W tym miejscu należy podkreślić, że dokumenty potwierdzające fakt zatrudniania osób wykonujących określone czynności na podstawie umowy o pracę dotyczą fazy realizacji zamówienia, nie powinny być zatem żądane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nie mają one charakteru dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Wymagania związane z dokumentami potwierdzającymi zatrudnienie osób realizujących zamówienie, jak również sankcje z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zamawiający jest jednakże zobowiązany określić już w treści SIWZ.

Należy również mieć na uwadze, że ich zawartość powinna uwzględniać zasadę adekwatności określoną w art. 5 ust.1 lit. c rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L Nr 119, str. 1 (tzw. rozporządzenie RODO). Zgodnie z ww. przepisem, dane osobowe muszą być adekwatne,

stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane („minimalizacja danych”).

### Przykład 1

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu, którego przedmiotem były roboty budowlane, nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. SIWZ nie zawierała również postanowień odpowiadających obligatoryjnym elementom określonym w art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a) - c) ustawy Pzp, tj. opisu sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, a także rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących ww. czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli zamawiający wskazał, że *„dokonał oceny, czy czynności konieczne do realizacji przedmiotowego zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kp i uznał, że takowe w przedmiotowym postępowaniu nie występują” (...)*. W związku z powyższym Zamawiający *„nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, ponieważ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót nie polegających na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kp”*.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, przedmiot niniejszego zamówienia obejmował m.in. rozbudowę odcinka drogi wojewódzkiej nr ..... na odcinku od km 38+170 do km 38+662, budowę ścieżek rowerowych i chodników, rozbudowę skrzyżowań i przebudowę istniejących zjazdów. Z analizy dokumentacji technicznej wynika, że jego zakres obejmował m.in. roboty drogowe (np. odtworzenie i wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych oraz wznowienie i stabilizację pasa drogowego, rozbiórkę obiektów kubaturowych, rozbiórkę elementów dróg i ulic, roboty ziemne, odwodnienie korpusu drogowego, wykonanie nawierzchni, roboty wykończeniowe), kanalizację deszczową, przebudowę sieci elektroenergetycznych, wodociągowych - co oznaczało, że zakres robót obejmował m.in. następujące branże: branża drogowa, branża sanitarna, branża elektryczna.

Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polegała na pracy osób wykonujących tzw. typowe prace fizyczne. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: rozbiórkę obiektów kubaturowych, wykonanie wykopów, nasypów, frezowanie

nawierzchni asfaltowych, wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej, umocnienie powierzchniowe skarp, rowów i ścieków, roboty ziemne pod fundamenty itd.

W *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że wymienione przykładowo powyżej czynności stanowią wykonywanie pracy, w rozumieniu art. 22 § 1 kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę.

Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Zamawiający powinien był zatem, w ramach przedmiotowego postępowania, wprowadzić do treści SIWZ zarówno zapis, wymagany przez art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, w którym przewiduje zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności za pomocą pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, jak i zapis, na podstawie którego określi wymagania zawarte w art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp. Przepis ten służy bowiem zapewnieniu przez zamawiającego sprawowania kontroli nad realizacją wymagania zawartego w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, na etapie realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku (tj. braku kontroli na etapie wykonania umowy), wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie, deklarując fikcyjne zobowiązania dotyczące zatrudniania na podstawie umów o pracę. Jednocześnie w *Informacji o wyniku kontroli* zwrócono uwagę, że art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp wyznacza minimalną zawartość treści SIWZ, w sytuacji zidentyfikowania czynności polegających na wykonywaniu pracy w ramach danego zamówienia publicznego.

## **Przykład 2**

W SIWZ zamawiający wskazał, że *„stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa poniżej w zakresie realizacji zamówienia.*

*Rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia:*

*- praca osoby odpowiedzialnej za prowadzenie i rozliczenie kontraktu.”*

W projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ zamawiający określił wymagania, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał w szczególności w § .... projektu umowy, że *„Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na podstawie umowy o pracę osobę odpowiedzialną za prowadzenie rozliczenia kontraktu. Obowiązek ten dotyczy również Podwykonawcy, jeżeli prowadzenie rozliczenia kontraktu będzie wykonywane przez Podwykonawcę.*

*Wykonawca zobowiązuje się przedstawić dokumenty potwierdzające zatrudnienie osoby, o której mowa powyżej. Wykonawca na każde wezwanie Zamawiającego w terminie*

*wskazany przez Zamawiającego, nie krótszym niż 3 dni robocze, przedstawi umowę o pracę osoby zatrudnionej, o której mowa powyżej lub oświadczenie Wykonawcy lub Podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osoby wykonującej czynności, których dotyczy wezwanie.”*

W toku kontroli wezwano zamawiającego do wyjaśnienia, dlaczego zamawiający wskazał w SIWZ, iż jedynie czynności wykonywane przez osobę odpowiedzialną za prowadzenie i rozliczenie kontraktu będą wymagały zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp oraz czy inne osoby, realizujące przedmiotowe zamówienie, nie będą wykonywać czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w ww. art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

*Zamawiający, w odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnił, iż „Zamawiający dokonując oceny, czy czynności konieczne do realizacji przedmiotowego zamówienia będą polegały na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 kp (biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenie przy realizacji podobnych robót) uznał, że osoba odpowiedzialna za prowadzenie i rozliczenie kontraktu wykonuje czynności mające cechy stosunku pracy. W ocenie Zamawiającego inne osoby realizujące przedmiotowe zamówienie mogą wykonywać czynności na podstawie umów cywilnoprawnych i nie wymagają zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.”*

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowiła m.in. budowa i przebudowa dróg oraz sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegółowiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmował m.in. roboty w zakresie następujących branż: branża drogowa, branża mostowa, branża sanitarna, branża gazowa, branża elektryczna, branża teletechniczna, branża zieleni. Analiza zakresu robót składających się na ww. branże wskazuje, iż część z nich polegała na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: ręczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu), wykopy z załadunkiem ręcznym i transportem, ręczne formowanie nasypów, umocnienie skarp z płyt betonowych ażurowych, sadzenie drzew i krzewów, rozebranie słupków do znaków, ręczne rozebranie nawierzchni z kostki kamiennej, ręczne kopanie rowów dla kabli, malowanie oznakowania jezdni itd.

W *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że wymienione przykładowo powyżej czynności stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W niniejszym postępowaniu, ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby odpowiedzialnej za prowadzenie i rozliczenie kontraktu zamawiający dokonał zatem wadliwie oceny czynności w zakresie realizacji zamówienia, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp.



### **Przykład 3**

Zgodnie z pkt .... siwz zamawiający wskazał, iż „Stosownie do treści art. 29 ust 3a ustawy Pzp zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę minimum 20 pracowników przy realizacji przedmiotu zamówienia, a realizacja tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. Wymagania w tym zakresie zostały określone w Części II Wzór umowy (Umowa)”.

W pkt .... Wzoru Umowy wskazano natomiast, iż cyt.: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę .... osób wykonujących prace i roboty będące przedmiotem niniejszej umowy w trakcie realizacji zamówienia”.

W toku kontroli przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, gdzie w dokumentacji postępowania zamawiający wskazał rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiający wyjaśnił, iż „Zgodnie z poglądem doktryny brak jest pełnej jasności, czy wymóg zatrudniania osób na podstawie umów o pracę dotyczy wszelkich osób wykonujących jakiegokolwiek czynności o pracowniczym charakterze, czy też zamawiający spośród czynności o tym charakterze obowiązkowo wskazuje przynajmniej niektóre, co do których żąda stosowania przepisów Kodeksu pracy przy zatrudnianiu osób te czynności wykonujących (W. Dzierżanowski, „Wymóg zatrudnienia pracowniczego przy realizacji zamówienia publicznego, „Prawo zamówień Publicznych” 2017, Nr 1). Zamawiający z uwagi na bardzo szeroki zakres zamówienia zastosował szerszą wykładnię przepisu art. 29 ust. 3a Pzp i ograniczył przedmiotowy wymóg do min. 20 osób wykonujących pracę i roboty w ramach niniejszego zamówienia. Czynności niezbędne do wykonania zamówienia zostały przez zamawiającego określone w pkt. .... siwz.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowiła m.in. modernizacja komory rozdziału, modernizacja zbiornika retencyjnego, budowa zbiornika mieszania osadów i recepcji osadów dowiezionych, budowa stacji końcowego odwadniania osadów. Z analizy dokumentacji technicznej uszczegóławiającej opis przedmiotu zamówienia wynika, że jego zakres obejmuje m.in. roboty ziemne, deskowania, roboty betonowe oraz roboty zbrojarskie. Analiza zakresu ww. robót wskazuje, że część z nich polegała na pracy osób wykonujących czynności budowlane. Przykładowo, do takich robót należy zaliczyć: demontaż istniejących budowli

instalacji, wykonanie i demontaż dróg montażowych, wykonanie i demontaż rusztowań, roboty malarskie itd.

W *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że powyższe prowadzi do wniosku, iż wymienione przykładowo powyżej czynności stanowią wykonywanie pracy, o którym mowa w art. 22 § 1 Kp, ponieważ są wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zatem są to czynności, które powinny być wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako wymagające zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Podkreślono również, że zamawiający zasadniczo nie zastępuje wykonawcy w określeniu sposobu realizacji świadczenia. Z tego też tytułu zamawiający nie powinien określać, jaka liczba osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę (podwykonawcę) będzie brała udział w realizacji zamówienia. Zamawiający powinien natomiast wprowadzić do umowy zapis, w którym przewidzi zobowiązanie wykonawcy do wykonywania opisanych przez zamawiającego czynności pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

W *Informacji o wyniku kontroli* wskazano także, że ściśle z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp koreluje brzmienie art. 36 ust. 2 pkt 8a) ustawy Pzp zgodnie z którym, gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty określi wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą wykonywały po stronie wykonawcy czynności wskazane przez zamawiającego, wówczas zamawiający jest zobowiązany w świetle art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c) ustawy Pzp do wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zatem, zamawiający ograniczając się jedynie do wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę min. 20 osób wykonujących prace i roboty będące przedmiotem umowy w trakcie realizacji zamówienia de facto nie wskazał czynności, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kp i jednocześnie narzucił wykonawcom (podwykonawcom) obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 20 osób. W rezultacie uznano zatem, że zamawiający dokonał wadliwej oceny, do której był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp. W rezultacie w omawianym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a) lit. c ustawy Pzp.

W *Informacji o wyniku kontroli* dotyczącej wszystkich wyżej opisanych postępowań o udzielenie zamówienia wskazano, że naruszenie art. 29 ust. 3a w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający nie wniesli zastrzeżeń do wyników ww. kontroli.

# **ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

## **Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych**

### **Wyrok KIO z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2063/18 tajemnica przedsiębiorstwa**

„Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W tym miejscu wskazać należy, iż przywołana wyżej definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązuje od dnia 4 września 2018 r., tj. z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 1637). Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 3 – 14 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do oceny stanów faktycznych, zaistniałych po jej wejściu w życie.

Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, iż do oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w dniu 7 września 2018 r. znajdzie zatem zastosowanie ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w brzmieniu po nowelizacji z lipca 2018 r. Tym samym Odwołujący dokonując zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 1, 1a i 1b - w całości winien był wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należy inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Po pierwsze wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał, iż przy zachowaniu należytej staranności, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji, podjął działania mające na celu utrzymanie ich w poufności. Odwołujący w zakresie rzeczzonej przesłanki w piśmie z dnia 7 września 2018 r. deklarował, iż podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania zastrzeżonych danych w poufności i ich ochrony przed dostępem osób trzecich. Wskazywał również, iż w Spółce obowiązuje zaawansowana

procedura mająca na celu ochronę tego typu danych przed ich ujawnieniem do wiadomości publicznej. Nadto Odwołujący ograniczył się jedynie do wyliczenia obowiązujących u wykonawcy wewnętrznych uregulowań, systemów zarządzania projektami, planów realizacji, programu audytu, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów w powyższym zakresie. Odwołujący nie przedstawił również brzmienia stosowanych klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, czy też choćby postanowień obowiązujących u niego regulaminów dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Co więcej, również w treści załączników nr 1a i 1b brak jest informacji o zastrzeżeniu poufności tychże pism przez ich autorów. W tym miejscu zauważyć należy, iż wykazanie spełnienia przez wykonawcę omawianej przesłanki nie powinno być znacząco utrudnione, skoro wykonawca powołuje się na obowiązujące już u niego wewnętrzne regulacje, mechanizmy itp. W konsekwencji powyższego nie sposób uznać, by Odwołujący wykazał, iż podejmowane przez wykonawcę działania mające na celu zachowanie określonych informacji w poufności są realne.

Po drugie, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż zastrzegane przez wykonawcę informacje organizacyjne i techniczne mają wartość gospodarczą. Za wyrokiem Izby z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16 wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

Lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosząca się do treści załączników nr 1, 1a i 1b sprowadzała się w istocie do ogólnych, pozbawionych dowodów, stwierdzeń Odwołującego, iż ujawnienie treści zastrzeżonych załączników może w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert, konkurenci uzyskują przewagę rynkową nad wykonawcą, poprzez zastosowanie analogicznego sposobu kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. W ocenie składu orzekającego Izby powyższe, wobec braku szczegółowego skonkretyzowania i odniesienia do sytuacji Odwołującego, nie może być uznane za wystarczające do uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazać również należy, iż samo twierdzenie przez wykonawcę,

iz ujawnienie zastrzeżonych informacji narazi wykonawcę na realne ryzyko poniesienia znacznej szkody majątkowej nie stanowi faktycznego wykazania szkody, którą mógłby ponieść Odwołujący na skutek braku utajnienia informacji w postępowaniu. Ponadto dostrzec należy, iż Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje dotyczące w głównej mierze budowy ceny oferty mają charakter względnie stały, niezmienny, są dla Odwołującego unikalne i ukształtowane niezależnie od udziału wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w których wykonawca upatrywał wartości gospodarczej. W końcu dodać również należy, iż utajnianie przez wykonawców informacji dotyczących wyceny oferty nie może mieć na celu utrudnienia innym wykonawcom zweryfikowania prawidłowości kalkulacji ceny oferty danego wykonawcy.

Po trzecie, wskazać również należy, iż z dowodów złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy, tj. projektu zagospodarowania terenu dla przedsięwzięcia w nim opisanego oraz wydruków ze stron internetowych, można wywieść informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa na stronie 9, akapit 3 załącznika nr 1, a które miały świadczyć o znaczącej przewadze konkurencyjnej X Nie można zatem podzielić argumentacji Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 7 września 2018 r., iż nie jest możliwe pozyskanie, zastrzeżonych przez wykonawcę informacji drogą elektroniczną – w Internecie. Ponadto Izba wskazuje, że nie może być skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa informacja, która została podana do publicznej wiadomości, bądź której pozyskanie jest możliwe w normalnym toku czynności, czy też w trybie dostępu do informacji publicznej. Powyższe dotyczy m.in. sytuacji, gdy dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są dostępne u zamawiającego – odbiorcy zamówienia – na każde żądanie osób zainteresowanych (tak KIO w wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1491/18). W okolicznościach niniejszej sprawy projekt zagospodarowania terenu dla przedsięwzięcia w nim wskazanego - finansowanego z funduszy unijnych - realizowany był na rzecz samego Zamawiającego, nie był opatrzony klauzulą poufności, tym samym nie sposób uznać, aby dostęp do ww. dokumentu był utrudniony.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

#### **Wyrok KIO z dnia 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2057/18 – doświadczenie przy realizacji dostawy**

„Skład orzekający nie dopatrywał się natomiast naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w zakresie dokonanej przez niego oceny spełniania przez X warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący kwestionował przedstawione przez X doświadczenie w oparciu o informacje pozyskane od Y będącej aktualnie wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia wraz z Odwołującym, a uprzednio występującym jako taki wykonawca wraz z Przystępującym. Izba co do zasady podziela poglądy wyrażone w orzecznictwie przywołanym przez Odwołującego, w szczególności w wyroku TSUE z dn. 4.05.2017 w sprawie C-387/14 ws. Esaprojekt, jednakże stwierdza,

iz w okolicznościach niniejszej sprawy nie znajdują one zastosowania. Przedmiotem niniejszego zamówienia, jak również warunku wiedzy i doświadczenia określonego przez Zamawiającego jako elementu oceny zdolności wykonawców do realizacji zamówienia jest dostawa. Zgodnie z art. 2 pkt 2 Pzp przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż w ramach definicji dostawy mieści się ogromna liczba stanów faktycznych wypełniających tę definicję. Zamawiający nie określił poszczególnych czynności w ramach zrealizowanej dostawy, które w ocenie Zamawiającego potwierdzałyby uzyskanie odpowiedniego doświadczenia. Fakt, że wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie wykonywali różne czynności mające na celu wywiązanie się z zawartych umów, również przy udziale podwykonawców, w okolicznościach niniejszej sprawy nie przesądza o niemożności uznania, iż każdy z nich może legitymować się doświadczeniem nabytym przy realizacji tych dostaw. Izba na podstawie przedstawionych dokumentów – zarówno przez Przystępującego, jak również przez Odwołującego (korespondencji mailowej pomiędzy ówczesnymi konsorcjantami) stwierdziła, iż obaj wykonawcy byli zaangażowani w realizację wskazanych przez X dostaw. Wykonawca X brał udział w organizacji realizacji zamówień - kontaktował się w tej sprawie z konsorcjantem oraz zamawiającym, odpowiadał za rozliczenia finansowe umów, był reprezentantem konsorcjum w kontaktach z zamawiającymi, był stroną uczestniczącą w przekazaniu przedmiotu zamówienia Zamawiającemu. Dlatego też, skład orzekający biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z doświadczeniem w dostawie, a każdy z wykonawców wspólnie realizujących zamówienia przyczynił się do należytego wykonania zobowiązań umownych (brał realny udział w ich realizacji) uznał, że wykonawca X może legitymować się doświadczeniem w realizacji zamówień wskazanych przez niego w wykazie wykonanych dostaw. Tym samym, nie potwierdził się zarzut Odwołującego co do nie wykazania przez X zdolności do realizacji zamówienia w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

#### **Wyrok KIO z dnia 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2109/18 uzupełnianie dokumentów**

„Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zatem przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy wprost możliwości uzupełniania oświadczeń, o których mowa w

art. 25a ust 1 ustawy, tj. m.in. spornego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie Izby, w zakresie oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym oświadczenie to powinno być aktualne na dzień składania ofert, jednak kwestii tej nie należy mylić z datą złożenia dokumentu wskazuje się przy tym, że nie może być tak, że wykonawca dokonując uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp zmuszany jest do jego antydatowania. W związku z powyższym dopuszcza się posłużenie się w ocenie tej kwestii fikcją zakładającą, że niezależnie od tego czy w oświadczeniu tym wskazano jakąkolwiek datę, czy też nie, to biorąc pod uwagę, że składane jest ono w związku z ubieganiem się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego, przyjmować należy, że potwierdza ono stan na dzień składania ofert, jak to wynika z przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 4.12.2017 r., sygn. akt KIO 2413/17 oraz wyrok KIO z dnia 30.03.2017 r. sygn. akt KIO 430/17). Skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela ww. stanowisko.

Wskazać należy, że jak wynika z pisma z dnia 11 października 2018 r. Zamawiający brak aktualności uzupełnionego oświadczenia wywodził wyłącznie z faktu opatrzenia go datą 24 sierpnia 2018 r. tj. po terminie składania ofert. Natomiast w ocenie Izby treść oświadczenia, w połączeniu z faktem, że zostało ono złożone w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinna budzić wątpliwości co do tego, że jest ono aktualne na dzień składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje jedynie, że dokumenty muszą zostać uzupełnione w terminie określonym przez zamawiającego, co pozwala na twierdzenie, że regulacja ta nie stanowi żadnej wytycznej dla określenia daty w spornym oświadczeniu. Należy przyjąć, że data zawarta w oświadczeniu nie stanowi żadnej determinanty, która miałaby wpływ na złożone przez wykonawcę oświadczenie. W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 25a ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez niezasadne wykluczenie Odwołującego, potwierdził się, a odwołanie należało w związku z tym uwzględnić. Izba nie dopatrzyła się natomiast w czynnościach Zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, wskazać należy, że zgodnie z zasadą jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu, a po drugie skoro, jak wskazano powyżej, uzupełnione oświadczenie jest prawidłowe, nie ziściła się przesłanka do zastosowania ww. przepisu chociażby w zakresie wezwania do wyjaśnienia tego oświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24aa ustawy Pzp, Izba również doszła do przekonania, że zarzut nie potwierdził się. Odwołujący został niesłusznie wykluczony z postępowania, jednak powyższe było skutkiem naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy a nie art. 24aa ustawy Pzp. Na marginesie wskazać należy, że omawiany przepis nie stoi w sprzeczności z dyspozycją zawartą w treści art. 24 ust. 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zatem przy braku bliższego sprecyzowania na czym naruszenie przepisu art. 24aa

ustawy Pzp miałoby w przedmiotowym postępowaniu polegać, Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2016/18 – podział zamówienia na części**

„Preambuła obowiązującej dyrektywy klasycznej, w motywie 78 dopuszcza ograniczenie podzielenia zamówienia na części jeżeli uzasadnione to jest albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonania zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający powoływał się na nadmierne trudności techniczne w skoordynowaniu dostaw autobusów i dostawy i instalacji punktu ładowania i ładowarek, a także na trudności w koordynacji działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, która mogłaby zagrozić właściwemu, a przede wszystkim terminowemu wykonaniu zamówienia. Prawidłowość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na części, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy. W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie, działania zamawiającego nie można było uznać za niezgodne z przepisami, ponieważ wskazał on przyczyny zaniechania podziału, związane zarówno z kosztami wykonania zamówienia oraz koniecznością skoordynowania prac.

Podział zamówienia na części sugeruje art. 46 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65). Przepis ten stanowi, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i przedmiot takich części. Jeśli jednak podejmą decyzję, iż nie dokonają takiego podziału, winni są wskazać najważniejsze powody takiej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu. Ustawa Pzp w art. 36aa ust. 1 wskazuje, że zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. W przypadku dokonania podziału, w SIWZ zobowiązany jest: opisać poszczególne części zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 2, oraz wskazać liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, jakie będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części. Przepisy ustawy, czemu zgodnie strony nie przeczyły, nie nakładają więc na zamawiającego bezwzględnie obowiązku dokonania podziału zamówienia na części, wyjaśniania przyczyn dla których nie dokonał takiego podziału, ale stanowią o uprawnieniu zamawiającego. Taki obowiązek wynika z normy opisanej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy, dotyczącej konieczności prowadzenia



protokołu postępowania. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania żaden z ww. przepisów nie został naruszony. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na cztery części i zamierza je przeprowadzić w osobnych postępowaniach. Opisał też zakres tych części, a także wyjaśnił przyczyny niedokonania dalszego podziału w protokole postępowania. Decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawione jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa w tym zakresie swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Słusznie jednak podkreślał odwołujący, że swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Izba uważa, że należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, a w niniejszym postępowaniu, co do ilości części nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie. Decyzja Zamawiającego o wydzieleniu czterech postępowań i objęcia jednym zamówieniem dostawy autobusów i dostawy infrastruktury ładowania jednym pakietem nie prowadzi do braku możliwości zrealizowania zamówienia przez nieograniczoną liczbę wykonawców. Prowadzony dialog techniczny nie ujawnił potrzeby prowadzenia osobnych postępowań, a rozprawa nie przyniosła także dowodu, że producenci infrastruktury ładowarek w szerszy niż dotychczas sposób mogliby wziąć udział w postępowaniu i odnieśli by wymierne korzyści z samodzielnego udziału w postępowaniu, a także, że zamawiający nie poniósłby negatywnych konsekwencji rozdrobnienia zamówienia i kosztów koordynacji zamówień pomiędzy wykonawcami. Innymi słowy, istota zarzutu to nie zaniechanie dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na części w ogóle, ale zaniechanie podziału w określony sposób, tj. poprzez wydzielenie zbyt małej ilości części.

Przepisy ustawy nie wprowadzają jakichkolwiek kryteriów podziału zamówienia na części, którymi byłby związany zamawiający (oczywiście przyjąć należy, że chodzi o zamówienie, które w ogóle "da się podzielić"). Przeciwnie ustawa zawiera przepisy zakazujące podziału zamówienia jeśli miałby on prowadzić do obejścia ustawy, czy stosowania procedur uproszczonych. Przeciwnie niż przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (a tym samym jego części), który jest narzucony zamawiającemu, poprzez uregulowania przepisu art. 29, w tym jego ustępu 2, zgodnie z którym "Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sposobu podziału zamówienia ustawodawca zamawiającemu nie narzucił skoro przepis art. 36aa mówi nie tylko o prawie zamawiającego do podziału zamówienia na części, ale także o określeniu przez zamawiającego zakresu i przedmiotu ustanawianych części.

Gdyby chcieć ocenić sposób podziału zamówienia dokonany w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego pod kątem zasady uczciwej konkurencji, to odwołujący nie udowodnił (w grę nie wchodzi uprawdopodobnienie z art. 29 ust. 2 ustawy dotyczącego stricte opisu przedmiotu zamówienia), że podział zamówienia w taki sposób był podyktowany tym, aby uniemożliwić udział odwołującemu w postępowaniu.

Izba nie negując możliwości prowadzenia dwóch odrębnych postępowań na dostawę autobusów elektrycznych i na dostawę infrastruktury ładowania co do zasady, nie dostrzega

jednak w przedmiotowej sprawie, aby zaniechanie tego podziału przede wszystkim różnicowało sytuację producentów infrastruktury ładowania, w tym postępowaniu, eliminowało odwołującego z możliwości wykonania tego zamówienia razem z producentem autobusów, czy groziło odwołującemu szkodą w związku z koniecznością udziału w postępowaniu z producentem autobusów. Takie okoliczności nie zostały przez odwołującego wykazane, a zatem Izba nie uznała za wykazany zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

#### **Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2426/18 – forma gwarancji wadialnej**

„W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że decyzja Zamawiającego była słuszna. Z dokumentacji postępowania wynika wprost, że dokument wadium załączony przez Odwołującego do oferty został wystawiony w formie pisemnej, tj. został opatrzone własnoręcznym podpisem Dyrektora Oddziału, z imienną pieczęcią, a na pierwszej stronie (dokument ten składa się z dwóch stron) została zamieszczona własnoręczna paraafa. Następnie dokument ten został zeskanowany (skopiowany) i opatrzone podpisem elektronicznym przez Dyrektora Oddziału. Ponadto z treści tego dokumentu wynika bezspornie, że: gwarancja ta wygasa „automatycznie i całkowicie” w przypadku gdy „nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do X” (vide: pkt 6.3) oraz że „po upływie terminu określonego w pkt 3 gwarancja powinna być zwrócona do X (...)”. W postępowaniu tym oprócz Odwołującego oferty złożyło dwóch innych wykonawców, którzy wnieśli wadium w formie elektronicznej, tj. obie gwarancje zostały opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez uprawnione do tego osoby, ponadto ich treść również uwzględnia tę okoliczność, co wyraża się m.in. w braku postanowień o wygaśnięciu automatycznie gwarancji w przypadku jej zwrotu do wystawcy. Ponadto z ich treści wprost wynika, że zostały sporządzone w formie elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do reprezentowania gwaranta.

Okoliczności sprawy wskazują, że przedstawiona przez Odwołującego gwarancja wadialna powstała w ten sposób, że jej treść po wydrukowaniu została opatrzone własnoręcznym podpisem Dyrektora Oddziału, czym zgodnie z treścią art. 78 §1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 za zm.) nadał jej formę pisemną, a następnie dokument ten został zeskanowany i ponownie podpisany przez tą samą osobę, tym razem podpisem elektronicznym. Zatem oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powstał w tym przypadku w momencie złożenia przez Dyrektora Oddziału własnoręcznego podpisu na wersji „papierowej” gwarancji. Natomiast późniejsze jej skopiowanie i następnie opatrzenie podpisem elektronicznym było w istocie wytworzeniem elektronicznej kopii tego dokumentu. W ocenie Izby bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest to, że

Odwołujący otrzymał od wystawcy gwarancji tylko jej „wersję elektroniczną” i następnie bez ingerencji w jej treść przekazał ją Zamawiającemu. Mając bowiem na uwadze postanowienia gwarancji wadialnej, w tym przede wszystkim zastrzeżenie z pkt 6.3., w ocenie Izby nie można mówić o tym, aby został spełniony cel dla którego wadium wymagane jest wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a którym to celem jest finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który poprzez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania (...). Skoro bowiem oryginałem dokumentu gwarancji jest jego forma pisemna („papierowa”), w posiadaniu której Zamawiający się nie znajduje, również Odwołujący (zgodnie z jego twierdzeniem) – też nie, to wobec tego oryginał ten musi być w posiadaniu wystawcy gwarancji. W związku z powyższym wątpliwym jest, aby w sytuacji w której wystąpiły by przesłanki zaspokojenia się Zamawiającego z gwarancji wadialnej – mógł on to skutecznie uczynić.

Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód w postaci oświadczenia wystawcy spornej gwarancji wadialnej jest bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, nie tylko ze względów wskazanych powyżej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane podczas rozprawy, zgodnie z którym skuteczność wniesienia wadium powinna być oceniana na podstawie treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą. Tylko bowiem treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez Zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty. Z tego powodu późniejsze oświadczenia, czy wyjaśnienia składane do gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia, gdyż nie tworzą jej treści, ani nie są jej integralną częścią. W tym miejscu Izba odnosząc się do złożonych przez Zamawiającego dowodów nr 3 i 4 wskazuje, że pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii z tego powodu, że korespondencja ta prowadzona była z podmiotem, który w okolicznościach sprawy nie miał związku z wystawieniem dokumentu spornej gwarancji, co wprost wynika z treści spornej gwarancji.

Raz jeszcze podkreślić należy, że okolicznością przemawiającą za pozytywną oceną czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego było opatrzenie gwarancji wadialnej własnoręcznym podpisem, tj. nadanie jej formy pisemnej. Natomiast późniejszej jej zeskanowanie i ponowne podpisanie – tym razem – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiło w ocenie składu wytworzenie elektronicznej kopii tego dokumentu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

#### **Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO2499/18 - rażąco niska cena, „okoliczności oczywiste”**

„W niniejszej sprawie zamawiający wezwał wykonawcę X do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, ponieważ cena ta była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej

wszystkich złożonych ofert. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający co do zasady ma obowiązek w takiej sytuacji wezwać wykonawcę do wyjaśnień, z jednym wszakże wyjątkiem, mianowicie: gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Innymi słowy, Ustawodawca w ww. przepisie przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprawdzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, mamy do czynienia z takim właśnie wyjątkiem, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wyniosła 6 mln zł, zaś w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty. Z tych dwóch ofert, jedna (oferta wykonawcy X) ma cenę 6.398.500,50 zł brutto i jest tylko o ok. 6% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, druga natomiast (oferta odwołującego) ma cenę 14.445.322,50 zł brutto i jest ponad dwukrotnie wyższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT. Cena drugiej oferty przesądziła o wysokiej średniej arytmetycznej złożonych ofert i o tym, że cena oferty wykonawcy X okazała się niższa o ponad 30% od tej średniej. Należy jednak podkreślić, że o tak wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co świadczyłoby o tym, że co do zasady cena rynkowa zamówienia jest wysoka, ale przesądziła o tym cena jednej oferty. Fakt, że cena tylko jednej oferty (oferty odwołującego) jest tak wysoka, zwłaszcza w porównaniu do szacunku zamawiającego, nakazuje przyjąć, że to cena oferty odwołującego jest zawyżona, nie zaś - że cena oferty wykonawcy X jest zaniżona. Innymi słowy: w postępowaniu mamy do czynienia z trzema kwotami i dwie z nich: wartość szacunkowa powiększona o VAT oraz cena oferty wykonawcy X oscylują wokół 6 mln zł, natomiast tylko jedna kwota, tj. cena oferty odwołującego oscyluje wokół kwoty ok. 14 mln zł. Gdyby w postępowaniu złożono więcej ofert z ceną zbliżoną do ceny odwołującego, można byłoby przyjąć, że to wartość zamówienia jest niedoszacowana i cena oferty wykonawcy X jest zaniżona. Jednak mamy do czynienia z sytuacją, w której tylko cena oferty odwołującego oscyluje wokół 14 mln zł, pozostałe wartości w postępowaniu są natomiast zbliżone do kwoty ok. 6 mln zł. Powyższe świadczy o tym, że cena oferty odwołującego jest zawyżona. Ta zawyżona cena skutkowałą wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert, co spowodowało, że oferta wykonawcy X mimo że zbliżona do szacunku zamawiającego, okazała się być niższa od średniej arytmetycznej ofert.

Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy X, a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty odwołującego została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu zamawiający był zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy X do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji nie zachodzi

także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy X jest ceną rażąco niską.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18 - unieważnienie postępowania**

„Ustalono, że w zawiadomieniu o unieważnieniu części 1 postępowania zamawiający wskazał, że unieważnia postępowanie w części 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności wskazał jedynie, że *wada postępowania polega na rozbieżnościach pomiędzy podanymi ilościami sprzętu w opisie przedmiotu zamówienia, a ilościami w załączniku 1a – załącznik do formularza ofertowego dla części 1.*

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej uzasadnienie faktyczne kwestionowanej czynności podzielono stanowisko odwołującego, że zamawiający w ww. uzasadnieniu nie wykazał, ani nawet nie twierdził, iż niezgodność między opisem przedmiotu zamówienia a wzorem załącznika nr 1a do SIWZ miała lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Jak słusznie wskazał odwołujący, przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wyraźnie odsyła do przesłanek unieważnienia umowy wynikających z art. 146 ustawy Pzp. Katalog przesłanek unieważnienia z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp jest zamknięty. Żadna z przyczyn wskazanych w tym przepisie nie wystąpiła w analizowanej sprawie. Zatem w grę musiała wchodzić generalna podstawa unieważnienia umowy opisana przez ustawodawcę w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Jak wynika z tego przepisu, powodem unieważnienia postępowania może być dopuszczenie się przez zamawiającego takiej czynności lub zaniechania niezgodnego z ustawą, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W świetle przytoczonego przepisu niewystarczające jest stwierdzenie jakiegokolwiek naruszenia przepisów ustawy, ale naruszenia kwalifikowanego i istotnego w tym stopniu, że odcisnęło lub może odcisnąć swe piętno na wyniku postępowania. Oczywiście jest także, że za wynik w rozumieniu tego przepisu uznaje się wybór danej oferty jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że zamawiający w uzasadnieniu swej czynności w ogóle nie odnosił się do kwestii wpływu naruszenia na wynik postępowania. Podkreślenia wymaga w tym miejscu fakt, że zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest podać przy unieważnieniu postępowania uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności. Dostrzec należało, iż uzasadnienie czynności unieważnienia, jakie sporządził zamawiający było bardzo lakoniczne, sprowadzało się tylko do wskazania istnienia rozbieżności między opisem przedmiotu zamówienia a załącznikiem nr 1a do SIWZ. Jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający w uzasadnieniu swej czynności nie podjął nawet próby wykazania, że wskazywana przez zamawiającego rozbieżność miała lub może mieć jakiś wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Już choćby z samego tego powodu zaskarżona czynność zamawiającego nie mogła się ostać.

Za spóźnione należało uznać podawanie dodatkowych przyczyn uzasadnienia w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy. Zamawiający w swym piśmie i w trakcie postępowania odwoławczego wskazywał, że w jego ocenie oferty złożone w postępowaniu miały okazać się nieporównywalne. Argumentował także, że w jego ocenie załącznik nr 1a do SIWZ i OPZ są dokumentami równoważnymi. Wskazanie tych przyczyn dopiero na tym etapie należało uznać za niedopuszczalne.

Z ostrożności jednak odnosząc się do argumentacji zamawiającego dostrzec należało, że zgodnie ze wzorem formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli oświadczyć zamawiającemu, że oferują mu sprzęt zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (pkt 14 wzoru formularza oferty), a nie zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a do SIWZ. Obydwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, przedstawili zamawiającemu właśnie takie oświadczenie. Co istotne, wypełniony załącznik nr 1a do SIWZ nie był składany wraz z ofertą. Zamawiający w rozdziale X SIWZ w pkt 3 wskazał wyraźnie, że dokument ten będzie składany na wezwanie zamawiającego kierowane trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jedynie przez wykonawcę, którego ofertę ocenioną najwyżej. W postanowieniu tym określono też cel składania omawianego dokumentu. Miał on być składany wyłącznie *w celu wykazania przez Wykonawcę spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: Zamawiający wymaga opisu produktów, które mają zostać dostarczone, tj. specyfikacji techniczno-funkcjonalnej - uszczegółowione dane techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia, pozwalające zweryfikować wszelkie wymagania minimalne zawarte w treści SIWZ, z podaniem nazw producenta oraz nazw modelu, typu oraz spełnienia każdego z parametrów minimalnych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w OPZ stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.* Dostrzec należało także, że wzór załącznika nr 1a do SIWZ odsyłał do OPZ, więc jego interpretacja musiała uwzględniać także postanowienia opisu przedmiotu zamówienia.

Faktycznie można było we wzorze załącznika 1a do SIWZ dostrzec rozbieżności wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że rozbieżności te nie wpłynęły na treść ofert złożonych w postępowaniu. Wykonawca Abplanalp sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp złożył wypełniony załącznik nr 1a do SIWZ i w załączniku tym wskazał prawidłowe ilości urządzeń wynikające z OPZ. W pozycji 18 wypełnionego załącznika 1a, w kolumnie „liczba sztuk/komplet”, wpisał 1, a wycenił 12 sztuk, tak jak w OPZ. W pozycji 20 wpisał 2, ale wycenił 1 komplet, zgodnie z OPZ. W pozycji 21 w załączniku 1a wpisał „1 sztuka”, ale wycenił 24 sztuki, zgodnie z OPZ. Wreszcie w pozycji 31, gdzie wpisał „1 komplet” zgodnie ze wzorem załącznika nr 1a, ale wycenił 6 sztuk, zgodnie z OPZ. Z kolei drugi wykonawca jak złożył ofertę, to jest odwołujący nie składał wypełnionego załącznika nr 1a do SIWZ, gdyż jego oferty nie oceniono jako najkorzystniejszej. Złożył jednak oświadczenie w pkt 14 formularza oferty o zgodności oferty z OPZ ( a nie ze wzorem załącznika nr 1a do SIWZ) i wskazywał na rozprawie, że zrozumiał SIWZ, tak jak wykonawca wybrany, a mianowicie, że wiąże go OPZ.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że opisywana przez zamawiającego rozbieżność nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Żaden

z oferentów nie zastosował się do treści błędnego załącznika nr 1a do SIWZ. Nie podzielono argumentacji zamawiającego, że do postępowania mógł nie przystąpić jakiś wykonawca ze względu na opisane rozbieżności. Izba wzięła pod uwagę ich charakter, a mianowicie kwestie krotkości sprzętu niemającego charakteru unikalnego. W tej sytuacji trudno było przypuszczać, aby jakiś wykonawca mógł zrezygnować z postępowania wartego kilka milionów złotych, z uwagi na swe wątpliwości co do treści SIWZ. Raczej zależałoby spodziewać się, że zainteresowany wykonawca w opisanej sytuacji wniesie odwołanie, bądź będzie wnioskował do zamawiającego o zmianę treści SIWZ. Kierując się ww. rozważaniami Izba doszła do przekonania, że postępowaniem w części 1 zainteresowani byli tylko dwaj wykonawcy. Rozbieżności między OPZ a wzorem załącznika nr 1a do SIWZ nie wprowadziły żadnego z wykonawców w błąd, gdyż obaj wycenili, zgodnie z intencją zamawiającego, ilości asortymentu określone w OPZ, co poświadczyli oświadczeniami złożonymi w formularzach ofertowych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż nie zostało wykazane przez zamawiającego, iż rozbieżności w SIWZ w tym przypadku miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp znalazł zatem potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

**Wyrok Sąd Okręgowego w Łodzi z dnia 13 lipca 2018 r. sygn. akt III Ca 731/18**

[tekst orzeczenia](#)

**Postanowienie SO w Zamościu z dnia 30 sierpnia 2018 r. sygn. akt I Ca 258/1**

[tekst orzeczenia](#)

**Wyrok Sąd Okręgowego w Toruniu z dnia 9 października 2018 r. sygn. akt VI Ga 186/18**

[tekst orzeczenia](#)

**Wyrok Sąd Okręgowego w Katowicach z dnia 26 października 2018 r. sygn. akt XIX Ga 1058/18**

[tekst orzeczenia](#)

**Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 listopada 2018 r. sygn. akt XI Ga 597/18**

[tekst orzeczenia](#)

## ANALIZY SYSTEMOWE

NR 12/2018

### Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 31.12.2018

#### I. Rynek zamówień publicznych

##### Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
<b>Zamówienia publiczne</b>			
O zamówieniu	130 432	24 514	<b>154 946</b>
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	73	172	<b>245</b>
O udzieleniu zamówienia	123 706	27 325	<b>151 031</b>
O konkursie	81	31	<b>112</b>
O wynikach konkursu	87	227	<b>314</b>
O zmianie ogłoszenia	45 098	19 784*	<b>64 882</b>
O zamiarze zawarcia umowy	3 975	936	<b>4 911</b>
O zmianie umowy	4 045	508	<b>4 553</b>
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	697	<b>697</b>
O profilu nabywcy	-	55	<b>55</b>
<b>Razem</b>	<b>307 497</b>	<b>74 249</b>	<b>381 746</b>
<b>Koncesje</b>			
O koncesji	10	7	<b>17</b>
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	<b>0</b>
O zmianie ogłoszenia	6	3	<b>9</b>
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	2	<b>2</b>
O zawarciu umowy koncesji	9	5	<b>14</b>
O zmianie umowy koncesji	0	5	<b>5</b>
<b>Razem</b>	<b>25</b>	<b>22</b>	<b>47</b>

\* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

##### Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	44,35%	9,49%	38,81%
Dostawy	32,10%	51,40%	35,17%
Usługi	23,55%	39,11%	26,02%



**Postępowania wszczęte według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,47%	98,64%	99,33%
Przetarg ograniczony	0,19%	0,89%	0,31%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,24%	0,06%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,21%	0,05%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,28%	-	0,24%

**Kryteria oceny ofert – BZP**

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	23%	11%	11%
Cena i inne kryteria	98%	77%	89%	89%

**Kryteria oceny ofert – TED**

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	13%	27%	25%	25%
Cena i inne kryteria	87%	73%	75%	75%

**Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie**

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	548	0,95%
Dostawy	124	0,30%
Usługi	132	0,43%
<b>Razem</b>	<b>804</b>	<b>0,62%</b>

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	79	0,14%
Dostawy	87	0,21%
Usługi	198	0,64%
<b>Razem</b>	<b>364</b>	<b>0,28%</b>

**Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.**  
(zamówienia powyżej wartości określonej w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	3 531	6,10%
Dostawy	1 668	3,98%
Usługi	1 294	4,21%
<b>Razem</b>	<b>6 493</b>	<b>4,98%</b>

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	54 252	93,78%
Dostawy	32 006	76,44%
Usługi	25 229	82,15%
<b>Razem</b>	<b>111 487</b>	<b>85,48%</b>

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	69	0,12%
Dostawy	90	0,21%
Usługi	72	0,23%
<b>Razem</b>	<b>231</b>	<b>0,18%</b>

**Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia**

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	40,60%	8,01%	34,71%
Dostawy	33,57%	49,22%	36,40%
Usługi	25,83%	42,77%	28,89%

**Zamówienia udzielone według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	90,65%	90,61%	90,64%
Przetarg ograniczony	0,28%	2,22%	0,63%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,75%	0,16%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,09%	6,29%*	1,21%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,11%	0,04%
Wolna ręka	7,77%	-	6,36%
Zapytanie o cenę	0,90%	-	0,74%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,26%	-	0,21%

\* - w tym wolna ręka

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	2,41	1,45
Dostawy	2,04	1,35
Usługi	2,31	1,42
<b>Średnio</b>	<b>2,19</b>	<b>1,39</b>

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,39%
Administracja rządowa terenowa	3,02%
Administracja samorządowa	41,44%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	6,30%
Podmiot prawa publicznego	13,35%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,12%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	2,49%
Inny	30,89%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	19,11%	30,82%	50,07%
Administracja rządowa terenowa	20,77%	45,84%	33,39%
Administracja samorządowa	53,98%	16,34%	29,69%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	43,21%	31,64%	25,15%
Podmiot prawa publicznego	13,81%	61,10%	25,09%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	36,93%	46,59%	16,48%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	20,01%	32,11%	47,89%
Inny	19,89%	53,44%	26,67%

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

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	87,20	0,22	0,00	0,05	0,11	10,78	1,59	0,00	0,05
Administracja rządowa terenowa	85,27	2,73	0,06	0,03	0,00	9,69	1,60	0,00	0,63
Administracja samorządowa	91,69	0,15	0,01	0,04	0,02	7,21	0,42	0,00	0,45
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	90,70	0,16	0,01	0,03	0,02	7,75	1,26	0,00	0,07
Podmiot prawa publicznego	89,34	0,24	0,04	0,19	0,04	9,40	0,73	0,00	0,02
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	93,75	0,00	0,00	0,00	0,00	5,68	0,57	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	92,93	0,34	0,00	0,00	0,00	6,40	0,34	0,00	0,00
Inny	90,14	0,30	0,06	0,16	0,01	7,71	1,55	0,00	0,07

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x usługi	1 105 796 EUR
Belgia	5	5 x usługi	35 575 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Bułgaria	1	1 x usługi	32 382 EUR
Czechy	22	1 x roboty budowlane 10 x dostawy 11 x usługi	339 713 342 EUR w części ogłoszeń brak danych
Dania	1	1 x dostawy	940 216 EUR
Estonia	2	2 x usługi	60 900 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	362 381 EUR
Francja	1	1 x dostawy	898 000 EUR
Grecja	1	1 x dostawy	4 750 EUR
Holandia	2	2 x dostawy	brak danych
Irlandia	3	1 x dostawy 2 x usługi	2 547 133 EUR
Litwa	5	3 x dostawy 2 x usługi	23 949 658 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	6 500 000 EUR
Łotwa	1	1 x dostawy	239 043 EUR
Niemcy	16	3 x roboty budowlane 6 x dostawy 7 x usługi	3 745 801 EUR w części ogłoszeń brak danych
Rumunia	2	2 x dostawy	3 314 280 EUR
Słowacja	4	1 x roboty budowlane 3 x dostawy	106 522 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Szwecja	5	3 x dostawy 2 x usługi	4 121 852 EUR
Węgry	11	9 x dostawy 2 x usługi	13 767 763 EUR
Włochy	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 834 376 EUR w części ogłoszeń brak danych
<b>Razem</b>	<b>87</b>	<b>5 x roboty budowlane 45 x dostawy 37 x usługi</b>	<b>545 234 673 EUR</b>

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria	3	709 447 870	9	62 945 674	3	10 062 700			15	782 456 244
Belgia	1	1 336 108 656	34	15 075 651	3	3 311 859			38	1 354 496 166
Brazylia			1	4 147 079					1	4 147 079
Bułgaria			6	13 187 901					6	13 187 901
Chiny	1	229 710 642							1	229 710 642
Czechy	2	349 864 806	55	128 389 260	17	73 653 472			74	551 907 538
Cypr			2	57 085 500					2	57 085 500
Finlandia			3	21 435 220					3	21 435 220
Francja	1	5 049 729 000	24	39 118 896	23	104 925 834	1	300 000	49	5 194 073 730
Hiszpania	8	767 833 646	5	56 356 507	6	82 694 459			19	906 884 612
Holandia	1	31 705 178	20	82 862 522	3	9 331 632			24	123 899 331
Irlandia			127	21 300 231	3	1 416 256			130	22 716 488
Izrael			1	3 376 061					1	3 376 061
Kanada			1	2 142 915					1	2 142 915
Kazachstan			1	6 539 035					1	6 539 035
Lichtenstein			1	b.d.					1	b.d.
Litwa	1	64 013 198	5	11 975 912	1	6 721 419			7	82 710 529
Luksemburg					1	62 519 650			1	62 519 650
Łotwa			1	7 761 060					1	7 761 060
Niemcy	4	176 906 574	79	135 021 927	15	107 759 342			98	419 687 843
Norwegia			2	3 585 728	2	17 525 276			4	21 111 004
Rosja			1	39 396 952					1	39 396 952
Rumunia			1	167 133 000					1	167 133 000
Słowacja			5	32 210 682	1	1 740 000			6	33 950 682
Słowenia			1	13 145 175					1	13 145 175
Szwajcaria			51	68 009 616	4	4 425 028			55	72 434 644
Szwecja			25	153 856 200					25	153 856 200
Tajlandia			1	2 900 000					1	2 900 000
Turcja	5	3 755 516 517	2	206 189 793					7	3 961 706 310
USA			5	6 993 965	8	22 028 949			13	29 022 914
Węgry	1	82 984 781	2	1 220 728	2	3 009 810			5	87 215 319
Wielka Brytania			159	96 931 267	14	133 596 078			173	230 527 344
Włochy	3	2 917 652 191	9	1 053 992 360	7	80 794 877			19	4 052 439 428
Razem	31	15 471 473 057	639	2 514 286 817	113	725 516 640	1	300 000	784	18 711 576 515

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

## II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

### Kontrole uprzednie

Sprawy	Liczba	
Wszczęte	394	
Zakończone	404	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	188	47%
Nie stwierdzono naruszeń	125	31%
Stwierdzono naruszenia	91	22%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	3%
zalecenie usunięcia naruszeń	11	12%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	77	85%

### Kontrole doraźne

Sprawy	Liczba	
Wszczęte	38	
Zakończone	38	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	1	3%
Brak naruszeń	2	5%
Stwierdzono naruszenia	35	92%
W tym: zawiadomienie RDFP	0	-

### Kontrole doraźne zawiadomień

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

Sprawy	Liczba	
Wszczęte	11	
Zakończone	10	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	2	20%
Stwierdzono naruszenia	8	80%
w tym:		
uchybień formalne	8	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	4	-

**Postępowania wyjaśniające**

<b>Sprawy</b>	<b>Liczba</b>	
Wszczęte	340	
Zakończone	458	
<b>Wynik</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
przekazane do kontroli	42	9%



### III. Środki ochrony prawnej

#### Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 714	
Rozpatrzone ogółem	2 668	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	206	8%
Odrzucone	58	2%
Umorzone postępowanie	547	20%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	477	18%
Oddalone	775	29%
Uwzględnione	605	23%

#### Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2018 r.	2017 r.
Roboty budowlane	20%	23%
Dostawy	38%	38%
Usługi	42%	39%

#### Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2018 r.	2017 r.
Liczba wniesionych skarg	166	159
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	6%	6%

Przygotował:  
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

***Zespół redakcyjny Informatora UZP:***

<i>Izabela Fundowicz</i>	<i>Joanna Orzeł</i>
<i>Wojciech Michalski</i>	<i>Joanna Chabasiewicz</i>
<i>Katarzyna Furgalska</i>	<i>Karol Kacprzak</i>
<i>pod kierunkiem Anity Wichniak-Olczak</i>	

***KONTAKT:***

***Urząd Zamówień Publicznych***  
***ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa***  
***tel. 458-77-07 fax 458-78-36, [informator@uzp.gov.pl](mailto:informator@uzp.gov.pl)***