



Urząd
Zamówień
Publicznych

**Nowelizacja ustawy
Prawo zamówień publicznych
z dnia 12 października 2012 r.
– wprowadzenie do przepisów ustawy**

**NOWELIZACJA USTAWY
PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Z DNIA 12 PAŹDZIERNIKA 2012 R.
– WPROWADZENIE DO PRZEPISÓW
USTAWY**

pod redakcją:

Jacka Sadowego – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
Brygidy Brańko – zastępcy Dyrektora Departamentu Prawnego
Urzędu Zamówień Publicznych

Warszawa 2013

ISBN: 978-83-88686-09-2

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2013

Łamanie, druk i oprawa



CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

Wydział Wydawnictw i Poligrafii

02-903 Warszawa, ul. Powińska 69/71

e-mail: wydawnictwa@cuw.gov.pl

www.cuw.gov.pl

SPIS TREŚCI

Wejście w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi	5
Powiązanie definicji „roboty budowlane” i „obiekt budowlany” z postanowieniami dyrektyw unijnych dotyczących zamówień publicznych – <i>Joanna Czarnecka</i>	7
Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp – <i>Jacek Sadowy, Brygida Brańko, Olga Starzyk</i>	19
Zmiany w katalogu przesłanek wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu – <i>Olga Starzyk</i>	35
Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego – <i>Wioleta Bajda</i>	45
System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych – <i>Wojciech Pyziak</i>	51
Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych – <i>Jakub Beli</i>	63
Zakres przedmiotowy i podmiotowy stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – <i>Ewa Zglińska</i>	73
Bezpieczeństwo dostaw oraz ochrona informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w czasie realizacji umowy o zamówienie publiczne – <i>Jarosław Niklewicz</i>	91
Tryby udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – <i>Joanna Czarnecka</i>	115
Katalog przesłanek umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienie postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – <i>Joanna Czarnecka</i>	129

Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – <i>Artur Kowalski</i>	135
Pozostałe zmiany w Prawie zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – <i>Wioleta Bajda</i>	143
Orzecznictwo ETS odnoszące się do nowelizacji ustawy Pzp – wybór <i>Joanna Czarnecka</i>	157

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

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

Rządowy proces legislacyjny prac nad nowelizacją ustawy Prawo Zamówień Publicznych znajduje się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1701>) oraz Rządowego Centrum Legislacji (<http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/20055>) Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

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

Rozporządzenia opublikowane w Dzienniku Ustaw:

1. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Poz. 1372).
2. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (Poz. 1361).
3. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Poz. 1360).

Projekty rozporządzeń skierowane na Komitet Stały Rady Ministrów:

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

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

POWIĄZANIE DEFINICJI „ROBOTY BUDOWLANE” I „OBIEKT BUDOWLANY” Z POSTANOWIENIAMI DYREKTYW UNIJNYCH DOTYCZĄCYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Joanna Czarnecka

1. WPROWADZENIE

Nowelizacja ustawy *Prawo zamówień publicznych*¹ (dalej: Pzp) z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych* oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi² obejmuje dwie grupy przepisów. Oprócz regulacji wprowadzających na grunt prawa polskiego przepisy *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE*³ (tzw. dyrektywa obronna) ustawa wprowadza również zmiany, które wychodzą poza implementację dyrektywy obronnej i **mają na celu pełne dostosowanie polskich przepisów w zakresie zamówień publicznych do brzmienia regulacji dyrektywy 2004/18/WE**⁴ (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz z dyrektywy 2004/17/WE⁵ (tzw. dyrektywa sektorowa), przy **uwzględnieniu orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości**. Wśród takich nowych rozwiązań wprowadzonych nowelizacją z dnia 12 października 2012 r., można wymienić m.in. modyfikację definicji „robót budowlanych” oraz definicji „objektu budowlanego”.

2. DEFINICJA ROBÓT BUDOWLANYCH I OBIEKTU BUDOWLANEGO W PRAWIE EUROPEJSKIM

Zgodnie z definicją „**robót budowlanych**” ujętą w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE i odpowiednio art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE, zamówienia na roboty budowlane oznaczają **zamówienia, których przedmiotem jest wykona-**

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

² Dz. U. z 2012 r., poz. 1271.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE

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

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

nie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I (w przypadku dyrektywy 2004/18/WE) i w załączniku XII (w odniesieniu do dyrektywy 2004/17/WE) lub obiektu budowlanego, albo też realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. Przy czym, pod pojęciem „**obiekt budowlany**” należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Jak wskazał Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁶, z art. 1 lit. c) dyrektywy wynika, że **istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych**⁷. Za „obiekt budowlany”, tytułem przykładu, może zatem zostać uznany **budynek spełniający funkcję** teatru, pływalni lub inna budowla, jak np. most czy tunel ale także **zespół czy też kompleks obiektów mających pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną**, jak np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki (pływalnia, sala gimnastyczna, parking itp.). W cytowanym wyżej orzeczeniu za spełniającą samodzielną funkcję gospodarczą Trybunał uznał realizację parku rozrywki, obejmującą kompleks kinowy, lokale usługowe związane z rozrywką, budynek parkingowy i ewentualnie hotel.

Zgodnie z тезami prezentowanymi w literaturze⁸, uwzględnienie możliwości włączenia prac projektowych w zakres zamówienia na wykonanie prac budowlanych oznacza, że zamówienia typu „projekt i budowa” jest definiowane jako zamówienie na roboty budowlane. W przypadkach, w których zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zlecane byłoby osobno, usługi projektowe klasyfikowane byłby odrębnie, jako usługa priorytetowa (kategoria 12) i udzielane w ramach konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub mogłyby być zlecane w drodze konkursu.

3. DEFINICJA ROBÓT BUDOWLANYCH I OBIEKTU BUDOWLANEGO W PZP

W ustawie Prawo zamówień publicznych – w brzmieniu sprzed nowelizacji z 12 października 2012 r. – definicja „robót budowlanych” znajdująca się w art. 2 ust. 8 Pzp wskazywała, że jako „*roboty budowlane*” należy rozumieć *wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r.*

⁶ Orzeczenie C-220/05 z dnia 18 stycznia 2007 r., pkt 41.

⁷ Zob. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, pkt 26.

⁸ Por. P. Trepte „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną”, PHARE 2002/000-580.02.03, Warszawa – Katowice 2006, str. 26.

– *Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.* Powyższa definicja – odwołująca się do zakresu regulacji ujętej w ustawie Prawo budowlane – budziła pewne wątpliwości interpretacyjne w kontekście regulacji zawartych w dyrektywie klasycznej i sektorowej.

W celu zapewnienia pełnej kompatybilności polskich przepisów z zakresu zamówień publicznych odnoszących się do definicji robót budowlanych z definicją zawartą w prawie unijnym, nastąpiła zmiana ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do definicji robót budowlanych pojęć autonomicznych dla zamówień publicznych, wspólnych dla wszystkich państw Unii Europejskiej, pojęć znajdujących zastosowanie wyłącznie na gruncie stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych.

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

- **„obiekcie budowlanym”** – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 ust. 5d Pzp);
- **„robotach budowlanych”** – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizacja obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 ust. 8 Pzp).

Na podstawie art. 2c Pzp Prezes Rady Ministrów określił w drodze rozporządzenia z dnia 3 grudnia 2012 r.⁹, wykaz robót budowlanych, z uwzględnieniem postanowień *dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*. Wykaz robót budowlanych, odwołując się do systematyki robót właściwej dla statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej w Unii Europejskiej, umożliwia zamawiającym opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp, w terminologii kodów CPV jednolitej dla wszystkich krajów Unii Europejskiej.

⁹ Dziennik Ustaw z 2012 r., poz. 1372.

Odejście od definiowania w Prawie zamówień publicznych pojęć „obiekту budowlanego” oraz „robót budowlanych” w oparciu o definicje zawarte w ustawie Prawo budowlane umożliwiło powiązanie ich znaczenia z regulacjami ujętymi w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE. Wprowadzenie nowej definicji robót budowlanych było konieczne z uwagi na fakt, że pojęcie robót budowlanych w rozumieniu dyrektyw unijnych w sprawie zamówień publicznych stanowi **autonomiczne pojęcie prawa unijnego**, a zatem nie może podlegać ocenie z punktu widzenia jego zgodności z ustawą Prawo budowlane ani z żadną inną ustawą wprowadzającą definicje oderwane od siatki pojęciowej regulowanej przepisami dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

Jednocześnie, nowe definicje: „robót budowlanych” oraz „obiekту budowlanego” nie mają wpływu na rozumienie tych pojęć w innych aktach prawnych zawierających ich definicję oraz na interpretację przepisów budowlanych, czy przepisów dotyczących podatków oraz kwalifikowania wydatków.

4. ROZPORZĄDZENIE W SPRAWIE WYKAZU ROBÓT BUDOWLANYCH

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r.¹⁰ w załączniku **zawiera wykaz działalności będących w świetle prawa unijnego robotami budowlanymi**. Treść rozporządzenia jest spójna z załącznikiem I do dyrektywy 2004/18/WE, załącznikiem XII dyrektywy 2004/17/WE oraz z definicją „zamówień na roboty budowlane” ujętą w art. 1 pkt 3 dyrektywy 2009/81/WE¹¹.

Nomenklatura przyjęta w wykazie umożliwia prawidłowy opis przedmiotu zamówienia przy pomocy właściwych kodów CPV.

Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych na gruncie prawa europejskiego ma swoje konsekwencje m.in. dla reżimu udzielania zamówień. Od 1 stycznia 2012 r.¹² Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dotyczące zamówień na roboty budowlane przekazuje się, jeżeli wartość tych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty **5 000 000 euro**.

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

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

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

Załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 roku w sprawie wykazu robót budowlanych zawiera zestawienie działalności, w pełni zgodne z załącznikiem I do dyrektywy 2004/18/WE i załącznikiem XII do dyrektywy 2004/17/WE oraz **odpowiadających NACE**¹³, czyli statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej w Unii Europejskiej. Załącznik podaje dla każdego kodu NACE jego odpowiednik w nomenklaturze CPV¹⁴.

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

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

- a) Grupa 45.1 – Przygotowanie terenu pod budowę
 - Klasa 45.11 – Roboty w zakresie burzenia i rozbiórki obiektów budowlanych; roboty ziemne;
 - Klasa 45.12 – Próbne wiercenia i wykopy;
- b) Grupa 45.2 – Roboty budowlane w zakresie wnoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części; roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej
 - Klasa 45.21 – Budownictwo ogólne oraz inżynieria lądowa i wodna;
 - Klasa 45.22 – Wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych;
 - Klasa 45.23 – Roboty budowlane w zakresie budowy autostrad, dróg, lotnisk i obiektów sportowych;

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

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

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

- Klasa 45.24 – Budowa obiektów inżynierii wodnej;
 - Klasa 45.25 – Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane;
- c) Grupa 45.3 – Wykonywanie instalacji budowlanych
- Klasa 45.31 – Roboty związane z montażem instalacji elektrycznych i osprzętu;
 - Klasa 45.32 – Roboty izolacyjne;
 - Klasa 45.33 – Wykonywanie instalacji cieplnych, wodnych, wentylacyjnych i gazowych;
 - Klasa 45.34 – Wykonywanie pozostałych instalacji budowlanych;
- d) Grupa 45.4 – Wykończeniowe roboty budowlane
- Klasa 45.41 – Tynkowanie;
 - Klasa 45.42 – Zakładanie stolarki budowlanej;
 - Klasa 45.43 – Roboty związane z wykładaniem podłóg i ścian;
 - Klasa 45.44 – Roboty malarskie i szklarskie;
 - Klasa 45.45 – Roboty budowlane wykończeniowe, pozostałe;
- e) Grupa 45.5 – Usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską
- Klasa 45.50 – Usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń.

Załącznik zawierający wykaz robót budowlanych, wprowadzony do prawa polskiego omawianym wyżej rozporządzeniem, ma zastosowanie **wyłącznie na gruncie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych**. A zatem, przedmiotowy załącznik nie będzie miał zastosowania do uregulowanych w Prawie budowlanym kwestii związanych np. z wydawaniem decyzji administracyjnych w budowlanym procesie inwestycyjnym.

Wykaz robót budowlanych ujęty w przedmiotowym rozporządzeniu odnosi się **do wszystkich zamówień publicznych na roboty budowlane**, w tym **także do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa**.

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

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

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

5. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I SZACOWANIE WARTOŚCI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Ponieważ definicje robót budowlanych i obiektu budowlanego wprowadzone do krajowego porządku prawnego nowelizacją z 12 października 2012 r., **stanowią pojęcia autonomiczne dla zamówień publicznych, jako „roboty budowlane” w rozumieniu ustawy Pzp będą określane także świadczenia, które nie odpowiadają pojęciu „robót budowlanych” na gruncie ustawy Prawo budowlane, a które powinny zostać określone podczas szacowania przedmiotu zamówienia jako roboty budowlane.**

Należy podkreślić, że do przedmiotu zamówienia będącego robotami budowlanymi w rozumieniu Pzp, ale niebędącymi robotami budowlanymi w rozumieniu Prawa budowlanego jak np. usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską, **nie znajdują zastosowania zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone w art. 31 ustawy Pzp oraz szacowania wartości zamówienia w oparciu o art. 33 Pzp.** Wobec takich świadczeń opis i szacowanie następuje na zasadach ogólnych, określonych odpowiednio art. 29 i 30 oraz art. 32 ustawy Pzp.

Inaczej sytuacja będzie wyglądała w sytuacji opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 – Prawo budowlane. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych nie ingeruje w materię objętą przepisami dotyczącymi ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane (art. 33 ustawy – Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r). Wraz z wejściem w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych obowiązywać będą nadal te same zasady sporządzania kosztorysów inwestorskich. Fakt, iż dana robota wchodząca w zakres przedmiotu zamówienia i ujmowana w kosztorysie inwestorskim nie zostanie uznana za robotę budowlaną w rozumieniu wskazanego rozporządzenia, nie wpływa na konieczność uwzględnienia wartości kosztorysowej tej roboty w szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Na marginesie należy wskazać, iż na gruncie Prawa budowlanego nie budzi wątpliwości konieczność uwzględniania w wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane np. wartości robót przygotowawczych, które nie stanowią robót budowlanych w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane. W odniesieniu zatem do robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego opis przedmiotu zamówienia powinien nastąpić według dotychczasowych zasad, za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych albo programu funkcjonalno-użytkowego, stosownie do zasad określonych art. 31, zaś szacowanie wartości takich robót powinno nastąpić stosownie do zasad określonych art. 33 ustawy Pzp. Przyjęciu powyższego stanowiska nie przeczy stwierdzenie, że o uznaniu danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane decyduje kwalifikacja przedmiotowa danych robót jako robót ujętych w wykazie wydanym na podstawie art. 2c ustawy Pzp (arg. z art. 2 pkt 8 ustawy Pzp).

Również zastosowanie przepisu art. 6 ust. 1 ustawy PZP nie zmienia zasad sporządzania kosztorysu ofertowego dla zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 33 ustawy Pzp oraz przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. W świetle przepisu art. 6 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku zamówienia obejmującego równocześnie roboty budowlane oraz usługi (zamówienie mieszane), do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. W przypadku zatem zakwalifikowania danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane zgodnie z powyższą zasadą, do ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane znajdą zastosowanie przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.

Szacowanie wartości zamówienia – obiekt budowlany

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d ustawy Pzp przez obiekt budowlany rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub

inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹⁶, **istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych**. A zatem, jak wspomniano powyżej, obiektem może być przykładowo określony budynek spełniający funkcję teatru, pływalni lub inna budowla typu most czy tunel. Jednocześnie, za obiekt budowlany w rozumieniu nowej definicji uznany zostanie także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp. Wobec powyższego, szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić, **zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie**.

Różne rodzaje robót w ramach jednego obiektu budowlanego

Zarówno w sytuacji, gdy w przedmiocie zamówienia jest remont budynku, na który składają się różne rodzaje robót np. wymiana okien, dachu, ogrzewania jak również w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest budowa kilku obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, ale funkcjonalnie ze sobą powiązanych i składających się na jedno zamierzenie budowlane (np. budowa kompleksu składającego się na park rozrywki) – czyli obiektu budowlanego w rozumieniu zmienionych przepisów Pzp, **zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania wartości robót składających się na całe zamierzenie budowlane**.

Wynika to z faktu, że zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d ustawy Pzp przez obiekt budowlany rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, a zgodnie z cytowanym powyżej orzecznictwem ETS, istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych.

¹⁶ Zob. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom, pkt 26.

Rodzajowo podobne roboty budowlane na różnych obiektach budowlanych

W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są jednorodne rodzajowo roboty budowlane np. wymiana dachów na kilku budynkach pozostających w zarządzie zamawiającego, przedmiotem zamierzenia budowlanego powinna być co do zasady całość prac składających się na remonty dachów, bez względu na konieczność pozyskania przez zamawiającego niezbędnych decyzji o pozwoleniu na budowę wymaganych przepisami Prawa budowlanego dla poszczególnych budynków odrębnie.

Roboty remontowe na jednym i kilku obiektach w rozumieniu ustawy Prawo budowlane

Jeżeli celem zamówienia jest wykonanie robót remontowych w obrębie jednego „obektu budowlanego” w rozumieniu prawa budowlanego, wartość robót wykonywanych w ramach tego obiektu powinna podlegać sumowaniu.

W sytuacji, gdy zamawiający dokonuje remontów różnych obiektów budowlanych, przy czym na remonty te składają się różne rodzaje robót np. wymiana okien, malowanie, kładzenie wykładzin, drobne roboty budowlane i instalacyjne, mimo, że niektóre rodzaje robót powtarzają się w różnych obiektach, wartością zamówienia będzie co do zasady wartość robót wykonywanych w obrębie jednego budynku, gdyż dopiero całość prac składających się na roboty budowlane wykonywane w ramach jednego budynku można określić jako jedno spójne zamierzenie budowlane. Taki sposób szacowania wartości zamówienia nie stoi na przeszkodzie łączeniu przez zamawiającego w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego remontów kilku budynków, jeżeli połączenie realizacji zamówienia na kilku obiektach jest uzasadnione względami organizacyjnymi czy finansowymi lub innymi okolicznościami obiektywnie uzasadniającymi takie działanie.

6. PODSUMOWANIE

Podsumowując rozważania dotyczące nowych definicji pojęć „roboty budowlane” i „obiekt budowlany”, należy wskazać że terminologia wprowadzona w wyniku nowelizacji ustawy Pzp dokonanej *ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi* jest w pełni zgodna z regulacjami ujętymi w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych (2004/18/WE, 2004/17/WE oraz 2009/81/WE). Wykaz robót budowlanych, odwołując się do systematyki robót właściwej dla statystycznej kwalifikacji działalności gospodarczej w Unii Europejskiej, umożli-

liwia zamawiającym opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z art. 30 ust. 7 Pzp, w terminologii kodów CPV jednolitej dla wszystkich krajów Unii Europejskiej. Nowe definicje: „robót budowlanych” oraz „obiekty budowlanego” nie mają natomiast wpływu na rozumienie tych pojęć w innych aktach prawnych zawierających ich definicję oraz na interpretację przepisów budowlanych, czy przepisów dotyczących podatków oraz kwalifikowania wydatków. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych nie zmienia również zasad określonych przepisami dotyczącymi ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane, a także zasad sporządzania kosztorysów inwestorskich (art. 33 ustawy – Prawo zamówień publicznych i rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r.).

ZASADY WYBORU WYKONAWCY W ŚWIETLE ART. 22 UST. 5 USTAWY PZP

Jacek Sadowy, Brygida Brańko, Olga Starzyk

1. WSTĘP

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271), zwana dalej „ustawą nowelizującą”, wprowadziła nowy przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia (art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp).

Wprowadzenie powyższego rozwiązania do ustawy Pzp wynikało przede wszystkim ze zgłaszanej potrzeby wzmocnienia mechanizmu weryfikacji wykonawców pod kątem zapewnienia właściwej realizacji zamówień publicznych. Zapewnienie należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym ograniczenie ryzyka związanego z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego leży nie tylko w interesie zamawiającego, ale przede wszystkim w interesie publicznym.

2. CEL WPROWADZENIA ART. 22 UST. 5 DO USTAWY PZP

Wprowadzenie przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp służy wyraźnemu określeniu w ustawie jakiemu celowi mają służyć warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, a mianowicie zapewnieniu realizacji zamówienia przez wykonawcę wiarygodnego, zdolnego do należytego wykonania udzielonego mu zamówienia.

Brak jednoznacznego wskazania w ustawie Pzp celu, jakiemu mają służyć warunki udziału w postępowaniu i jakiemu celowi służy określanie przez zamawiającego sposobu oceny spełnienia przez wykonawcę tych warunków, mógł powodować sytuacje, w których zamawiający traktowali etap oceny podmiotowej wykonawcy wyłącznie jako formalny wymóg procedury udzielania zamówienia, nie wiążąc z nim bezpośrednich konsekwencji dla etapu realizacji zamówienia.

Treść przepisów dotychczas obowiązujących w zakresie warunków udziału w postępowaniu i oceny ich spełnienia nie uległa zasadniczej zmianie od czasu przyjęcia stosownych regulacji jeszcze w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1994 r. Nr 76, poz. 344). Stąd można uznać, że system weryfikacji wykonawców opierał się na regulacjach ustanowionych w I połowie lat 90-tych. Praktyka weryfikacji podmiotowej wykonawców, jaka wykształciła się wśród zamawiających od tego czasu w oparciu o ustawowe regulacje, nie uwzględniała często zasadniczego celu badania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia, skupiając się na jego czysto formalnoprawnym aspekcie. Zamawiający dokonując oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jedynie od strony formalnej, często ograniczali tę weryfikację do samego faktu złożenia przez wykonawcę dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie „spełnia/nie spełnia”. Tego rodzaju praktyka dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomijała jednak zasadniczy cel prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wiarygodnego, dającego gwarancję należytego wykonania umowy zawieranej z wykonawcą w wyniku tego postępowania.¹

Głównym celem weryfikacji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest bowiem uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy. Wiedza taka może być uzyskana poprzez badanie solidności wykonawcy; tego jak sprawdził się on w dotychczas realizowanych umowach zbliżonych do przedmiotu zamówienia, jego kondycji ekonomicznej i finansowej oraz poprzez badanie dostępnego wykonawcy potencjału, który będzie wykorzystany na etapie realizacji zamówienia. Warto przy tym podkreślić, iż dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest ściśle powiązane z uprzednim pozytywnym zweryfikowaniem przez zamawiającego wiarygodności wykonawcy, który tę ofertę złożył. Nie można mówić o dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności, że wybór ten dotyczy wyłącznie sprawdzonego wykonawcy. Powyższe wynika jednoznacznie z definicji legalnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, zgodnie z którą przez postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogło-

¹ Por. J. Sadowy „Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych”, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 10/2012, s. 21 a także J. Sadowy „Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych”, s. 14, w: „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. V Konferencja naukowa. 17–18 września 2012 r., Sopot”, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Wyd. 2, Gdańsk–Warszawa 2012 r.

szenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (...).

Nie można również pomijać faktu, iż większość zamawiających, poza regulacjami zawartymi w ustawie Pzp, podlega także m.in. przepisom ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). W świetle ww. ustawy, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione, oraz oszczędne, czyli zakładające zaangażowanie zasobów finansowych na poziomie w miarę możliwości niskim. Celowe i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi nie może jednak prowadzić do obniżenia standardów uzyskiwanych świadczeń. Wydatkowanie środków publicznych powinno bowiem następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach.

Wprowadzenie poprzez art. 22 ust. 5 do ustawy Pzp wskazania na możliwość dokonywania przez zamawiającego oceny spełniania przez wykonawcę warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także posiadania odpowiedniego potencjału poprzez pryzmat badania jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia związane jest również z faktem udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w zdecydowanej większości podmiotów gospodarczych, trudniących się wykonywaniem działalności w sposób profesjonalny. Przynależność wykonawcy do grona profesjonalistów pociąga za sobą ważne konsekwencje, gdyż od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych działań. Odwołując się do pojęcia profesjonalizmu w obrocie prawnym w kontekście podmiotowej kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, można przytoczyć w szczególności, w związku z treścią art. 14 ustawy Pzp, regulację przepisu art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej „Kodeks cywilny”, zgodnie z którym należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powołany w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego poziom wymagań jest wyższy od przeciętnego, albowiem ustawa zakłada, że podmiot gospodarczy dopełniając czynności związanych z zamierzonym prowadzeniem działalności gospodarczej składa jednocześnie zapewnienie o spełnieniu wszystkich warunków wymaganych w obowiązujących przepisach do prowadzenia takiej działalności gospodarczej, gdyż to właśnie sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności². Przez należyta staranność, o której mowa w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, należy rozumieć określony sposób

² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1990 r., sygn. akt: III CZP 67/90, LEX 3625.

postępowania dłużnika mający prowadzić do spełnienia świadczenia. Prowadzenie przez dłużnika działalności profesjonalnej uzasadnia bowiem zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. W zakresie zobowiązań umownych prymat należy przyznać oczekiwaniom kierowanym pod adresem dłużnika ze względu na treść i przedmiot zobowiązania³.

3. SPOSÓB STOSOWANIA ART. 22 UST. 5 USTAWY PZP

By lepiej zrozumieć i w sposób właściwy skorzystać z możliwości, na jakie wskazuje przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warto w pierwszej kolejności odwołać się do norm prawa europejskiego.

Zgodnie z motywem 39 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”), weryfikacja predyspozycji wykonawców i ich kwalifikacja powinna mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji wykonawców oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełnili wymagane kryteria. W celu zapewnienia przejrzystości postępowania, niezwłocznie po jego wszczęciu instytucja zamawiająca powinna wskazać kryteria kwalifikacji, które będzie stosowała i szczególnie poziom kompetencji, jakiego może ona żądać w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w procedurze udzielania zamówień.

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

Zgodnie natomiast z art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej, do którego treści odwołuje się brzmienie art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, w procedurach udzielania zamówień, których przedmiotem jest dostawa wymagająca wykonania prac związanych

³ E. Gniewek Kodeks cywilny. Komentarz, rok wydania: 2010, Wydawnictwo: C.H. Beck, Wydanie: 4, System Informacji Prawnej Legalis.

z posadowieniem lub prac instalacyjnych, świadczenie usług i/lub wykonanie robót budowlanych, zdolność wykonawców do realizacji powyższych świadczeń może być badana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i solidności. Przepis ten został umiejscowiony w dyrektywie w dziale poświęconym badaniu zdolności technicznej i zawodowej wykonawców w postępowaniach. Warto podkreślić, iż zdanie drugie art. 22 ust. 5 w ustawie Pzp, również dotyczy badania przez zamawiającego tego zakresu, a więc odnosi się co do zasady do badania spełniania przez wykonawców warunków określonych art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do ustawy Pzp, a szczególnie mając na względzie przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, można sformułować następujące wytyczne dla instytucji zamawiających przy podejmowaniu decyzji o sposobie weryfikacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia publicznego:

- a. Celem warunków i opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego w SIWZ. Badanie dokumentów nie jest celem samym w sobie a środkiem do realizacji celu zasadniczego – wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy.
- b. Zamawiający może w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określać **kryteria** weryfikacji predyspozycji wykonawcy, a także określać **poziom minimalny** uznawania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp. Przykładowo, „niewywiązywanie się ze swych dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa posiadanie poziomu kwalifikacji, kompetencji i rzetelności wymaganego dla należytego wywiązywania się z zobowiązań przy realizacji udzielanego zamówienia” może stanowić kryterium weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie wyklucza to jednoczesnej możliwości żądania wykazania się określonym (bardziej precyzyjnym) minimalnym poziomem zdolności do wykonania zamówienia, ale wskazanie tego poziomu nie jest obligatoryjne. Ustawodawca pozostawia w tym zakresie swobodę instytucji zamawiającej.
- c. Katalog kryteriów za pomocą których zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jest katalogiem otwartym. Przesądza o tym użyty w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp zwrot „w szczególności”. Nie ulega wątpliwości, iż możliwość kierowania się kryteriami, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosi się do wszystkich zamówień na usługi

oraz roboty budowlane, a w przypadku dostaw dotyczy szczególnie świadczeń związanych z instalacją lub rozmieszczeniem.

- d. Ustawa Pzp, jak i dyrektywy, nie wymagają, by kryteria weryfikacji wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków, zawsze były wyrażane w sposób wymierny (np. liczbowy lub procentowy); mogą mieć one zatem charakter przesłanek lub wytycznych (jak np. w powyżej wskazanym pkt b), które zamawiający przyjmie przy weryfikacji informacji zawartych w dokumentach złożonych przez wykonawcę. Z uwagi na indywidualny charakter podejmowanych decyzji przez instytucję zamawiającą, uzależniony od okoliczności faktycznych związanych z sytuacją danego wykonawcy na podstawie złożonych dokumentów, właściwe weryfikowanie potencjału wykonawcy poprzez „z góry” narzucone w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz jednoznaczne kryteria może okazać się niekiedy niemożliwe lub prowadzić do istotnego i nieuprawnionego ograniczenia konkurencyjności w danym postępowaniu.

Ważne jest jednak, by w celu zapewnienia przejrzystości prowadzonego postępowania przyjęte przez zamawiającego kryteria weryfikacji znane były wykonawcom od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, informacja o warunkach udziału w postępowaniu oraz o opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc także o przyjętych kryteriach weryfikacji wykonawców, powinny zostać zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.

- e. Kryteria weryfikacji i ustalony przez zamawiającego minimalny poziom wymagań, który powinien być przez wykonawcę osiągnięty w celu ustalenia spełniania przez niego warunków podmiotowych, powinny być, zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

„Związanie z przedmiotem” oznacza, że zamawiający nie może opisywać sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przedmiotu i zakresu danego zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądaných umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia⁴.

Ustalenie kryteriów i minimalnego poziomu wymagań w sposób „proporcjonalny” powinno być uzasadnione przede wszystkim celem warunków i ich opisu wskazanym w zdaniu pierwszym art. 22 ust. 5 ustawy, a więc powinno być podyktowane

⁴ J. Sadowy „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie.” w: Prawo Zamówień Publicznych po zmianach z 2009 r., wyd. Urząd Zamówień Publicznych 2010; <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:456;komentarze.html>

dążeniem do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu niedyskryminującego dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Ustalając minimalny poziom wymagań zamawiający powinien przede wszystkim ocenić, czy przyjęty poziom wymaganych kompetencji nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawcom zdolnym do zrealizowania zamówienia.

Kryteria weryfikacji i ewentualnie ustalony przez zamawiającego minimalny poziom wymagań powinien być zatem powiązany z warunkami przyszłej umowy i sposobem realizacji zamówienia. Przykładowo, w sprawach 27-29/86 *CEI i Bellini*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał za dopuszczalną możliwość weryfikowania wykonawcy w oparciu o zakres zobowiązań realizowanych przez niego w tym samym czasie. Trybunał wskazał, że łączna wartość zamówień na roboty budowlane udzielonych danemu wykonawcy może być użytecznym czynnikiem przy ustalaniu kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w odniesieniu do jego przyszłych obowiązków (w trakcie wykonywania zobowiązań umownych). Innymi słowy, zamawiający może dokonywać oceny zdolności finansowej wykonawcy przez pryzmat zaciągniętych przez niego zobowiązań finansowych, związanych z realizacją wielu przedsięwzięć równocześnie, co z kolei ma zapobiegać podejmowaniu się przez indywidualnych wykonawców realizacji zamówień wykraczających poza ich możliwości.

- f.** Jeżeli wykonawca nie wykazał odpowiedniego poziomu wiedzy, potencjału technicznego, osobowego i finansowego, wskazujących na jego zdolność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, w tym odpowiedniego poziomu doświadczenia i potencjału badanego z zastosowaniem kryteriów określonych w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, przesłankę wykluczenia wykonawcy stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a więc niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W takim przypadku, zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy, zamawiający zawiadamia o wykluczeniu wykonawcę podając uzasadnienie faktyczne i prawne, a więc w tym przypadku powody dla których uznał, iż wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia publicznego. Od decyzji o wykluczeniu wykonawcy przysługuje prawo do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) niezależnie od wartości udzielanego zamówienia (od 14 tys. euro), do której należy dokonanie oceny o zasadności uznania danego wykonawcy jako nie dającego gwarancji należytego wykonania zamówienia.

- g.** Wymagania podmiotowe stawiane wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz sposób wykazania ich spełnienia przez danego wykonawcę we wniosku lub ofercie stanowią istotne postanowienia dla udzielania zamówienia i powinny mieć odzwierciedlenie także w postanowieniach zawieranej umowy o zamówienie. Tak, jak istotne elementy umowy

podawane przez zamawiającego w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy) następnie uzupełniane są o warunki proponowane przez wykonawcę w ofercie (np. cenę) tak samo w umowie co do zasady powinny znaleźć się postanowienia dotyczące dysponowania przez wykonawcę odpowiednim potencjałem wykazywanym na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, które powinny następnie być egzekwowane przez zamawiającego w trakcie realizacji umowy.

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

Zgodnie z literalnym znaczeniem, „rzetelny” to „1. «wypełniający należycie swe obowiązki» 2. «taki, jaki powinien być, odpowiadający wymaganiom» 3. «zgodny z prawdą, wiarygodny»”⁵. Przez „rzetelność” na gruncie zamówień publicznych należy zatem rozumieć w szczególności solidne i sumienne wywiązywanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań. Wymagany od wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności jest związany z zazwyczaj profesjonalnym charakterem prowadzonej przez niego działalności i obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią i zasadami związanymi z solidnością działań w ramach wykonywanej profesji. W związku z powyższym, niewywiązanie się przez wykonawcę z uprzednio zaciągniętych zobowiązań związane z poważnym uchybieniem zasadom wykonywania profesji może być oceniane w aspekcie nieposiadania przez wykonawcę wystarczającej wiedzy i doświadczenia do realizacji danego zamówienia publicznego, gdyż aspekt wiedzy i doświadczenia powinien być analizowany nie tylko w kontekście należycie wykonanych zobowiązań potwierdzonych stosownymi dokumentami, ale również zamówień nienależycie zrealizowanych, które podważają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warto bowiem podkreślić, iż samo wykazanie przez wykonawcę dysponowania wymaganym potencjałem w oderwaniu od innych aspektów wykonywanej przez niego działalności gospodarczej nie daje gwarancji należytego wykonania zobowiązania.

„Efektywność”, zgodnie z literalnym znaczeniem, to dawanie dobrych wyników, sprawność, skuteczność, wydajność⁶. Poprzez kryterium „efektywności”, o której mowa w art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, należy zatem rozumieć w szczególności ilość przedsięwzięć, w których brał udział wykonawca, w których osiągnął on zamierzone rezultaty w optymalnym, określonym czasie, i np. przy braku dodatkowego wsparcia finansowego. Zamawiający może zatem uwzględniać m.in. efekty dotychczasowej realizacji zamówienia publicznego wynikające np. z organizacji pracy wykonawcy,

⁵ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/rzetelność>

⁶ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/efektywność>

użytej przy realizacji zamówienia technologii, czy też przyjętego sposobu zarządzania przedsięwzięciem. Innymi słowy, poprzez kryterium efektywności zamawiający będzie mógł badać sprawność dotychczas realizowanych przez wykonawcę zamówień i umiejętność osiągnięcia zamierzonego rezultatu. W ten sposób zamawiający będzie w stanie ocenić, czy wykonawca zapewni efektywność realizacji zamówienia, o udzielenie którego się ubiega.

4. DOKUMENTY SKŁADANE PRZEZ WYKONAWCĘ W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU OCENIANYCH PRZEZ PRYZMAT KRYTERIÓW Z ART. 22 UST. 5 USTAWY PZP

Zamawiający bada zdolność wykonawcy do należytej realizacji zamówienia poprzez kryteria i wymagania wskazane w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, na podstawie przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów.

Zakres żądanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, wydane na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Konieczność wydania przedmiotowego rozporządzenia związana jest przede wszystkim z nowym brzmieniem upoważnienia do wydania rozporządzenia, w związku ze zmianami ustawy Pzp dokonanyymi ustawą nowelizującą.

W rozporządzeniu w sprawie dokumentów zostały wprowadzone mechanizmy umożliwiające realizację celu wyrażonego w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, czyli wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Dlatego też, w nowym rozporządzeniu rozszerzono uprawnienie zamawiających do weryfikowania zdolności wykonawcy do właściwego wykonania zamówienia, co służyć ma zwiększeniu bezpieczeństwa realizacji inwestycji publicznych.

Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe. Stosownie do treści § 9 ust. 2 rozporządzenia, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw lub usług oraz wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określone

w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów. Tym samym, obok poświadczeń wystawionych przez właściwy organ wykonawca przez kolejny rok może przedkładać także inne dowody należytego wykonania zamówień, które w świetle uchylonego rozporządzenia miały charakter równoważny.

Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp, przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia brany był pod uwagę fakt wykonania w przeszłości zamówień odpowiadających podanemu przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisowi oceny jego spełnienia, weryfikowany na podstawie załączonych do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu różnorodnych dokumentów potwierdzających realizację zamówienia w sposób należyty (w przypadku dostaw lub usług) albo zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony (w przypadku robót budowlanych). Z przepisów powszechnie obowiązujących nie wynikał wymóg określonej treści i postaci dokumentów składanych na potwierdzenie odpowiedniego wykonania zamówienia. W praktyce, najczęściej spotykanymi dokumentami składanymi przez wykonawców na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia były referencje, a więc wystawione przez odbiorcę świadczenia wykonawcy oświadczenia potwierdzające zrealizowanie zamówienia w sposób właściwy, zgodny z umową, bez zastrzeżeń. Jednak z ugruntowanego orzecznictwa i poglądów doktryny wynikało, iż również inne dokumenty, takie jak protokoły zdawczo – odbiorcze, mogły stanowić dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia.

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

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

tów, które wykażą, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego dysponuje zasobami umożliwiającymi mu przyszłą realizację danego zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

W kontekście wprowadzenia art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, zakres zasadniczych zmian w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów obejmuje:

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

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

W zakresie robót budowlanych zamawiający jest uprawniony żądać wykazu **wszystkich** robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania. Podkreślić należy, że do wykazu wykonawca ma obowiązek dołączyć dowody dotyczące jedynie **najważniejszych robót budowlanych** określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. O ile zamawiający nie zastrzeże inaczej na podstawie § 1 ust. 4 rozporządzenia, to do wykonawcy należy określenie, które z robót budowlanych widniejących w wykazie uznaje za „najważniejsze”.

W zakresie dostaw i usług zamawiający będzie mógł żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, **głównych dostaw lub usług**, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Z uwagi na często występującą w przypadku dostaw i usług znaczną ilość zrealizowanych świadczeń, wykonawca nie będzie zobowiązany do przedstawienia wszystkich dostaw lub usług w wykazie, ale będzie mógł ograniczyć zakres wykazu do informacji o głównych dostawach lub usługach. Co do zasady, określenie zrealizowanych dostaw lub usług

jako głównych, jest pozostawiony wykonawcy, o ile zamawiający nie zastrzeże inaczej na podstawie § 1 ust. 4 rozporządzenia.

Zgodnie z § 1 ust. 4, zamawiający ma uprawnienie doprecyzowania robót budowlanych, dostaw lub usług, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub doprecyzowania zakresu składanych poświadczeń. Tym samym, przepis ten umożliwia sprecyzowanie przez zamawiającego zakresu przedmiotowego wykazu robót, ale także wykazów głównych dostaw lub usług charakteryzujących się określonymi przez zamawiającego cechami, które są dla niego istotne z punktu widzenia przyszłej realizacji danego zamówienia, a także zakresu żądanych poświadczeń.

Doprecyzowanie żądanych dokumentów powinno zostać dokonane w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, tak by nie ograniczać w sposób nieuzasadniony wykonawcom prawa do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym, zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony ograniczać możliwości udowodnienia wykonawcom zdolności do wykonywania zamówienia, ograniczając im w sposób dyskryminujący dostęp do zamówienia publicznego. Inaczej mówiąc, im większa możliwość wskazywania informacji w wykazach, tym też większa szansa wykonawcy wykazania zdolności do realizacji zamówienia.

Przepis § 1 ust. 4 ustanowiono w celu uzyskania pełnego zakresu informacji, interesującego zamawiającego z punktu widzenia realizacji przyszłej umowy, na temat działalności zawodowej wykonawcy oraz w celu umożliwienia dokonania przez zamawiającego wszechstronnej weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Dzięki temu uregulowaniu możliwie jest w sposób jednoznaczny żądanie ujawniania poprzez wykazy robót budowlanych dostaw lub usług umów, które nie były wykonane należycie. Pozwoli to zamawiającemu na zweryfikowanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy i w efekcie umożliwi pełną weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

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

Zgodnie z § 1 ust. 2 dowody, czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz dowody, czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, mają postać:

- poświadczeń – w przypadku wszystkich rodzajów zamówień;

- innych dokumentów – w przypadku zamówień na roboty budowlane;
- oświadczeń wykonawcy – w przypadku zamówień na dostawy lub usługi.

Rozporządzenie w sprawie dokumentów wprowadza prymat dowodów w postaci poświadczeń wystawianych przez odbiorców świadczeń, na rzecz których wykonawca odpowiednio – zrealizował lub realizuje zamówienia, które są podstawowym źródłem informacji zamawiającego o dotychczasowym sposobie realizacji zamówień przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Przez „poświadczenie” należy rozumieć dokument potwierdzający określone fakty lub wiedzę wystawcy, którego wystawcą nie jest wykonawca. Poświadczeniem będą zatem zarówno dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane (w przypadku dostaw lub usług), np. referencje, jak i dokumenty wystawione przez inny podmiot, który posiada kompetencje, by poświadczyć określone fakty.

Istotne jest, iż poświadczenia nie mają „terminu ważności”, tym samym wykonawca będzie mógł posłużyć się poświadczeniem wydanym w ciągu 5 lat przed upływem terminu na składanie ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w postępowaniu o udzielania zamówienia na roboty budowlane i 3 lat przed upływem terminu na składanie ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielanie zamówienia na dostawy lub usługi. Jedynie w przypadku nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych, poświadczenie powinno zostać wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Gdy wykonawca z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, dowodami, w przypadku robót budowlanych, określającymi czy zostały one wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, są dokumenty inne niż poświadczenie. Inne dokumenty w rozumieniu § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tak jak i poświadczenia, służyć mają weryfikacji przez zamawiającego, czy wskazane przez wykonawcę w wykazie roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z wszelkimi normami prawnymi i technicznymi mającymi zastosowanie w budownictwie, przy dochowaniu należytej staranności oraz według najlepszej, profesjonalnej wiedzy. Dowody takie mogą pochodzić od podmiotów, na rzecz których zamawiający wykonał roboty oraz od organów administracji właściwych do zatwierdzania odbioru wykonanych obiektów budowlanych. Natomiast, w przypadku zamówień na dostawy lub usługi dowodem zastępującym w wyżej wskazanych okolicznościach poświadczenie jest oświadczenie wykonawcy.

Przesłanką przyjęcia przez zamawiającego powyżej wymienionych dowodów, niejako zastępujących poświadczenie, będzie wykazanie przez wykonawcę, iż brak poświadczenia jest skutkiem i następstwem przyczyn o obiektywnym charakterze.

W sytuacji gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania ww. dowodów (§ 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Przepis ten ma na celu zapobieżenie sytuacjom żądania przez zamawiającego informacji o faktach, które i tak są mu znane z racji tego, iż był on odbiorcą zrealizowanych przez wykonawcę zamówień. Przepis ma zatem na celu likwidację zbędnych obciążeń biurokratycznych.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż złożenie innego dokumentu albo oświadczenia w miejsce poświadczenia umożliwia zamawiającemu zwrócenie się, zgodnie z przepisem § 1 ust. 5, do podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio zamawiającemu. Przedmiotowa regulacja powinna zapobiec składaniu przez wykonawców oświadczeń nieprawdziwych, w tym oświadczeń o wykonaniu robót budowlanych, dostaw lub usług, które nie miały miejsca.

Przepis § 1 ust. 5 uprawnia także zamawiającego, w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą jego wątpliwości, lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów, bezpośrednio zamawiającemu. Tym samym, źródłem wiedzy na temat „rzetelności” wykonawcy nie musi być wyłącznie ten wykonawca. Zamawiający dokonując weryfikacji wykonawcy może opierać się także na innych dowodach posiadanych z urzędu lub uzyskanych w trybie cyt. przepisu.

Z oczywistych względów wykonawca wskazujący w wykazie zamówienia zrealizowane nienależycie nie może przedłożyć poświadczenia „należytego” ich wykonania. Sama niemożność złożenia takiego poświadczenia nie może stanowić automatycznego uzasadnienia dla wykluczenia wykonawcy, lecz powinna stać się przedmiotem badania zamawiającego, czy ujawniony fakt wskazuje ewentualnie na brak wystarczających kompetencji wykonawcy do wykonania udzielanego zamówienia w oparciu m.in. o informacje uzyskane od właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane.

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

Stosownie do treści § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać :

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Pomimo, iż z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika obowiązek wykonawcy do udowodnienia, że będzie on dysponował określonymi zasobami podmiotu trzeciego, oraz, że będzie mógł z nich skorzystać na podstawie łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim stosunku, ze względu na brak jednolitej wykładni tego przepisu prezentowanej w orzecznictwie, uzasadnione jest rozwinięcie i sprecyzowanie tej kwestii także w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Należy zauważyć, iż w odniesieniu do dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotów trzecich, na których zasoby będzie powoływał się wykonawca w celu wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający odpowiednią informację o zakresie żądanych dokumentów zamieszcza już w ogłoszeniu o zamówieniu. Stosownie do treści § 1 ust. 6 pkt 1 rozporządzenia

w sprawie dokumentów, oprócz dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt 9–11 tego rozporządzenia, takich jak sprawozdanie finansowe, informacja banku, polisa ubezpieczeniowa, zamawiający może żądać także innych dokumentów, gdyż katalog określony rozporządzeniem w tym zakresie ma charakter otwarty. Zamawiający może zatem zażądać w ogłoszeniu o zamówieniu, by w przypadku, gdy wykonawca będzie polegał na zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotów trzecich celem wykazania spełniania w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu, wykonawca przedstawił np. dokumenty o odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i podmiotu, na którego zasoby ekonomiczne i finansowe powołuje się. Uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentu dotyczącego odpowiedzialności solidarnej wykonawcy z innym podmiotem, na którego potencjał finansowy i ekonomiczny wykonawca się powołuje, wynika z kodeksu cywilnego (art. 369 k.c.), do którego stosowania ustawa Pzp w zakresie nieuregulowanym ustawą odsyła, a także uprawnienie takie zostało przewidziane w motywie 45 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE.

Zamawiający nie ma natomiast obowiązku sprecyzowania w ogłoszeniu o zamówieniu rodzajów dokumentów, jakich zażąda na potwierdzenie dysponowania przez wykonawcę zasobami podmiotów trzecich w pozostałym zakresie (§ 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów), jeżeli wykonawca na taki będzie się powoływał, ponieważ stosowane żądanie jest możliwe do sformułowania dopiero na etapie badania dokumentów już złożonych przez wykonawcę.

Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy. Jeżeli z niego korzysta, zobowiązany jest zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykazać, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Z przepisu tego wynika, iż wykonawca musi po pierwsze: wskazać zasoby którymi będzie dysponował, a zamawiający powinien ocenić, czy są one wystarczające do należytego wykonania zamówienia, a po drugie: wykonawca zobowiązany jest wykazać dostępność tych zasobów, a więc określić m.in. stosunek łączący go z podmiotem trzecim. Jeżeli w ocenie zamawiającego informacje są niewystarczające, tj. zamawiający uznaje, iż wykonawca w niewystarczający sposób udowodnił dysponowanie niezbędnymi dla należytego wykonania zamówienia zasobami podmiotów trzecich, może żądać właściwych dowodów, a w szczególności dotyczących zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Należy podkreślić, że zamawiający dokumentów tych nie ma obowiązku wskazania z góry w ogłoszeniu, albowiem zakres żądanych informacji zależy m.in. od tego, czy wykonawcy skorzystają z uprawnienia odwołania się do zasobów innych podmiotów, w jakim zakresie i jakie dowody przedstawiają. Zamawiający będzie zatem żądał złożenia stosownych dowodów w zakresie niezbędnym do udowodnienia, iż wykonawca dysponuje zasobami niezbędnymi dla należytego wykonania danego zamówienia, w zależności od okoliczności danego przypadku.

ZMIANY W KATALOGU PRZESŁANEK WYKLUCZANIA WYKONAWCÓW Z UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Olga Starzyk

1. MODYFIKACJA PRZESŁANKI WYKLUCZENIA Z ART. 24 UST. 1 PKT 1 USTAWY PZP

Na podstawie nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Dokonana ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271) modyfikacja art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polega na wprowadzeniu dwóch zmian:

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

W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie nowej treści art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający wykluczał z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającym szkodę nawet w nieznacznej wysokości, jeśli poniesiona szkoda została potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. Po wejściu w życie nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie każde wyrządzenie szkody stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na gruncie nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tylko wyrządzenie szkody, czy też zasądzony obowiązek zapłaty kary umownej, która jest nie mniejsza niż 5% wartości realizowanego zamówienia, jest sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu. Wprowadzenie progu 5% ma na celu wyeliminowanie sytuacji nakładania daleko idącej sankcji w postaci trzyletniego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego za nieistotne uchybienie zobowiązaniom

umownym. Podkreślenia wymaga, iż próg 5% odnosi się do obydwu przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wyrządzenia szkody, jak i obowiązku zapłaty kary umownej. Powyższa zmiana ma zapewnić aby sankcja wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie wymienionego przepisu była proporcjonalna w stosunku do niedopełnienia przez wykonawcę zobowiązaniom wynikającym z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Orzeczeniem sądowym potwierdzającym wyrządzenie szkody albo obowiązek zapłaty kary umownej, pociągającym za sobą konieczność wykluczenia wykonawcy są wyroki i nakazy zapłaty wydane na skutek uwzględnienia powództwa zamawiającego albo oddalenia powództwa wykonawcy o zapłatę, odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy albo zapłaty kary umownej w wysokości przekraczającej 5% wartości udzielonego wykonawcy zamówienia publicznego¹. Inne niż orzeczenia sądowe dokumenty ani środki dowodowe nie mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego przy dokonywaniu oceny wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozszerzenie katalogu przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o obowiązek zapłaty kary umownej potwierdzony prawomocnym orzeczeniem sądowym wynika z dążenia ustawodawcy do jak najszerzego zagwarantowania realnego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynie bowiem wykonanie umowy zgodnie z jej treścią, w szczególności poprzez dopełnienie przez dłużnika wszelkich obowiązków, które przyjął na siebie w umowie, zapewnia osiągnięcie celu zobowiązania umownego. Zastrzeżenie kary umownej w umowie w sprawie zamówienia publicznego można odnieść do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności, jak również może ono zostać powiązane z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, np. ze zwłoką w spełnieniu świadczenia czy wadliwością jego przedmiotu². Innymi słowy, kara umowna może zostać związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania w ogólności, jak również z indywidualnie oznaczonymi przejawami naruszenia zobowiązania. Kara umowna wynika z faktu zaniechania prawidłowej realizacji obowiązków, które przyjął na siebie wykonawca zawierający umowę w sprawie zamówienia publicznego, dlatego też w kontekście obowiązku wykluczenia z udziału w postępowaniu pozycja takiego wykonawcy została zrównana z położeniem wykonawcy, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie. Nowe brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi zatem wyraz realizacji zasady równego traktowania wykonawców. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania zakłada, że porównywalne sytuacje

¹ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych w wersji skierowanej na konsultacje społeczne i uzgodnienia międzyresortowe, str. 72, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1636>

² Z. Gordon „Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych”, w: „Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych” pod red. E. Adamowicz, J. Sadowego, wyd.: Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2012 r., str. 189.

nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA* i cytowane tam orzecznictwo). W świetle tej zasady, zrównano sytuację wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającemu szkodę nie realizując zamówienia publicznego lub realizując je nienależycie, a szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądowym z sytuacją wykonawców, którzy w wyniku realizacji zamówienia niezgodnej z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego zostali obarczeni obowiązkiem zapłaty kary umownej, potwierdzonym prawomocnym orzeczeniem sądowym. Zmiana powyższego przepisu stanowi również przejaw zasady równego traktowania, wynikającej z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³.

W związku z powyższym podkreślenia wymaga, iż prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień, co do zasady, gospodarują środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, co następuje jednak w ramach realizacji budżetu z wszelkimi tego konsekwencjami natury prawnej. Nie ulega wątpliwości, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który stracił wiarygodność z uwagi na niesolidną realizację obowiązków wynikających z umów, potwierdzoną orzeczeniem sądowym, może zagrażać nie tylko realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również godzi w podstawowe zasady wydatkowania środków publicznych. Większość zamawiających ma bowiem obowiązek wydatkowania środków publicznych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). W świetle art. 5 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy, jeśli zamawiający przewidział w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej, to w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w umowie, jest on zobowiązany ją pobrać od wykonawcy. W przeciwnym razie, zaniechanie wyegzekwowania kary umownej będzie skutkowało dla zamawiającego zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych⁴. Z uwagi na powyższe, rozszerzenie sankcji w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawców zobowiązanych do zapłaty kary umownej w wysokości minimum 5% realizowanego zamówienia, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, uprawomocnionym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, wynika

³ Dr P. Sobolewski, ekspert ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych, Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją i systemem prawa zmiany art. 24, art. 54 oraz art. 154c Prawa zamówień publicznych w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (druk nr 455).

⁴ Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 19 listopada 2007 r., sygn. akt: DF/GKO-4900-57/61/RN-20/07/2356.

również ze szczególnego reżimu prawnego obejmującego zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych.

Warto również podkreślić, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 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 (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm., zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”). Na tle wykładni przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy klasycznej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. (sprawa C – 465/11 *Forposta i ABC Direct Contact*) orzekł, iż niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można, co do zasady, uznać za wykroczenie zawodowe, a pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Jednocześnie Trybunał podkreślił, iż stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. Przenosząc powyższe na grunt przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż przepis ten nie może być interpretowany w sposób skutkujący automatycznym wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu niewywiązywania się z wcześniejszych zobowiązań umownych.

2. DOPRECYZOWANIE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA Z ART. 24 UST. 2 PKT 1 USTAWY PZP

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

3. WYKLUCZANIE WYKONAWCÓW Z UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ZE WZGLĘDU NA PRZYNALEŻNOŚĆ DO TEJ SAMEJ GRUPY KAPITAŁOWEJ

Dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej została zawarta w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepisem tym wprowadzono dla zamawiających, co do zasady, obowiązek wykluczenia wykonawców,

którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożą odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu.

Na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp udział w postępowaniu wykonawców tworzących grupę kapitałową rozpatrywany był pod kątem przesłanki odrzucenia oferty wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecnictwie wielokrotnie podkreślano jednak, iż samo złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej, nie może stanowić podstawy do automatycznego odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu⁵. Obowiązujące w tym zakresie przepisy były jednak niewystarczające i nie chroniły w pełni prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udział w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej może bowiem doprowadzić do ograniczenia konkurencyjności między wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie i może stawiać w gorszej pozycji wykonawców spoza tej grupy.

Wprowadzenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi wyraz wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu postępowania poprzez ograniczenie sytuacji, w których w jednym postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składają przedsiębiorcy tworzący jeden podmiot gospodarczy.

W świetle art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 r. Nr 50, poz. 331), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”, do przepisów której odsyła art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, grupę kapitałową stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. Przedsiębiorca kontrolujący również wchodzi w skład tej grupy kapitałowej. Grupa kapitałowa składa się więc z przedsiębiorcy dominującego (w rozumieniu definicji legalnej z art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) oraz przedsiębiorców od niego zależnych. Z art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, iż przez przejęcie kontroli należy rozumieć wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Ustawodawca wskazał, iż uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a. dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo

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

- użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b. uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - c. członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
 - d. dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
 - e. prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
 - f. umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Podkreślenia wymaga, iż katalog sytuacji, w których dochodzi do przejęcia kontroli nie jest katalogiem zamkniętym.

W doktrynie wskazuje się, iż istotą grupy kapitałowej jest wspólne działanie podmiotów posiadających odrębną osobowość prawną, przy jednoczesnym braku posiadania takiej osobowości przez utworzoną przez te podmioty grupę kapitałową. W ramach grupy kapitałowej przedsiębiorca dominujący ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność zarówno przedsiębiorców zależnych bezpośrednio, jak również przedsiębiorców zależnych pośrednio. Przedsiębiorca dominujący stojący na czele grupy kapitałowej stanowi zatem ośrodek decyzyjny, gdzie zapadają decyzje istotne dla funkcjonowania tej grupy, czyli wchodzących w jej skład przedsiębiorców. Pomimo tego, że grupę tworzą odrębni w sensie prawnym przedsiębiorcy, nie można mówić w tym przypadku o faktycznej niezależności, która występowałaby pomiędzy nimi. W związku ze wspólnym działaniem podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, traktowana jest ona na potrzeby prawa antymonopolowego zasadniczo jako jeden organizm gospodarczy⁶. Ponadto, przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej, jako uczestnicy jednego podmiotu gospodarczego zazwyczaj nie konkurują ze sobą, co z kolei może doprowadzić do wystąpienia negatywnych zjawisk w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zachwia-

⁶ C. Banasiński, E. Piontek „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, System Informacji Prawnej Lex Polonica.

nia zasady rzeczywistej konkurencyjności tych postępowań, takich jak np. tzw. zmowy cenowe.

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, zasadniczo będą podlegać wykluczeniu, chyba że udowodnią zamawiającemu, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie wpływają negatywnie na uczciwą konkurencję. Nowe uregulowanie prawne przewidujące dodatkową przesłankę wykluczenia umożliwia zatem wykonawcom należącym do tej samej grupy kapitałowej wykazanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Brzmienie tego przepisu stanowi odzwierciedlenie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości wyrażonego w wyroku z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07 (*Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano*), w którym Trybunał podkreślił, iż generalne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. W ocenie Trybunału, uregulowanie krajowe oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami. Trybunał zwrócił również uwagę, iż grupy kapitałowe spółek mogą przybierać w obrocie prawnym różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

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

Zamawiający jest zobligowany do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień oraz wykonawcy, który nie złożył listy. Przepis art. 24b ust. 2 ustawy Pzp wprowadza nie wprowadza precyzyjnych wskazówek, jakie zachowania wykonawców w postępowaniu skutkować powinny odstąpieniem od obowiązku wykluczenia z udziału w postępowaniu, w związku z czym należy przyjąć, iż zamawiający w konkretnych okolicznościach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, każdorazowo będzie ocenił wpływ powiązań z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy na zachowanie wykonawców w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07 (*Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano*) wynika, iż samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania. Ustalenie bowiem czy rozpatrywany stosunek zależności miał wpływ na treść ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego powinien dokonać zamawiający, przeprowadzając szczegółową analizę całokształtu dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawców wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej, złożonych w postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przedłożonych wyjaśnień. Dopiero ustalenie i prawidłowa ocena takiego wpływu, niezależnie jaką postać przybierze, uzasadnić może wykluczenie z udziału w postępowaniu tych wykonawców. Na konieczność przeprowadzenia wnikliwej analizy zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu wskazał również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. (sprawa C – 465/11 *Forposta i ABC Direct Contact*).

Z art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24b ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcach biorących udział w postępowaniu spoczywa ciężar wykazania, iż istniejące między wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu. Ustawa Pzp nie ogranicza możliwości przedkładania środków dowodowych w celu wykazania braku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do listy albo informacji o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej zastosowanie znajdzie regulacja art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co wynika z odesłania zawartego w art. 26 ust. 2d zd. 2 ustawy Pzp.

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

DIALOG TECHNICZNY JAKO INSTRUMENT SŁUŻĄCY IDENTYFIKACJI POTRZEB ZAMAWIAJĄCEGO

Wioleta Bajda

1. REGULACJA DIALOGU TECHNICZNEGO

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: Pzp) wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi² przeniosła na grunt polskich przepisów o zamówieniach publicznych regulację dotyczącą dialogu technicznego. Jakkolwiek dialog techniczny mógł być dotychczas prowadzony w oparciu o unormowania wynikające wprost z dyrektywy 2004/18/WE³ (tzw. dyrektywy klasycznej), dyrektywy 2004/17/WE⁴ (tzw. dyrektywy sektorowej), jak i samej ustawy Pzp, która nie wykluczała możliwości korzystania przez zamawiających z profesjonalnego doradztwa na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to uregulowania te – ze względu na swój ramowy charakter – powodowały, że zamawiający niechętnie sięgali po tę formę konsultowania dostępnych na rynku technologii/produktów w celu identyfikacji własnych potrzeb.

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

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

² Dz.U. poz. 1271.

³ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 114).

⁴ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004, str. 1).

Nowa regulacja ustawowa odnosząca się do dialogu technicznego jasno określa cele, jakim służyć mają konsultacje z rynkiem, sposób prowadzenia i zakres dialogu technicznego, czyniąc z dialogu technicznego przejrzysty i elastyczny instrument pozwalający zamawiającemu na skonfrontowanie z rynkiem swoich oczekiwań i potrzeb. Z uwagi na fakt, że dialog techniczny nie stanowi z formalnego punktu widzenia odrębnego trybu postępowania kończącego się wyborem konkretnego wykonawcy, a jedynie odformalizowaną platformę komunikacji na linii zamawiający – doradcy lub podmioty potencjalnie zainteresowane w przyszłości ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia, która ma pomóc zamawiającym należycie przygotować opis przedmiotu zamówienia i ewentualnie określić warunki przyszłej umowy z uwzględnieniem analizy ryzyk ponoszonych przez strony kontraktu, nie rodzi on po stronie podmiotu publicznego obowiązku przeprowadzenia postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, którego uprzednio dotyczył dialog techniczny. Dialog może być prowadzony nawet w sytuacji, gdy budżet projektu nie jest formalnie zatwierdzony, co sprawia, że może on stać się atrakcyjną formą rozeznania rynku dla podmiotów sektora publicznego poszukujących koniecznej do realizacji zamówień publicznych wiedzy specjalistycznej, pozwalającej w sposób najbardziej korzystny dla interesu publicznego udzielić i zrealizować zamówienie publiczne.

Jednocześnie wskazać należy, że ze względu na fakt, iż dialog techniczny poprzedza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na zastosowanie dialogu nie przysługują środki ochrony prawnej, zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przeprowadzenie dialogu technicznego z wybranymi przez zamawiającego podmiotami nie może zatem stanowić podstawy do skorzystania przez te podmioty ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

2. CEL DIALOGU TECHNICZNEGO

Celem dialogu technicznego jest umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z najlepszymi, najkorzystniejszymi i najnowszymi rozwiązaniami oraz osiągnięciami technicznymi, technologicznymi i organizacyjnymi w dziedzinie lub na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia planowanego do udzielenia, a także skonfrontowanie potrzeb z możliwościami ich realizacji przez podlegający ciągłym zmianom rynek. Dialog techniczny pozwala zatem na prowadzenie konsultacji jeszcze przed wszczęciem procedury udzielenia zamówienia publicznego, do których podmiot publiczny zapraszać będzie wybrane przez siebie posiadające specjalistyczną wiedzę m.in. podmioty potencjalne zainteresowane realizacją danego zamówienia publicznego. Celem dialogu technicznego jest zatem zdobycie wiedzy, która pozwoli zamawia-

jącemu m.in. przygotować dane postępowanie w sposób gwarantujący potencjalnym wykonawcom złożenie ofert i wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oraz efektywnie zrealizować zamówienie publiczne. Dialog techniczny to narzędzie szczególnie przydatne w chwili organizowania procedury udzielenia zamówienia publicznego na przykład na systemy komputerowe, skomplikowany sprzęt teleinformatyczny czy medyczny, a więc wszędzie tam, gdzie dla prawidłowego zorganizowania postępowania niezbędne jest posiadanie specjalistycznej wiedzy z określonej dziedziny. Dialog techniczny jako elastyczna forma konsultowania rynku, znajduje również praktyczne zastosowanie w nowatorskich, proekologicznych, intelektualnych i często skomplikowanych pod względem technologicznym, finansowym lub prawnym projektach realizowanych w formie partnerstwa publiczno-prywatnego. Konsultacje pozwalają ponadto zdiagnozować i usunąć bariery w dostępie do zamówień publicznych. Są one również elementem mogącym sprzyjać poszerzeniu otwartości zamówień publicznych na konkurencję. Dialog może również pomóc w diagnozie ryzyk związanych z realizacją zamówienia publicznego, pozwalając na efektywniejszą realizację zadań publicznych.

3. SPOSÓB PROWADZENIA I ZAKRES DIALOGU TECHNICZNEGO

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

Ustawodawca wprowadził jednocześnie stosowne mechanizmy zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów biorących udział w dialogu technicznym, polegających na nałożeniu na zamawiającego obowiązku zamieszczania na swojej stronie internetowej informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego i o jego przedmiocie (art. 31b ustawy Pzp), zamieszczania przez zamawiającego informacji o zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dialog dotyczył (art. 31c ustawy Pzp) i załączenia do protokołu z postępowania dokumentów zawierających informacje o przeprowadzeniu dialogu technicznego, podmiotach, które uczestniczyły w dialogu technicznym, jak również wpływie dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia (art. 96 ust. 2a ustawy Pzp). Wskazać przy tym należy, że pomimo obowiązku umieszczenia informacji o zamiarze przeprowadzenia dia-

logu technicznego, przepis art. 31b ustawy Pzp nie daje podmiotom zainteresowanym udziałem w dialogu uprawnienia do formułowania żądania dopuszczenia do udziału w dialogu, ani – z drugiej strony – nie kreuje obowiązku zamawiającego dopuszczenia wszystkich zainteresowanych podmiotów do udziału w dialogu. Zgodnie bowiem z treścią art. 31a ustawy Pzp, który wprost wskazuje, że to zamawiający „zwraca się” o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, siwz, lub określenia warunków umowy, określenie kręgu podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym należy wyłącznie do zamawiającego.

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

Przepisy dotyczące dialogu technicznego pozostawiają zamawiającym duży zakres swobody zarówno odnośnie jego zastosowania (np. w odniesieniu do sposobu komunikowania się z podmiotami, z którymi prowadzą dialog, terminu, do którego oczekują na propozycje od wybranych podmiotów, bądź metody dokumentowania dialogu), jak i zakresu merytorycznego. To zamawiający określa więc: z kim dialog techniczny będzie prowadził, co będzie jego przedmiotem i jak długo procedura ta będzie trwała. Przedmiotem prowadzonego dialogu technicznego zgodnie z brzmieniem art. 31a ustawy Pzp mogą być przy tym w szczególności wszelkie aspekty związane z opisem przedmiotu zamówienia i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jak również warunki umowy.

4. KORZYŚCI WYNIKAJĄCE Z PRZEPROWADZENIA DIALOGU TECHNICZNEGO

Dialog techniczny jest instytucją, która daje realną szansę na ograniczenie niejasnych i nieprecyzyjnych opisów przedmiotu zamówienia i zapisów specyfikacji, a także lep-

sze ich dopasowanie do rynkowych realiów. Wśród innych korzyści, które niesie ze sobą przeprowadzenie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dialogu technicznego można wymienić choćby:

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

5. PODSUMOWANIE

Dialog techniczny stanowi odformalizowane i elastyczne rozwiązanie dla tych wszystkich zamawiających, którzy organizując postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponują wystarczającą, specjalistyczną wiedzą dotyczącą roz-

wiązań funkcjonujących na rynku. Sięgając jednak po tą instytucję należy mieć na względzie, że:

- dialog techniczny nie stanowi odrębnego trybu udzielania zamówień publicznych, a jest swego rodzaju konsultacją pozwalającą zamawiającemu na zbadać opinie rynku i rozeznanie dostępnych rozwiązań;
- dialog techniczny odbywa się na etapie poprzedzającym proces przetargowy, a zatem przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia publicznego w wybranym trybie;
- przepisy nie przewidują możliwości wniesienia środków ochrony prawnej na zastosowanie dialogu technicznego;
- zastosowanie dialogu technicznego nie może prowadzić do wprowadzenia w warunkach przetargowych postanowień naruszających zasadę niedyskryminacyjnego dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

SYSTEM KWALIFIKOWANIA WYKONAWCÓW W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ SEKTOROWYCH

Wojciech Pyziak

1. WSTĘP

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), oprócz implementacji dyrektywy 2009/81/WE zwanej dyrektywą obronną¹, wdraża do polskiego systemu prawnego również przepisy dyrektywy 2004/17/WE tzw. dyrektywy sektorowej², dotyczące systemów kwalifikowania wykonawców.

Wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych³ nowe art. 134a–134e w odniesieniu do zamówień sektorowych stwarzają możliwość tworzenia i utrzymania przez zamawiających – systemów kwalifikowania wykonawców, mających polegać na prowadzeniu wykazu wykonawców spełniających określone warunki podmiotowe dotyczące konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

Zasady systemu kwalifikowania wykonawców zostały określone w art. 41, art. 49, art. 53 oraz załączniku XIV dyrektywy sektorowej. Zgodnie z regulacjami dyrektywy sektorowej zamawiający mogą tworzyć na własne potrzeby systemy kwalifikacji wykonawców, zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które według uznania podmiotów zamawiających, mogą dotyczyć możliwości wykonawców lub charakterystyki robót budowlanych, dostaw lub usług objętych systemem.

Narzędzie w postaci systemu kwalifikowania powinno stanowić udogodnienie dla zamawiających oraz usprawnić proces udzielania zamówień sektorowych, gdyż pozwoli ograniczyć czynności o charakterze powtarzalnym, dotyczące oceny zdolności kandydatów do należytego wykonania określonych kategorii zamówień.

¹ Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216/76 z 20.08.2009).

² Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r.).

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.).

2. DEFINICJA

Wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 12 października 2012 r. do polskiego porządku prawnego system kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, na podstawie wcześniej przeprowadzonych procedur kwalifikacji obejmujących konkretną kategorię zamówień sektorowych. W wykazie zamieszczani będą wykonawcy, spełniający warunki podmiotowe określone przez zamawiającego dla określonej kategorii zamówień. Umieszczenie wykonawcy w wykazie zakwalifikowanych wykonawców oznaczać będzie pozytywną ocenę zamawiającego, co do zdolności konkretnego wykonawcy do wykonania zamówień objętych daną kategorią zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 134a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może ustanowić system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców spełniających warunki wskazane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

Ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców jest fakultatywne i podyktowane wyłącznie potrzebami zamawiającego wynikającymi z prowadzonej działalności w odniesieniu do konkretnej kategorii zamówień sektorowych. Potrzeba ustanowienia takiego systemu będzie mieć szczególne uzasadnienie w odniesieniu do zamówień powtarzalnych. System ustanawiany jest stosownie do potrzeb zamawiającego na czas oznaczony.

System kwalifikowania może mieć podwójne zastosowanie.

Po pierwsze, może służyć do usprawnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwarzając domniemanie, iż wpisani do wykazu wykonawcy są zdolni do prawidłowego wykonania zamówienia objętego daną kategorią zamówień. Wykonawcy dopuszczeni do systemu, w odniesieniu do zamówień nim objętych są zwolnieni z obowiązku przedkładania wymaganych w konkretnych postępowaniach dokumentów i zaświadczeń potwierdzających spełnianie przez nich warunków określonych przez zamawiającego, np. w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia danej działalności, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, ich sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego czy też niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Po drugie, ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania może stanowić etap wszczynający konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach prze-

targu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w których będą mogli uczestniczyć wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do systemu kwalifikowania u danego zamawiającego. W tym przypadku zamawiający wszczyna postępowanie o zamówienie publiczne publikując ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania. Dopuszczonymi do udziału w postępowaniu – do składania ofert (przetarg ograniczony) czy też do udziału w negocjacjach (negocjacje z ogłoszeniem) są wykonawcy, którzy zostali dopuszczeni do systemu kwalifikowania. Zamawiający nie publikuje w takim przypadku odrębnego ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem są zamówienia, których dotyczy system kwalifikowania.

System kwalifikowania upraszcza zatem proces wylaniania wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienia u danego zamawiającego oraz weryfikację jakościową cech robót, dostaw lub usług objętych systemem. Ustalona przy ustanowieniu systemu, obowiązująca dla powtarzalnych zamówień zasada ich nabywania oraz jednokrotna weryfikacja wykonawcy ma umożliwić nabywanie określonego typu zamówień wielokrotnie, bez dokonywania niektórych czynności weryfikacji zdolności i wiarygodności wykonawcy podczas procedury udzielania zamówienia.

Należy mieć na uwadze, że regulacja systemów kwalifikowania zawarta w art. 134a–134e ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest regulacją zupełną, zatem do tej instytucji w sposób odpowiedni będą mieć zastosowanie inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w tym w szczególności przepisy jej części ogólnej.

Tytułem przykładu, ustawodawca polski nie przewidział wprost możliwości zmiany istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, takich jak opis kategorii zamówienia czy kryteriów kwalifikacji, podobnie jak i zakończenia bytu systemu przed określonym w ogłoszeniu terminem jego obowiązywania.

Chociaż co do zasady należy przychylić się do możliwości modyfikowania poszczególnych elementów systemu w trakcie jego trwania, to jednakże ze względu na potrzebę zachowania przejrzystości systemu, zamawiający powinni zachować przy takich czynnościach szczególną ostrożność, zwłaszcza przy modyfikacji istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, które mają wpływ na decyzję wykonawców o ubieganiu się o dopuszczenie do systemu. W takich sytuacjach odpowiednie zastosowanie będą mieć zasady modyfikacji określone w art. 12 ust. 4, art. 12 a oraz art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakultatywność instytucji oraz cel jej ustanowienia należy opowiedzieć się za możliwością wcześniejszego zakończenia przez zamawiającego działania systemu przed upływem terminu jego obowiązywania. Istnienie systemu kwalifikowania wykonawców uzasadnione jest potrzebami konkretnego zamawiającego, który powinien mieć swobodę, co do decyzji w przedmiocie korzystania z tego narzędzia.

3. ZAKRES ZASTOSOWANIA

Systemy kwalifikowania mogą zostać zastosowane wyłącznie do zamówień sektorowych, czyli do zamówień udzielanych przez zamawiających o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, określonych w art. 132 ust. 1 pkt 1–7 ustawy Pzp, tj.:

- 1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
- 2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
- 3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
- 5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, kolejną linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
- 6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
- 7) świadczenia usług pocztowych.

W nowelizacji nie została przewidziana możliwość korzystania przez zamawiających sektorowych z systemów kwalifikowania ustanowionych i prowadzonych przez innych zamawiających, zatem należy uznać, iż polskie podmioty zamawiające mogą korzystać wyłącznie z ustanowionego i prowadzonego przez siebie systemu kwalifikowania wykonawców.

4. OGŁOSZENIE O USTANOWIENIU SYSTEMU KWALIFIKOWANIA WYKONAWCÓW

Zgodnie z nowym art. 134b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający, w celu ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców, przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. System kwalifikowania wykonawców jest zatem inicjowany publikacją ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Ogłoszenie przekazuje się zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tj.: <http://simap.eu.int>.

Zasady publikacji ogłoszeń o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców są takie same, jak dla pozostałych ogłoszeń, tj. ogłoszenie publikowane jest w całości w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w bazie danych TED w języku, w jakim zostało sporządzone. Streszczenie ważniejszych elementów ogłoszenia publikuje się w językach urzędowych UE, przy czym za autentyczny uznawany jest jedynie tekst oryginału ogłoszenia.

Działający u zamawiającego system kwalifikowania wykonawców może obejmować wiele kategorii zamówień, jednak ze względów przejrzystości systemu właściwym jest, by w odniesieniu do każdej oddzielnej kategorii publikowane było odrębne ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania.

Art. 134b ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do systemów kwalifikowania wykonawców ustanawianych na okres przekraczający 3 lata, zawiera dodatkowy wymóg corocznej publikacji ogłoszenia o ustanowieniu systemu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców powinny być dodatkowo udostępniane przez zamawiającego na stronie internetowej przez cały okres trwania systemu.

Powyższe rozwiązania mają służyć realizacji zasady jawności i rozpowszechnieniu informacji o istniejących systemach kwalifikowania wśród potencjalnych wykonawców, w celu zapewnienia im możliwości ubiegania się o dopuszczenie do tych systemów i w ten sposób prowadzić do zwiększenia konkurencyjności zamówień objętych systemami kwalifikowania wykonawców.

W Załączniku XIV dyrektywy 2004/17/WE zostały wyszczególnione informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o istnieniu systemu kwalifikowania, tj.:

- 1) nazwa, adres, adres telegraficzny, adres elektroniczny, numer telefonu, teleksu i faksu podmiotu zamawiającego;
- 2) o ile dotyczy, wskazanie, czy zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja jest zastrzeżona w kontekście programów wsparcia pracy chronionej;
- 3) cel systemu kwalifikowania (opis towarów, usług lub robót budowlanych lub ich kategorii, jakie mają być zamawiane poprzez system – numery w nomenklaturze);
- 4) warunki, jakie powinni spełnić wykonawcy w celu zakwalifikowania w ramach systemu oraz metody, według których będą weryfikowane wszystkie te warunki. Jeżeli opis tych warunków i metod weryfikacji jest obszerny i opiera się na dokumentach dostępnych zainteresowanym wykonawcom, wystarczy podsumowanie głównych warunków i metod oraz odniesienie do tych dokumentów;
- 5) okres ważności systemu kwalifikowania oraz formalności w celu jego przedłużenia;
- 6) informacja, czy ogłoszenie stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie;
- 7) adres, pod którym można uzyskać dalsze informacje i dokumentację dotyczącą systemu kwalifikowania (jeżeli inny niż adres podany w pkt 1);
- 8) nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, o ile dotyczy, procedury mediacyjne. Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań oraz, jeżeli konieczne, nazwę, adres, numer telefonu i faksu oraz adres e-mail biura, od którego można uzyskać tego rodzaju informacje;
- 9) kryteria udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 55: „najniższa cena” lub „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”;
- 10) wszelkie inne istotne informacje.

5. KATEGORIE SYSTEMU KWALIFIKACJI

System kwalifikowania wykonawców zawsze obejmuje przynajmniej jedną określoną kategorię zamówień sektorowych, której opis powinien być dokonywany w sposób zgodny z zasadami sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie powinien zawierać wskazań znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Odpowiednie zastosowanie do opisu kategorii zamówień objętych systemem kwalifikowania powinien mieć również art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, określający wymogi jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości stosowanych określeń opisu przedmiotu zamówienia, gdyż informacje zawarte w opisie kategorii zamówień systemu kwalifikowania stanowią dla potencjalnych uczestników systemu podstawę podjęcia decyzji o przystąpieniu do konkretnego systemu kwalifikowania. Do opisu kategorii systemu kwalifikowania należy stosować nomenklaturę Wspólnego Słownika Zamówień (CPV).

6. WARUNKI KWALIFIKACJI DO SYSTEMU KWALIFIKOWANIA WYKONAWCÓW

Do określania warunków systemu kwalifikowania wykonawców zastosowanie mają przepisy dotyczące formułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Odmowa dopuszczenia wykonawcy do udziału w systemie może być oparta tylko na kryteriach kwalifikacji określonych dla danego systemu.

Celem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wspomaganie procesu prawidłowego wydatkowania pieniędzy publicznych poprzez udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom dającym rękojmię ich należytego wykonania. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia można podzielić na warunki pozytywne, określone ogólnie w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, których spełnienie warunkuje udział w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunki negatywne, dotyczące wiarygodności wykonawcy, określone w art. 24 ustawy Pzp, których wystąpienie eliminuje możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w odniesieniu do zamówień sektorowych o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp mogą odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem w odróżnieniu od zamówień klasycznych, szerszy jest zakres swobody zamawiających udzielających zamówień sektorowych w procesie kwalifikacji wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ma również zastosowanie do ustalania przez zamawiającego warunków na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców dotyczących określonej kategorii zamówień sektorowych.

Warunki kwalifikowania wykonawców nie mogą jednak być dowolne. Powinny być obiektywne, nie mogą zaś być arbitralne lub irracjonalne, tzn. formułować wymogów, które nie mają żadnego związku z wykonaniem zamówień. Warunki powinny także być adekwatne do danej kategorii zamówień sektorowych. Przy ustalaniu podstaw kwalifikowania zamawiający musi kierować się zasadą niedyskryminacji wynikającą z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i szerszą zakresowo regułą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, wyrażoną w przepisach dyrektywy 2004/17/WE. Wymagania administracyjne, techniczne czy finansowe w ramach każdej z kategorii zamówień sektorowych powinny być jednolicie wymagane od wszystkich potencjalnych wykonawców, z zastrzeżeniem, że wnioski o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców mogą również być składane przez grupy wykonawców. Identycznie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego, dopiero przed zawarciem konkretnej umowy w sprawie zamówienia sektorowego zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania.

Do oceny, czy wykonawca spełnia warunki określone w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania zastosowanie ma art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca może zatem polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówień. Wykonawca powinien wykazać, że zasoby podmiotów trzecich będą faktycznie dostępne dla niego w całym okresie obowiązywania systemu kwalifikacji.

7. KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW

Wykaz zakwalifikowanych do systemu wykonawców sporządza, aktualizuje oraz prowadzi zamawiający przez czas określony w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Polskie przepisy nie przewidują możliwości ograniczania liczby wykonawców uczestniczących w systemie na innej podstawie, niż na podstawie obiektywnych warunków określonych przez zamawiających w publicznym ogłoszeniu o ustanowieniu systemu.

Procedura kwalifikowania wykonawców odbywa się na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w systemie, złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wnioski mogą być wnoszone w całym okresie obowiązywania systemu. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku na wybranie wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie, przy czym o dopuszczeniu albo odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający powinien powiadomić wykonawcę niezwłocznie, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wraz z wnioskiem, wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału określonych przez zamawiającego. Na żądanie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o istnieniu systemu, wykonawcy powinni złożyć również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pod rygorem niedopuszczenia do systemu. Co do zasady, dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie delegacji przewidzianej w art. 25 Pzp. W procedurach udzielania zamówień sektorowych oraz na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców zamawiający mogą żądać również innych dokumentów, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowaniem procesu kwalifikacji wykonawców do systemu kwalifikowania wykonawców będzie sporządzenie przez zamawiającego wykazu zakwalifikowanych wykonawców, podzielonego na odpowiednie kategorie zamówień sektorowych. Wykaz jest jawny i powinien być udostępniany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Wykaz nie ma jednak charakteru statycznego i w okresie obowiązywania systemu podlegać może zmianom, np. w wyniku aktualizacji wniosków złożonych przez wykonawców lub składania nowych wniosków.

Zgodnie z art. 134d ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczenie do systemu kwalifikowania oznacza dla wykonawcy zwolnienie z obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone dokumenty są aktualne w rozumieniu odrębnych przepisów.

Wprawdzie aktualizacja złożonego wniosku jest prawem wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, to wykonawcy powinni dbać o aktualność dokumentów składanych, pod rygorem utraty możliwości korzystania z udogodnień wynikających z wcześniejszego dopuszczenia do systemu kwalifikowania wykonawców.

8. ZASTOSOWANIE SYSTEMU KWALIFIKACJI WYKONAWCÓW W PROCEDURACH PRZETARGU OGRANICZONEGO ORAZ NEGOCJACJI Z OGŁOSZENIEM

W odniesieniu do zamówień sektorowych objętych systemem kwalifikowania wykonawców, nowa regulacja zezwala zamawiającym na odstąpienie od konieczności odrębnego ogłaszania o tych zamówieniach w przypadku zastosowania trybów przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Stosownie do nowego art. 134e ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie postępowań w tych trybach będzie mogło nastąpić przez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym celu ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikacji powinno zawierać stosowne zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W takiej sytuacji, za dopuszczonych do udziału w postępowaniu będą uważani wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, do określonej kategorii zamówień sektorowych.

Brak konieczności ponownego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za jedną z podstawowych korzyści dla zamawiającego, wynikającą z utworzenia systemu kwalifikowania.

Zastosowanie ogłoszenia o ustawieniu systemu kwalifikowania wykonawców do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie jednak możliwe w odniesieniu do innych procedur udzielania zamówień np. przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zainteresowani zwiększeniem konkurencji, poprzez udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia również innych podmiotów niż dopuszczone do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, powinni do wszczęcia postę-

poważ o udzielenie zamówienia zastosować stosowne ogłoszenia o zamówieniu sektorowym, inne jednak niż ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców.

9. PODSUMOWANIE

Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień sektorowych możliwości stosowania przez zamawiających systemów kwalifikowania wykonawców wynika z implementacji przepisów dyrektywy 2004/17/WE.

System kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, co do których przeprowadzono procedurę sprawdzającą dotyczącą spełniania określonych przez zamawiającego warunków podmiotowych w zakresie konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

System jest jawny i ustanawiany jest na czas określony. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców podlega opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Nowe narzędzie powinno sprzyjać odbiurokratyzowaniu procesu udzielania zamówień sektorowych poprzez rezygnację z obowiązku żądania dokumentów od wykonawców objętych systemem kwalifikowania, w odniesieniu do konkretnych zamówień mieszczących się w kategorii zamówień objętych systemem kwalifikowania.

Celem nowej regulacji jest umożliwienie zamawiającym zaoszczędzenia czasu oraz kosztów związanych z procedurą weryfikacji oraz przedstawiania stosownych dokumentów przez wykonawców oraz umożliwienie zamawiającemu dysponowania pulą potencjalnych wykonawców, gdy zamierza on udzielić zamówienia w trybie negocjacyjnym lub ograniczonym.

ZMIANY W USTAWIE PZP SŁUŻĄCE M.IN. ZAPEWNIENIU SZERSZEGO DOSTĘPU MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORSTW DO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Jakub Beli

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

1. OKREŚLANIE KRYTERIÓW PREKWALIFIKACJI W PRZETARGU OGRANICZONYM, NEGOCJACJACH Z OGŁOSZENIEM I W DIALOGU KONKURENCYJNYM

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

Wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych nowych rozwiązań prawnych, umożliwiających ograniczanie liczby kandydatów zaproszonych do drugiego etapu postępowania, oznacza odejście od dotychczas praktykowanego systemu prekwalfikacji opierającego się tylko i wyłącznie na ocenie wykonawców w kontekście spełniania w najwyższym stopniu warunków udziału w postępowaniu, tj. na kryteriach podmiotowych. Powyższe nie oznacza pozbawienia zamawiającego możliwości sięgnięcia po warunki podmiotowe, które w kontekście specyfiki przedmiotu zamówienia umożliwią ograniczenie kręgu wykonawców jedynie do tych podmio-

tów, które będą najlepiej przygotowane do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem zamawiający sięga po warunki podmiotowe, ich wartościowanie w aspekcie prekwalfikacji następuje poprzez nadanie im odpowiedniego znaczenia, stosownie do treści art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Ustawodawca poszerza możliwość dokonywania prekwalfikacji w oparciu o inne zasady niż wartościowanie spełniania warunków podmiotowych, czemu służyć ma dokonywany przez zamawiającego opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu wyboru wykonawcy, zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 8a.

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

Odwołując się do tradycyjnie stosowanych kryteriów prekwalfikacji wykonawców jako przykład można podać wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji przez wykonawcę określonej liczby określonego ogólnie co do kubatury rodzaju robót budowlanych, a w sytuacji, gdy wymóg ten spełnia większa niż oznaczona w ogłoszeniu liczba wykonawców, w kolejnym etapie prekwalfikacji wymóg zrealizowania obiektów kubaturowych o najbardziej zbliżonym charakterze do tego, który ma być przedmiotem zamówienia jak np. szpital.¹ Do składania ofert zapraszani są wówczas ci wykonawcy, którzy uzyskali najlepszy wynik w ramach selekcji.

¹ *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Professor Sue Arrowsmith, University of Nottingham, s. 156.

Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas prekwalfikacji obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału własnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich przedstawianego przez wykonawców w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem spełnienia żądanego wymogu i znalezienia się w gronie zaproszonych podmiotów. Co do zasady zamawiający może promować wykonawców samodzielnie spełniających warunki (lub wskazany, określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu np. w zakresie wiedzy lub potencjału finansowego), jeżeli wskazał taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższa konstrukcja nie ma charakteru dyskryminującego, albowiem nie ulega wątpliwości, iż z wykonawcą nie spełniającym samodzielnie warunków, łączy się więcej ryzyk związanych z zapewnieniem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

W doktrynie² jako przykłady obiektywnych i niedyskryminacyjnych warunków prekwalfikacji, znaleźć można także losowanie oraz wprowadzenie mechanizmu rotacyjnego dokonywania prekwalfikacji wykonawców. Ten rodzaj kryteriów wyboru można odnieść do sytuacji, w których istotne jest dokonanie wyboru oznaczonej w ogłoszeniu liczby wykonawców spośród dużej liczby wykonawców potencjalnie w równym stopniu zdolnych do realizacji zamówienia. Jako przykład mechanizmu prekwalfikacji można znaleźć również odniesienie do wyboru wykonawców w oparciu o premiowanie małych i średnich przedsiębiorstw. Tak zdefiniowane kryterium wyboru odnosi się do innych czynników niż przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz wpisuje się w ramy polityki dążącej do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych³

Celem zdefiniowania w ramach systemu prekwalfikacji obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów zamawiający może także odnieść się do informacji uzyskiwanych w ramach zastosowania normy z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem do katalogu ww. kryteriów zaliczyć można np. rzetelność wykonawcy weryfikowaną w kontekście wcześniej realizowanych zamówień publicznych. W tym zakresie zamawiający może stosować kryteria prekwalfikacji na podstawie przedkładanych przez wykonawców wykazów usług, dostaw lub robót budowlanych zawierających informacje niewykonanych bądź nienależycie wykonanych zamówieniach publicznych. Możliwość odwołania się przez zamawiającego w ramach prekwalfikacji do instytucji z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp celem premiowania rzetelnych wykonawców, znajduje także swoje potwierdzenie

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴, w którym jednoznacznie zostało wskazane, iż nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, może wykazywać niższe kompetencje zawodowe wykonawcy.

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

2. POSZERZENIE ZAKRESU INFORMACJI ZAMIESZCZANYCH W ROCZNYM SPRAWOZDANIU O UDZIELONYCH ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Dyrektywa klasyczna nakłada na państwa członkowskie obowiązek corocznego przekazywania dla celów statystycznych Komisji Europejskiej informacji na temat zamówień udzielonych przez instytucje zamawiające w roku poprzednim, w tym także informacji w zakresie liczby lub całkowitej wartości zamówień udzielanych zgodnie z uchyleniami porozumienia⁵ (art. 76 ust. 1 lit b oraz ust. 2 lit b dyrektywy klasycznej). Obowiązek ten służy głównie celom statystycznym, a jego realizacja, zgodnie z art. 152 ust. 1 w zw. z art. 154 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, ciąży na centralnym organie administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych tj. na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Celem wywiązania się przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z obowiązku sprawozdawczości, ustawą z dnia 12 października 2012 r., znowelizowana została treść art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dotychczasowe brzmienie art. 98 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiące delegację ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu, zwalniało zamawiających z obowiązku przekazywania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji na temat wszystkich zamówień, które w oparciu o treść art. 4 oraz art. 136–138 ustawy Prawo zamówień publicznych, udzielone zostały bez stosowania procedur zdefiniowanych w tej ustawie. W wyniku zmian dokonanych ustawą z dnia 12 października 2012 r. treść rocznego sprawozdania poszerzona została o zbiorczą informację w zakresie liczby i łącznej wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączeń obowiązku stosowania

⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie prejudycjalnej C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact.

⁵ Porozumienie w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu.

ustawy określonych w art. 4 pkt 1–3, 6, 7, i 10–13 oraz art. 136–138, oraz łącznej wartości zamówień udzielonych na podstawie wyłączenia obowiązku stosowania ustawy określonego w art. 4 pkt 8. Z treści znowelizowanego przepisu art. 98 ust. 4 jednoznacznie wynika, iż obowiązek informacyjny, o którym mowa wyżej nie będzie dotyczył:

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

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

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

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

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

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

4. UMOWY O PODWYKONAWSTWO W KONCESJACH NA ROBOTY BUDOWLANE

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

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

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

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

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

Zmiana dotychczasowego brzmienia art. 131 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje m.in. dodanie ust. 4, którego treść umożliwia zamawiającemu zobowiązanie koncesjonariusza do zawarcia z innym podmiotem umowy o podwykonawstwo, stanowiącą co najmniej 30% wartości koncesji. Odnosząc się do brzmienia art. 131 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać należy, iż podmiotem zobowiązanym do zawarcia umowy o podwykonawstwo, w myśl znowelizowanego art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest koncesjonariusz, z którym zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie przepisów *ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi* (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), dalej zwana „Ustawą koncesyjną”. Tym samym, ustawodawca nie upoważnił zamawiającego do nałożenia rzeczono obowiązkowi na koncesjonariusza, z którym zawarto koncesję na usługi na podstawie ustawy koncesyjnej. Prezentowane stanowisko znajduje także swoje potwierdzenia w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który klasyfikuje koncesjonobiorcę na roboty budowlane jako zamawiającego, w zakresie, w jakim udziela on zamówienia w celu wykonania zawartej umowy koncesji.

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

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

Koncesja na roboty budowlane stanowi wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania korzyści, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjonodawcy (art. 1 ust. 2 pkt 1 Ustawy koncesyjnej). Tym samym, koncesjonariusz posiadający status zamawiającego zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do wszystkich zamówień związanych z wykonywaniem koncesji tj. do umów na usługi, dostaw oraz roboty budowlane. W odniesieniu zaś do koncesjonariusza nie będącego jednocześnie zamawiającym z art. 3 ust. 1 pkt 1–3a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, konieczność zastosowania w ograniczonym zakresie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi jedynie do udzielania zamówień na roboty budowlane (arg. z art. 131 ust. 2 ustawa Prawo zamówień publicznych).

Literalna wykładnia treści art. 131 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych może prowadzić do wniosku, iż zamawiający może zobowiązać koncesjonariusza do zawarcia tylko jednej umowy, która stanowi nie mniej niż 30% wartości konce-

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

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

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

a tym samym zmniejszenia cen za świadczone usługi przy jednoczesnym zwiększeniu ich jakości.

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

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

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

ZAKRES PRZEDMIOTOWY I PODMIOTOWY STOSOWANIA USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ZAMÓWIENIACH W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Ewa Zglińska

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

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

1. ZAKRES PODMIOTOWY, CZYLI KTO BĘDZIE ZOBOWIĄZANY STOSOWAĆ ZMIANY WPROWADZONE USTAWĄ O ZMIANIE USTAWY PZP

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

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

- jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp);
- inne, niż ww. państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp);

- inne, niż ww. osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli ww. podmioty, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp);
- związki ww. podmiotów (art. 3 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp);
- inne niż ww. podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 ustawy Pzp, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, które zostały wymienione na poprzednim slajdzie, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego (art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), czyli tzw. zamawiający sektoriowi.
- Przepisów w zakresie obronności i bezpieczeństwa nie będą mogli stosować zamawiający zobowiązani do stosowania ustawy Pzp na podstawie:
 - art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli podmioty nie będące jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych lub inną niż taka jednostka państwowa jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności: ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a; wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi,
 - art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli podmioty, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

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

2. ZAKRES PRZEDMIOTOWY STOSOWANIA PRZEPISÓW USTAWY PZP ODNOSZĄCYCH SIĘ DO ZAMÓWIEŃ W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

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

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

Zgodnie z art. 131b ustawy Pzp znajdzie ona zastosowanie do ww. typu zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, o ile wartość zamawianych dostaw i usług będzie równa lub wyższa równowartości 400 000 euro (próg unijny), co przy obecnym kursie złotego w stosunku do euro stanowi 1 607 840 zł. Wskazany powyżej próg unijny dla dostaw i usług w zakresie obronności został wprowadzony rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 1360). W rozporządzeniu tym określono również próg unijny dla robót budowlanych, który odpowiada równowartości 5 000 000 euro, co stanowi 20 098 000 zł. Jednakże należy podkreślić, że do robót budowlanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa stosuje się ogólne zasady udzielania zamówień

publicznych, a progiem stosowania ustawy Pzp, w odniesieniu do nich, jest wyrażona w złotych równowartość 14 000 euro.

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

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

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

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

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

Sprzęt wojskowy to zgodnie z definicją wskazaną w art. 2 pkt 8a ustawy Pzp wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.

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

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

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

1. Broń ręczną i automatyczną, taka jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm.
2. Broń artyleryjską, a także broń dymną, gazową oraz miotacze ognia:
 - a) armaty, haubice, moździerze, broń artyleryjską, broń przeciwpancerną, wyrzutnie raketowe, miotacze ognia, broń bezodrzutową;
 - b) wojskową broń dymną i gazową.
3. Amunicje do broni wymienionej w art. 1 i 2 powyżej.
4. Bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające:
 - a) bomby, torpedy, granaty, w tym granaty dymne, bomby dymne, rakiety, miny, pociski naprowadzające, granaty podwodne, bomby zapalające;
 - b) aparaty wojskowe i komponenty specjalnie zaprojektowane do obsługi, montażu, demontażu, odpalania lub wykrywania rodzajów broni wymienionych w lit. a) powyżej.
5. Wojskowy sprzęt kierowania ogniem:
 - a) komputerowe systemy odpalania i systemy naprowadzające na podczerwień, a także inne urządzenia do nocnego naprowadzania;

- b) dalmierze, urządzenia wskazujące pozycję, wysokościomierze;
 - c) elektroniczne urządzenia do śledzenia obiektów – żyroskopowe, optyczne i akustyczne;
 - d) celowniki bombowe i celowniki broni oraz peryskopy stosowane w urządzeniach wymienionych w niniejszym wykazie.
6. Czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe:
- a) czołgi;
 - b) uzbrojone lub opancerzone pojazdy wojskowe, w tym pojazdy pływające;
 - c) samochody opancerzone;
 - d) półgąsienicowe pojazdy wojskowe;
 - e) pojazdy wojskowe opancerzone;
 - f) przyczepy przeznaczone do transportu amunicji określonej w ust. 3 i 4.
7. Środki trujące lub środki radioaktywne:
- a) biologiczne lub chemiczne środki trujące oraz środki radioaktywne przystosowane do użycia podczas działań wojennych przeciwko ludziom, zwierzętom lub plonom;
 - b) aparaty wojskowe do propagacji, wykrywania i określania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej;
 - c) materiały do zwalczania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej.
8. Prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające:
- a) prochy oraz płynne lub stałe materiały miotające specjalnie zaprojektowane do stosowania wraz materiałami wymienionymi w art. 3, 4 i 7 powyżej;
 - b) wojskowe środki wybuchowe;
 - c) środki zapalające i mrozzące do celów wojskowych.

9. Okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym:
 - a) wszelkiego rodzaju okręty wojenne;
 - b) sprzęt specjalnie zaprojektowany do kładzenia, wykrywania i trałowania min;
 - c) kable podwodne.
10. Samoloty i sprzęt do celów wojskowych.
11. Wojskowy sprzęt elektroniczny.
12. Aparaty fotograficzne i sprzęt specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych;
13. Inny sprzęt:
 - a) spadochrony i sprzęt spadochronowy;
 - b) sprzęt do przekraczania cieków wodnych specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych;
 - c) elektronicznie wspomagane reflektory do celów wojskowych.
14. Specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów
15. Wymienionych w niniejszym wykazie.
16. Maszyny, sprzęt i urządzenia zaprojektowane wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli uzbrojenia, amunicji oraz aparatów o charakterze wyłącznie wojskowym wymienionych w niniejszym wykazie.

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

Jednocześnie należy podkreślić, iż ww. wykaz z 1958 r. nie stanowi wyczerpującego wykazu broni, amunicji oraz materiałów wojennych. W myśl motywu 10 preambuły dyrektywy obronnej lista ta ma charakter ogólny i powinna być interpretowana szeroko w świetle rozwoju technologii, polityki zamówień i wymogów wojskowych, które prowadzą do opracowania nowych typów sprzętu. Państwa członkowskie transponując przepisy dyrektywy mogą ograniczyć się wyłącznie do tej listy, „jak również mogą używać innych list, takich jak wprost wspomniana w preambule wspólna lista sprzętu wojskowego Unii (Common Military List of the EU). Najbardziej aktualna wersja tej ostatniej listy została przyjęta decyzją Rady w dniu 15 lutego 2010 r. (2010/C 69/03).

Dodatkowo należy podkreślić, iż „sprzęt wojskowy”, o którym mowa w dyrektywie obronnej, obejmuje również produkty pierwotnie przeznaczone do użytku cywilnego, a następnie zaadaptowane do celów wojskowych o charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych. W tym miejscu należy podkreślić, że produkty objęte definicją „sprzętu wojskowego” powinny mieć charakter broni, amunicji lub materiałów wojennych. Tytułem przykładu, w ślad za notą wyjaśniającą Komisji, można wskazać „zmilitaryzowaną” wersję helikoptera pierwotnie zaprojektowanego do użytku cywilnego. Aby można było taki produkt zakwalifikować jako sprzęt wojskowy powinien on posiadać wyraźne cechy wojskowe umożliwiające wykonywanie zadań o ściśle militarnym charakterze (patrz orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insiinööri Oy*).

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

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

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

Powyżej wskazana definicja wywodzi się z art. 1 pkt 10 dyrektywy obronnej, w której sytuację kryzysową określono jako jakąkolwiek sytuację w państwie członkowskim lub w państwie trzecim, w której wystąpiło zdarzenie szkody, wyraźnie przekraczającą swoim rozmiarem zdarzenia szkody mające miejsce w codziennym życiu, a przy tym które w znacznej mierze naraziło życie i zdrowie wielu ludzi, lub mające poważne następstwa dla dóbr materialnych lub wymagające podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych dla życia.

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

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

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

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

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

3. REGULACJE DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ MIESZANYCH

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

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

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

Ustawodawca przewidział również w art. 131a ust. 3 ustawy Pzp możliwość połączenia z zamówieniami w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w ramach jednego zamówienia publicznego, zamówienia, co do którego nie stosuje się ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jednakże udzielenie jednego zamówienia w ww. sytuacji powinno być uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Jeżeli zostanie spełniona przesłanka uzasadniająca z przyczyn obiektywnych połączenie takich zamówień, wówczas do połączonych w ten sposób zamówień nie stosuje się ustawy Pzp.

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

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

4. WYŁĄCZENIA, CZYLI KTÓRE ZAMÓWIENIA NIE BĘDĄ OBJĘTE PRZEPISAMI USTAWY

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

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

Podstawy wyłączenia stosowania ustawy Pzp w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa określone w art. 4, 4b ustawy Pzp można podzielić na następujące kategorie zamówień: związanych z ochroną podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, zamówień podlegających szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej lub procedurze organizacji międzynarodowej oraz związanych wyłącznie z szeroko pojętą ochroną bezpieczeństwa państwa.

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

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

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

W 2006 r. Komisja wydała *Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności* (COM (2006) 779). W ww. *Komunikacie* Komisja zwróciła uwagę na restrykcyjne warunki zastosowania wyłączenia przewidzianego obecnie w art. 346 TFUE, zapewniające zachowanie równowagi między interesami państw członkowskich w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a fundamentalnymi zasadami i celami Unii.

W kontekście brzmienia ww. przepisu dotyczącego wyłączenia oraz implementacji do polskiego prawa dyrektywy obronnej wyjaśnienia wymaga, iż postanowienia art. 346 pkt 1 lit. b) TFUE pełnią podwójną rolę. Z jednej strony określają wyłączenie z obowiązku stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych wskazując, iż jest to dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi jest konieczne z uwagi na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa oraz udziele-

nie zamówienia bez zastosowania ustawy nie spowoduje ograniczenia konkurencji w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Z drugiej strony wskazują zakres zastosowania przepisów rozdziału 4a, albowiem regulacje w nim zawarte będą miały zastosowanie do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennym w sytuacji, gdy nie wystąpią jednocześnie obydwie ww. przesłanki (tj. podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa oraz ograniczenia konkurencji w odniesieniu do produktów o podwójnym przeznaczeniu).

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

Wyłączenie stosowania ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak wynika z art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostało przewidziane również w przypadku postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa. Głównym czynnikiem powodującym wyłączenie z tej podstawy byłaby konieczność ujawnienia takich informacji, których przekazanie naraża na uszczerbek podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, co ze względów strategicznych, obronnych, wizerunkowych, czy ze względu na bezpieczeństwo państwa byłoby niewskazane. Przepis ten implementuje do polskiego prawa art. 13 lit. a) dyrektywy obronnej. Przy czym wyłączenie to należy rozumieć przez pryzmat motywu 27 preambuły dyrektywy obronnej, w którym wskazano, iż w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich dyrektywy obronnej byłoby niewskazane, a dotyczy to m.in. zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, tj. np. pewne zakupy przewidziane dla ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez Policję i służby bezpieczeństwa.

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

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

- a) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczypospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami członkowskimi Unii Europejskiej, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,
- b) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczypospolita Polska, lub porozumienia zawartego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsięwzięć, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,
- c) szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą.

Wskazany powyżej przepis ustawy Pzp implementuje do polskiego systemu prawnego art. 12 dyrektywy obronnej a przewidziane w nim wyłączenia zamówień udzielanych na podstawie procedur międzynarodowych są wzorowane na postanowieniach art. 15 dyrektywy 2004/18/WE i art. 22 dyrektywy 2004/17/WE. Przede wszystkim wyłączenia z dyrektywy obronnej dotyczą zarówno umów, jak i porozumień międzynarodowych. Tym samym wyłączenie z dyrektywy obronnej obejmuje również porozumienia zawarte na poziomie ministerialnym. Ponadto wyłączenie przewidziane w art. 13 lit. a) dyrektywy obronnej nie zawiera żadnych ograniczeń, co do przedmiotu zamówienia. Ponadto wyłączenie z art. 13 lit. b) dyrektywy obronnej obwarowane jest dodatkowym warunkiem, aby umowa czy porozumienie międzynarodowe związane ze stacjonowaniem wojsk dotyczyło przedsiębiorstw państwa członkowskiego lub kraju trzeciego. Wreszcie wyłączenie przewidziane w art. 13 lit. c) dotyczy zamówień podlegających szczególnym zasadom proceduralnym organizacji międzynarodowej zakupującej do swoich celów lub zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami.

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

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

w zakresie wyłączeń stosowania prawa zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Wyłączeniu podlegają więc zgodnie z przepisami ustawy Pzp:

1. zamówienia udzielane do celów działalności wywiadowczej (art. 4b ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Przy czym działalność ta powinna być szeroko rozumiana i obejmować także tzw. wywiad wewnętrzny, a także działalność związaną z zapewnieniem bezpieczeństwa ekonomicznego kraju oraz bezpieczeństwa wewnętrznego państwa.
2. zamówienia udzielane w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu (art. 4b ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).
3. zamówienia udzielane w państwie nie będącym członkiem Unii Europejskiej, w tym dotyczących zakupów cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań (art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).
4. zamówienia udzielane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa związane z:
 - a) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
 - b) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem lub
 - c) robotami budowlanymi i usługami szczególnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami (art. 4b ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)
5. usługi finansowe z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.

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

1. ust. 3 art. 131a ustawy Pzp, w którym wskazano, iż do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

oraz zamówienia, co do których włączono stosowanie ustawy Pzp, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych, nie stosuje się ustawy Pzp;

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

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

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

5. PODSTAWOWY INTERES BEZPIECZEŃSTWA PAŃSTWA

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

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

Jedynie w art. 4c ustawy Pzp wskazano kompetencję dla Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do

spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Ustalając normy rozporządzenia Rada Ministrów ma obowiązek zapewnić prawidłowe stosowanie przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz bezpieczeństwo dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.

Przedmiotowe rozporządzenie ma umożliwić:

- prawidłowe i zgodne z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonywanie oceny konieczności zastosowania procedur zamówień publicznych oraz zapewnienie bezpieczeństwa dostaw uzbrojenia i sprzętu wojskowego, a także właściwe wykonywanie napraw i remontów na posiadanym sprzęcie i uzbrojeniu,
- uniknięcie konieczności określania pojęcia „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa” w przepisach ustawowych, a tym samym ich nadmiernej kazuistyki, a także ryzyka, iż tego rodzaju normy byłyby najprawdopodobniej niekompletne oraz daje możliwości natychmiastowej zmiany w przypadku nagłej zmiany sytuacji politycznej,

Organem właściwym do dokonania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa będzie minister kierujący działem administracji rządowej, któremu podlega lub jest przez niego nadzorowana, jednostka organizacyjna będąca zamawiającym. Właściwy minister będzie dokonywała oceny w tym zakresie na wniosek dyrektora komórki organizacyjnej ministerstwa, właściwej w sprawach zamówień. Jeżeli natomiast zamawiającym jest centralny organ administracji rządowej nie podlegającym ministrowi kierującemu działem administracji rządowej, ani nie jest przez takiego ministra nadzorowany, organ dokonuje takiej oceny samodzielnie. Właściwy minister albo centralny organ administracji rządowej dokonują oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku. Wniosek powinien zawierać: nazwę zadania będącego przedmiotem zamówienia, uzasadnienie określające przesłanki przyczynowo-skutkowe wiążące przedmiot zamówienia z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa oraz opis wpływu udzielanego zamówienia na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa.

BEZPIECZEŃSTWO DOSTAW ORAZ OCHRONA INFORMACJI NIEJAWNYCH W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO, ORAZ W CZASIE REALIZACJI UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Jarosław Niklewicz

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z uwagi na swój przedmiot, mają newralgiczny charakter związany z wymogami ochrony interesów bezpieczeństwa i suwerenności państwa. Obejmując bowiem swoim zakresem zamówienia, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, dostawy newralgicznego sprzętu, roboty, dostawy lub usługi z nimi związane, jak też roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi¹, wykonanie takich zamówień wymaga zapewnienia szczególnych warunków bezpieczeństwa realizowanych dostaw, a także wiąże się z wykorzystaniem informacji niejawnych. Powyższe czyni koniecznym ustanowienie w procedurze udzielania zamówień publicznych reguł umożliwiających ochronę interesów bezpieczeństwa państwa poprzez zapewnienie bezpieczeństwa realizowanych zamówień oraz stworzenie gwarancji zapewnienia ochrony informacji niejawnych, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla państwa, czy też byłoby niekorzystne z punktu widzenia jego interesów.

Z uwagi na powyższy charakter zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa poza zakresem zastosowania ustawy Pzp nadal pozostają zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które z uwagi na swój szczególny przedmiot i charakter zostały objęte specjalną ochroną zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych² jako zamówienia „tajne” lub „ściśle tajne”³. Dotyczy to także zamówień wyłączonych z uwagi na wymogi ochrony istotnego interesu bezpieczeństwa państwa lub ochronę bezpieczeństwa publicznego⁴. Wymóg stosowania ustawy Pzp nie dotyczy także zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z pod-

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

² Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

³ W takim przypadku sam fakt udzielenia zamówienia publicznego objęty jest tajemnicą (por. pkt 20 preambuły dyrektywy 2009/81/WE).

⁴ Zob. art. 4 pkt 5 i 5a ustawy Pzp.

stawowymi interesami bezpieczeństwa państwa⁵. Tak więc w odniesieniu do niektórych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyjątkowe wymogi bezpieczeństwa dostaw, czy też ochrony informacji niejawnych, decydować będą, zgodnie z przyjętą zasadą proporcjonalności⁶, o wyłączeniu obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych⁷.

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

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

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

Włączenie wymogów związanych z ochroną informacji niejawnych określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych do procedur udzielania zamówień publicznych odnosi się nie tylko do kwestii udostępniania takich informacji wykonawcy przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, ale także do kwestii związanych z przetwarzaniem informacji niejawnych na etapie realizacji umowy. Dodatkowo ustawa Pzp ustanawia środki prewencyjne mające na celu zapobieżenie

⁵ Zob. art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

⁶ Zob. wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, pkt 48.

⁷ Bliższe omówienie wyłączeń obowiązku stosowania ustawy Pzp zawiera rozdział II.1.

udostępnianiu informacji niejawnym podmiotom niewiarygodnym lub niedającym rękojmi zachowania tajemnicy poprzez określenie szczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

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

2. BEZPIECZEŃSTWO DOSTAW

2.1. Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw

Z uwagi na newralgiczny przedmiot zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131a ust. 1 ustawy Pzp) istotnym z punktu widzenia ochrony interesów państwa staje się zapewnienie bezpieczeństwa realizowanych dostaw, co dotyczy w głównej mierze dostaw sprzętu wojskowego oraz dostaw newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich ich części, komponentów lub podzespołów. Przez dostawy sprzętu wojskowego rozumie się dostawy wyposażenia specjalnie zaprojektowanego lub zaadaptowanego do potrzeb wojskowych i przeznaczonego do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne⁸. Natomiast przez dostawy newralgicznego sprzętu rozumie się dostawy sprzętu do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem informacji niejawnym, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera⁹.

Wymagania dotyczące bezpieczeństwa dostaw mogą jednak odnosić się również do innych rodzajów zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Tak więc wymagania te mogą znaleźć swoje odpowiednie odzwierciedlenie w zamówieniach, których przedmiotem są newralgiczne usługi lub usługi do szczególnych celów wojskowych, a także w zamówieniach, których przedmiotem są newralgiczne roboty budowlane lub roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych¹⁰. Przez newralgiczne roboty budowlane i usługi należy rozumieć odpowiednio roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnym, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają¹¹.

⁸ Art. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

⁹ Art. 2 pkt 5b ustawy Pzp.

¹⁰ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa dostaw (w:) *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, UZP, Warszawa 2011, s. 137 i n.

¹¹ Art. 2 pkt 5a i 5c ustawy Pzp.

Unormowania dotyczące bezpieczeństwa dostaw zawarte są w przepisach art. 131g ust. 2 i 4 ustawy Pzp¹². Wskazane przepisy ustawy Pzp nie zawierają jednak wprost określonych wymogów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa dostaw pozostawiając tę materię do szczegółowego uregulowania przez samych zamawiających. Jest to w pełni uzasadnione faktem, że ustalenie konkretnych zobowiązań dla wykonawcy związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa dostaw musi stanowić odzwierciedlenie określonego przedmiotu zamówienia. Tym samym to zamawiający kierując się potrzebami wynikającymi z danego zamówienia określa wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw, które muszą być spełnione przez wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie takiego zamówienia.

Bezpieczeństwo dostaw oznacza gwarancję dostarczenia przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego związanym z wykonywanymi przez niego zadaniami w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności państwa¹³. Z uwagi na swój newralgiczny charakter bezpieczeństwo dostaw obejmuje nie tylko pewność dostaw i ich terminowość, ale także wymagania związane z długim okresem użytkowania sprzętu wojskowego, z czego wynika potrzeba wsparcia logistycznego, modernizacji i konserwacji, a także kontynuacji dostaw w długim okresie czasu. Bezpieczeństwo dostaw musi również uwzględniać zwiększanie się zapotrzebowania na przedmiot zamówienia w sytuacjach kryzysowych wywołanych nadzwyczajnymi wydarzeniami. W tym zakresie można uznać, iż bezpieczeństwo dostaw stanowi warunek zapewnienia skuteczności działań państwa w należących do sfery jego odpowiedzialności dziedzinach bezpieczeństwa i obronności.

Bezpieczeństwo dostaw uzależnione jest w znacznej mierze od potencjału gospodarczego wykonawcy, który dzięki posiadanym zasobom technicznym, produkcyjnym, osobowym czy logistycznym daje gwarancję pewności dostaw. Jednakże posiadanie odpowiedniego potencjału gospodarczego nie jest wystarczające dla pełnego zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw. W szczególności zagrożenia dla pewności dostaw mogą wynikać ze specjalnych wymagań poszczególnych państw członkowskich w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, co podyktowane jest newralgicznym charakterem tych towarów i ustanawianymi przez te państwa ograniczeniami w zakresie obrotu sprzętem wojskowym. Powyższe nabiera na znaczeniu zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca mający siedzibę na terytorium państwa człon-

¹² Przepisy te stanowią transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 23 dyrektywy 2009/81/WE.

¹³ W Nocie wyjaśniającej KE dotyczącej bezpieczeństwa dostaw wskazuje się, że „bezpieczeństwo dostaw można zdefiniować jako gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa. Obejmuje to zdolność państw członkowskich do wykorzystywania swoich sił zbrojnych przy zachowaniu odpowiedniej kontroli krajowej oraz, w stosownych przypadkach, bez ograniczeń nakładanych przez strony trzecie. Tak szerokie pojęcie może obejmować szeroki zakres różnych aspektów przemysłowych, technologicznych, prawnych i politycznych.”.

kowskiego korzysta z podwykonawców mających siedzibę w państwach trzecich. Tym samym bezpieczeństwo dostaw uzależnione jest od sposobu organizacji całego łańcucha dostaw przez pierwotnego wykonawcę. Powyższe czyni zasadnym określenie szczególnych warunków w zakresie bezpieczeństwa dostaw odnoszących się do podwykonawców pozostających w kooperacji z wykonawcą.

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

Określenie wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw należy do kompetencji samego zamawiającego. Oznacza to, że wymagania te mają charakter umowny, a nie normatywny. Ustawa Pzp nie zawiera opisu szczegółowych wymagań w zakresie bezpieczeństwa, te bowiem są uzależnione od konkretnego przedmiotu zamówienia, a zatem muszą być ustalane w odniesieniu do każdego indywidualnego przypadku. Ustawa Pzp w art. 131g ust. 2 określa w zasadzie jedynie w sposób ogólny zakres dokumentów i informacji jakich może żądać zamawiający od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Podkreślenia przy tym wymaga, iż zakres ten nie ma charakteru wyczerpującego¹⁴. Tym samym określenie wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw nie jest ograniczone przepisami ustawy Pzp.

2.2. Wymagania związane z realizacją zamówienia

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

Powyższe oznacza, że wymagania związane z bezpieczeństwem dostaw stanowią element treści umowy w sprawie udzielenia zamówienia w dziedzinach obron-

¹⁴ Wyliczenie zawarte w przepisie art. 131g ust. 2 ustawy Pzp poprzedzone jest zwrotem „w szczególności”. Podobnie art. 23 dyrektywy 2009/81/WE nie zawiera wyczerpującego opisu informacji jakich może wymagać instytucja zamawiająca.

ności i bezpieczeństwa. Określają one zatem sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę. Wymagania te przekładają się na konkretne zobowiązania umowne wykonawcy, które wiążą go w toku wykonania umowy. Ewentualne uchybienie tym wymaganiom ze strony wykonawcy stanowić będzie zatem nienależyte wykonanie umowy, które będzie rodziło odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Uchybienia te mogą również stanowić podstawę do wypowiedzenia umowy w przypadku zastrzeżenia stosownej klauzuli umownej.

Z uwagi na powyższe spełnianie przez wykonawcę wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw podlega weryfikacji w ramach merytorycznej oceny oferty. Ocena ta nie jest zatem dokonywana w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców związanej z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji stwierdzenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w ramach weryfikacji merytorycznej oferty, że dany wykonawca nie gwarantuje realizacji zamówienia w sposób odpowiadający wymogom bezpieczeństwa dostaw określonym w opisie przedmiotu zamówienia, powinno skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)¹⁵.

W celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące w szczególności¹⁶:

- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego,
- zobowiązania wykonawcy do określenia ograniczeń obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa,
- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwi mu spełnienie wymogów

¹⁵ Należy wyjaśnić, iż w przypadku zamieszczenia wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiednie postanowienia muszą być również zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (arg. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 51 ust. 4, art. 57 ust. 5, art. 60e ust. 3 oraz art. 64 ust. 3 ustawy Pzp).

¹⁶ Art. 131g ust. 2 ustawy Pzp.

zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami,

- zobowiązania, na uzgodnionych warunkach, wykonawcy do zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej,
- zobowiązania wykonawcy do złożenia dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej,
- zobowiązania wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia,
- zobowiązania wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego,
- zobowiązania wykonawcy, na uzgodnionych warunkach, do zapewnienia, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania.

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

Zapewnienie elastyczności w kształtowaniu wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw oraz braku związania ustawowym katalogiem takich warunków nie oznacza oczywiście dowolności zamawiającego w ich określaniu. W tym zakresie znajdują bowiem zastosowanie podstawowe zasady traktatowe (zasada przejrzystości, zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności),

którym muszą odpowiadać ustalone przez zamawiającego warunki bezpieczeństwa dostaw. Z tych względów wymogi w zakresie bezpieczeństwa winny być opisane w sposób możliwie neutralny i obiektywny umożliwiający precyzyjne ustalenie warunków realizacji zamówienia, które muszą być spełnione przez wykonawców. Jest to tym bardziej istotne, że stwierdzenie braku zapewnienia realizacji zamówienia w sposób gwarantujący bezpieczeństwo dostaw skutkuje odrzuceniem oferty danego wykonawcy.

Z uwagi na konieczność zachowania powyższych zasad określenie w opisie przedmiotu zamówienia przedstawionych powyżej wymagań, nie może skutkować zobowiązaniem wykonawcy do uzyskania od władz państwa członkowskiego zobowiązania ograniczającego swobodę tego państwa w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub unijnego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt¹⁷. Nie jest przy tym dopuszczalne uznanie za naruszającego zasady bezpieczeństwa dostaw samego faktu konieczności uzyskania przez wykonawcę stosownych zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt zgodnie z prawem innego państwa członkowskiego.

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

Zamawiający może również zobowiązać wykonawców do wskazania ograniczeń obowiązujących w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa. Realizacja powyższego zobowiązania ma na celu przedstawienie zamawiającemu wszelkich ograniczeń jakie mogą go dotyczyć na etapie realizacji umowy i dalszego korzystania z przedmiotu zamówienia. Obowiązujące w tym zakresie ograniczenia zamawiającego winny być

¹⁷ Art. 131g ust. 4 ustawy Pzp.

mu znane już przed udzieleniem zamówienia publicznego. Znajomość tych ograniczeń może mieć bowiem istotne znaczenie dla oceny czy w odniesieniu do danego wykonawcy spełnione są wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw. Będzie to miało również istotne znaczenie dla możliwości zapewnienia przez zamawiającego udzielania późniejszych zamówień serwisowych w procedurach konkurencyjnych.

Istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa dostaw jest zapewnienie, aby gwarancja należytego wykonania zamówienia odnosiła się nie tylko do samego wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, ale także do podwykonawców pozostających z nim w kooperacji, a biorących faktyczny udział w realizacji zamówienia. Nienależyte działania podwykonawcy mogą bowiem w praktyce uniemożliwić zrealizowanie dostaw przez samego wykonawcę. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż w trakcie realizacji zamówienia mogą zachodzić zmiany po stronie podwykonawców, z którymi wykonawca realizuje zamówienie. Zmiany takie nie powinny jednak wywierać żadnego negatywnego wpływu na zobowiązania związane z bezpieczeństwem dostaw. W tym celu zamawiający może zobowiązać wykonawcę do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwia mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw, a także do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie wykonania zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami. Uszczegółowienie wymogów w tym zakresie należy do zamawiającego. Przedstawiona przez wykonawcę organizacja łańcucha dostaw powinna odpowiadać wymogom bezpieczeństwa dostaw określonym przez zamawiającego. Może to wiązać się z koniecznością prezentacji przez wykonawcę szczegółowych rozwiązań organizacyjnych i logistycznych dotyczących współpracy z podwykonawcami, a także rozwiązań alternatywnych na wypadek zagrożeń związanych z wypełnieniem zobowiązań przez podwykonawców. Ostatnie zagadnienie będzie szczególnie istotne w przypadku podwykonawców posiadających siedzibę w państwach trzecich, odległych geograficznie od miejsca realizacji zamówienia. W tym zakresie zapewnienie terminowości dostaw może wymagać przedstawienia przez wykonawcę rozwiązań alternatywnych na wypadek obiektywnej niemożliwości wykonania niezbędnych czynności przez podwykonawcę. Realizacja powyższego zobowiązania może również wiązać się z określeniem przez zamawiającego szczegółowych wymagań dla podwykonawców, zwłaszcza podwykonawców realizujących kluczowe elementy przedmiotu zamówienia¹⁸. Ustanowienie takich wymogów może wiązać się w uzasadnionych przypadkach z zobowiązaniem wykonawcy do współpracy wyłączenie z podwykonawcami mającymi siedzibę na terytorium jednego z państw członkowskich.

W zależności od rodzaju i przeznaczenia przedmiotu zamówienia bezpieczeństwo dostaw może wiązać się w sposób szczególny z zapewnieniem możliwości realizacji zamówienia w przypadku zwiększonych potrzeb zamawiającego wywołanych

¹⁸ Zob. art. 131r ust. 1 ustawy Pzp.

sytuacją kryzysową¹⁹. Jest to szczególnie istotne w związku z faktem, iż zamawiający realizują w tym zakresie zadania publiczne związane z obronnością i bezpieczeństwem państwa i jego obywateli, a więc zadania o charakterze priorytetowym. Z tego też względu zamawiający może określić wymagania związane z bezpieczeństwem dostaw w przypadku zaistnienia sytuacji kryzysowych. Realizacja tego zobowiązania może wiązać się z utrzymaniem przez wykonawcę określonej zdolności produkcyjnej gwarantującej możliwość realizacji zwiększonych dostaw w sytuacji kryzysowej. Przy czym jak wskazuje ustawa Pzp warunki realizacji powyższego zobowiązania mają być uzgodnione pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

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

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

Zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw wymaga również nałożenia na wykonawcę zobowiązań w zakresie informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w organizacji wykonawcy, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego. Powyższe zobowiązanie ma na celu dostarczenie zamawiającemu pełnej informacji o możliwych zagrożeniach dla przyszłych dostaw i podjęcie ewentualnych działań zapobiegaw-

¹⁹ Definicję sytuacji kryzysowej zawiera art. 2 pkt 8b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przez sytuację kryzysową należy rozumieć: wojnę, konflikt zbrojny, lub jakąkolwiek sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.

czych. Istotne przy tym jest to, że informacja przekazywana przez wykonawcę winna poprzedzać, z odpowiednim wyprzedzeniem, podjęte przez niego działania.

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

2.3. Wykluczanie wykonawców z powodu naruszenia bezpieczeństwa dostaw

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

W związku z tym ustawa Pzp ustanawia szczególne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a i pkt 5 ustawy Pzp). W tym zakresie ustawa Pzp rozszerza katalog negatywnych przesłanek udziału w postępowaniu w stosunku do klasycznego reżimu zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp)²⁰.

2.4. Wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw jako kryteria oceny ofert

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

²⁰ Bliższe omówienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa dostaw zawiera rozdział II.2.

Powyższe oznacza, że wymagania w zakresie bezpieczeństwa dostaw odnoszą się wprost do przedmiotu zamówienia, a nie do właściwości podmiotowych wykonawcy²¹. Z uwagi na taki charakter powyższych wymagań mogą one stanowić kryteria oceny ofert stosowane przez zamawiającego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty²².

Ustawa Pzp wprost dopuszcza stosowanie jako kryteriów oceny ofert odnoszących się do bezpieczeństwa dostaw²³. Tym samym sposób spełnienia przez poszczególnych wykonawców wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw może podlegać ocenie według zobiektywizowanych kryteriów określonych przez zamawiającego. Ocena ta będzie dotyczyć warunków wykonania zamówienia określonych w ofercie wykonawcy, wykraczających ponad minimalny poziom wymagań w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych przez zamawiającego. Warunki te mogą dotyczyć wszelkich aspektów wykonania przedmiotu zamówienia wpływających na poziom bezpieczeństwa realizowanych dostaw. Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert wraz z ich opisem, podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert²⁴.

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

3. OCHRONA INFORMACJI NIEJAWNYCH

3.1. Wymogi w zakresie informacji niejawnych

Ustawa Pzp nie określa samodzielnie zasad ochrony informacji niejawnych. W tym zakresie zastosowanie znajduje ustawa o ochronie informacji niejawnych oraz akty wykonawcze wydane na podstawie tej ustawy. Również przepisy ustawy o ochronie

²¹ Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

²² Najkorzystniejszą ofertę stanowi oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną (art. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

²³ Art. 131k ust. 1 ustawy Pzp.

²⁴ Art. 131k ust. 2 ustawy Pzp.

informacji niejawnych określają co stanowi informację chronioną w myśl tych przepisów (informacja niejawna).

Informacją niejawną jest każda informacja, której nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne²⁵. Informacje niejawne podlegają klasyfikacji według określonych klauzul tajności, w zależności od stopnia newralgiczności danych objętych tymi informacjami. Według tych kryteriów wyróżnia się informacje objęte klauzulą „ściśle tajne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, klauzulą „tajne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, klauzulą „poufne”, których nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej oraz klauzulą „zastrzeżone”, których nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Dookreślenie powyższych kryteriów, według których dokonuje się kwalifikacji poszczególnych informacji do jednej z wyżej wymienionych klauzul określają przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych²⁶.

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

Z uwagi na istotę informacji niejawnych (ochrona przed nieuprawnionym ujawnieniem) kluczowe zagadnienia związane z ich ochroną odnoszą do zasad ich udostępniania. Tego aspektu ochrony informacji niejawnych dotyczą głównie kwestie związane z ochroną informacji niejawnych w związku z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie zasadnicze znaczenie ma ustanowienie odpowiednich gwarancji ochrony informacji niejawnych. Zagwarantowanie bezpieczeństwa informacji niejawnych

²⁵ Art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

²⁶ Art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

wiąże się natomiast w głównej mierze ze zdolnością i wiarygodnością wykonawców do zapewnienia ochrony tych informacji²⁷.

3.2. Ograniczenie zasady jawności

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w procedurach udzielania zamówień publicznych jest jawność postępowania²⁸. Zasada ta przekłada się z jednej strony na obowiązki zamawiającego w zakresie udostępniania informacji o postępowaniu, a z drugiej strony na prawo uczestników postępowania do uzyskiwania takich informacji. Zasada ta stanowi zatem element zasady przejrzystości stanowiącej fundamentalną gwarancję prawidłowości i uczciwości procedur udzielania zamówień publicznych.

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

W pierwszej kolejności rozszerzeniu podlega zakres informacji niepodlegających ujawnieniu przez zamawiającego. Tak więc obok nieujawniania informacji zastrzeżonych przez innych wykonawców jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁹, zamawiający może również odmówić udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi³⁰. Przy czym należy nadmienić, iż dla odmowy udzielenia powyższych informacji nie jest konieczne zakwalifikowanie ich do informacji niejawnych. Tym samym ochrona ta obejmuje szerszy zakres informacji o newralgicznym charakterze, aniżeli ochrona wynikająca z ochrony informacji niejawnych. Z praktycznego punktu widzenia może to dotyczyć informacji, które w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można by zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako

²⁷ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa informacji (w:) Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, UZP, Warszawa 2011, s. 157 i n.

²⁸ Art. 8 ustawy Pzp.

²⁹ Zob. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

³⁰ Art. 131v pkt 1 ustawy Pzp.

takie przez wykonawcę³¹. Zastosowanie powyższego wyłączenia będzie również istotne z uwagi na potrzebę ochrony interesu publicznego, pomimo że dana informacja nie została opatrzona żadną z klauzuli tajności.

Ustawa Pzp przewiduje również analogiczne wyłączenie polegające na odmowie udzielenia informacji, jeżeli jej ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, w odniesieniu do udostępniania uczestnikom postępowania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków (art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1, art. 60d ust. 1 ustawy Pzp)³². Powyższe okoliczności mogą stanowić podstawę do nieujawniania rankingu wniosków i ocen otrzymanych przez poszczególnych uczestników postępowania.

Tożsame okoliczności mogą stanowić podstawę do odmowy ujawnienia pełnego zakresu informacji jakie powinny być zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ustawy Pzp)³³. Okoliczności te mogą również stanowić podstawę do odmowy przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn, z powodu zaistnienia których unieważniono prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 93 ust. 3 ustawy Pzp).

Okoliczności związane z możliwością utrudnienia stosowania przepisów prawa lub sprzecznością z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, lub możliwością zaszkodzenia zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, lub możliwością zaszkodzenia uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, mogą również uzasadniać odstąpienie przez zamawiającego od przekazania informacji o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności, dotyczącego tożsamego przedmiotu zamówienia, wykonawcy biorącemu udział w unieważnionym uprzednio postępowaniu (art. 93 ust. 5 ustawy Pzp).

Zgodnie z obowiązującymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymogami w zakresie przejrzystości procedury, decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wymaga uzasadnienia prawnego i fak-

³¹ Np. oświadczenie wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa zostało złożone po terminie składania ofert.

³² Art. 131v pkt 1 ustawy Pzp.

³³ Zastosowanie powyższego wyłączenia nie będzie jednak mogło dotyczyć podania informacji o wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (arg. z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp).

tycznego³⁴. Tym samym na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż w odniesieniu do określonego wykonawcy zachodzą przyczyny stanowiące podstawę do jego wykluczenia z postępowania. W tym zakresie istotny wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dotyczy możliwości odstąpienia przez zamawiającego od obowiązku uzasadnienia decyzji o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielanie informacji o treści dokumentu³⁵. Powyższy wyjątek jest podyktowany względami związanymi z ochroną źródeł informacji, a także ochroną informacji o kluczowym znaczeniu dla interesów bezpieczeństwa państwa.

Jednocześnie należy wskazać, iż ustawa Pzp stanowi w tym zakresie, że informacje stanowiące przesłankę utraty wiarygodności wykonawcy, wskazujące na możliwość utraty przez niego zdolności ochrony informacji niejawnych, podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych³⁶.

3.3. Wykluczanie wykonawców z powodu naruszenia bezpieczeństwa informacji

Zdolność i wiarygodność wykonawców związane z ochroną informacji niejawnych są kluczowe dla udzielania i realizowania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa³⁷. Powyższe ustalenie przekłada się na kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców stosowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

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

³⁴ Art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

³⁵ Art. 131e ust. 4 ustawy Pzp.

³⁶ Art. 131e ust. 3 ustawy Pzp.

³⁷ Zob. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca bezpieczeństwa informacji, s. 157.

nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W tym zakresie ustawa Pzp ustanawia szczególne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a, pkt 4 oraz pkt 5 ustawy Pzp). Ustawa Pzp rozszerza zatem katalog negatywnych przesłanek udziału w postępowaniu w stosunku do klasycznego reżimu zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp)³⁸.

3.4. Wymagania bezpieczeństwa informacji związane z udzieleniem zamówienia

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

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

Udostępnienie informacji niejawnych wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa musi być zatem zgodne z wymaganiami ochrony informacji niejawnych ustanowionymi w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Dostęp do takich informacji może zatem uzyskać wyłącznie wykonawca posiadający zdolność do ochrony informacji niejawnych potwierdzoną zgodnie z tymi przepisami³⁹. W przypadku informacji objętych klauzulą „poufne” lub wyższe konieczne jest zatem posiadanie przez wykonawcę

³⁸ Bliższe omówienie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności z uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa informacji zawiera rozdział II.2.

³⁹ Zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych 1 warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów albo zadań wynikających z przepisów prawa, jest zdolność do ochrony informacji niejawnych.

świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego⁴⁰. W przypadku zaś wykonawców wykonujących działalność jednoosobowo lub osobiście wymagane jest posiadanie odpowiedniego poświadczenia bezpieczeństwa⁴¹.

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

Ustawa o ochronie informacji niejawnych dopuszcza jednak możliwość przekazania informacji niejawnych wykonawcy pomimo braku posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego lub poświadczenia bezpieczeństwa, za pisemną zgodą właściwego organu, w sytuacji gdy wobec wykonawcy zostało już wszczęte postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub postępowanie sprawdzające⁴².

Podkreślenia również wymaga, iż informacje niejawne, którym nadano kreśloną klauzulę tajności, mogą być udostępnione wyłącznie osobie uprawnionej, zgodnie z przepisami dotyczącymi określonej klauzuli tajności. Warunkiem dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej jest posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa⁴³. Natomiast warunkiem dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” jest posiadanie pisemnego upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej oraz odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Konieczność spełniania powyższego wymogu potwierdza ustawa Pzp stanowiąc, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podmioty uczestniczące w nim mogą zapoznać się z dokumentami niejawnymi w czytelni w kancelarii tajnej zamawiającego, pod warunkiem posiadania poświadczenia bezpieczeństwa zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych⁴⁴.

⁴⁰ Art. 54 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁴¹ Art. 21 i n. ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁴² Art. 54 ust. 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ustawa ta stanowi również, iż w szczególnie uzasadnionych przypadkach podmioty, o których mowa w ust. 7, mogą wyrazić pisemną zgodę na jednorazowe udostępnienie określonych informacji niejawnych przedsiębiorcy nieposiadającemu odpowiedniego świadectwa lub poświadczenia bezpieczeństwa w przypadku przedsiębiorcy, o którym mowa w ust. 3 i wobec którego nie jest prowadzone postępowanie bezpieczeństwa przemysłowego lub nie jest prowadzone postępowanie sprawdzające (art. 57 ust. 8 ustawy Pzp).

⁴³ Art. 8 i art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁴⁴ Art. 131v pkt 3 ustawy Pzp.

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

3.5. Wymagania bezpieczeństwa informacji związane z wykonaniem zamówienia

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

Podkreślenia przy tym wymaga, iż obowiązek ochrony informacji niejawnych dotyczy nie tylko wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, ale także podwykonawców biorących udział w jego realizacji, którzy weszli w związku z jego wykonaniem w posiadanie takich informacji. W odniesieniu do podwykonawców znajdują również zastosowanie wymagania związane z ochroną informacji niejawnych określone w przepisach o ochronie informacji niejawnych (np. wymóg posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego)⁴⁵.

Stosownie do powyższego wymogu ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poinformowania wykonawcy o ciążącym na nim obowiązku zapewnienia ochrony informacji niejawnych, które uzyskał w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz po jego zakończeniu, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych⁴⁶.

Zamawiający może również zobowiązać wykonawcę do poinformowania podwykonawców o ciążącym na nich obowiązku ochrony informacji niejawnych, które uzyskali w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz po jego zakończeniu, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych⁴⁷.

W tym zakresie ustawa o ochronie informacji niejawnych wymaga wprowadzenia do umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyż-

⁴⁵ Art. 52 ust. 6 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁴⁶ Art. 131f. ust. 2 ustawy Pzp.

⁴⁷ Art. 131f. ust. 3 ustawy Pzp.

szej instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego⁴⁸. Instrukcja ta określa szczegółowe wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, które zostaną przekazane wykonawcy w związku z wykonywaniem umowy, odpowiednio do liczby tych informacji, klauzuli tajności oraz liczby osób mających do nich dostęp, skutki oraz zakres odpowiedzialności wykonawcy umowy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych, a także nieprzestrzegania wymagań określonych w instrukcji bezpieczeństwa przemysłowego. Instrukcja bezpieczeństwa przemysłowego powinna również zawierać klauzule tajności poszczególnych materiałów lub rodzajów materiałów, które zostaną wytworzone przez wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy, sposób postępowania z materiałami niejawnymi, które zostaną przekazane wykonawcy lub przez niego wytworzone w związku z wykonywaniem umowy.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych wymaga wyznaczenia przez kierownika jednostki organizacyjnej zawierającej umowę związaną z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, osoby odpowiedzialnej za nadzorowanie, kontrolę i doradztwo w zakresie wykonywania przez wykonawcę obowiązku ochrony wytworzonych w związku z realizacją umowy lub przekazanych mu informacji niejawnych⁴⁹.

Ponadto ustawa o ochronie informacji niejawnych zawiera szczególne obowiązki informacyjne spoczywające na wykonawcy w czasie realizacji umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej⁵⁰. W tym zakresie wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego informowania osoby wyznaczonej przez zamawiającego do nadzorowania wykonywania przez wykonawcę obowiązku ochrony, o zmianach w systemie ochrony informacji niejawnych u wykonawcy, zmianach osób wykonujących umowę, a także potrzebie zawarcia z podwykonawcą umowy związanej z dostępem do informacji niejawnych.

W celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych zamawiający jest zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagań związanych z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia może określić w szczególności⁵¹:

- zobowiązanie wykonawcy i podwykonawcy do zachowania poufnego charakteru informacji niejawnych znajdujących się w jego posiadaniu lub z którymi

⁴⁸ Art. 71 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁴⁹ Art. 71 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁵⁰ Art. 70 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

⁵¹ Art. 131g, ust. 1 ustawy Pzp.

zapozna się w trakcie realizacji zamówienia i po jego zakończeniu, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych,

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

Dla zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa informacji niejawnych w związku z udzieleniem zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istotne znaczenia ma przyznana zamawiającemu wprost w przepisach ustawy Pzp (art. 131r ust. 1) kompetencja do odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę, jeżeli podwykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia, co może w pełni dotyczyć wymogów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych, w tym w szczególności zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania dotyczących oceny zdolności do wypełnienia zobowiązań związanych z ochroną tych informacji (art. 131e ust. 1 pkt 3 lit. a, pkt 4 i 5 ustawy Pzp)⁵². Do oceny spełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia, stosuje się odpowiednio opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu dotyczącym wyboru wykonawcy, mając na uwadze opis przedmiotu umowy o podwykonawstwo. W przypadku odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy z określonym podwykonawcą zamawiający zawiadamia wykonawcę o powodach odmowy wyrażenia zgody, wskazując warunki udziału w postępowaniu, których proponowany podwykonawca nie spełnia⁵³.

⁵² Art. 131r ust. 4 ustawy Pzp.

⁵³ Art. 131r ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

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

4. INNE WYMAGANIA ZWIĄZANE Z BEZPIECZEŃSTWEM INFORMACJI NIEJAWNYCH

Kontrola udzielania zamówień publicznych

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

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

Rozpoznanie odwołań w zamówieniach zawierających informacje jawne

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

Zgodnie ze zmienionym art. 189 ust. 6 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli

przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inna niż informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W odniesieniu do odwołań, przy rozpoznaniu których może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych, ustawa Pzp ustanawia szczególne reguły dotyczące ich rozpoznania.

W pierwszej kolejności ustawa Pzp przewiduje, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawna w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. W takim przypadku Krajowa Izba Odwoławcza może również postanowić o rozpatrzeniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony⁵⁴. W świetle tych uregulowań wyłączenie jawności rozprawy z mocy prawa dotyczy jedynie tej części rozprawy, na której mogą być ujawnione informacje niejawne. Tym samym w pozostałym zakresie rozprawa ma charakter jawny. Dopiero w przypadku podyktowanym ważnym interesem strony Krajowa Izba Odwoławcza może wyłączyć jawność rozprawy w całości. Ocena ta jednak będzie dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą każdorazowo w odniesieniu do realiów indywidualnego przypadku.

W przypadku wniesienia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na wniosek Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze zapewnienie ochrony informacji niejawnych, wskazuje miejsce rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.⁵⁵ Wprowadzenie powyższego uregulowania związane jest koniecznością zapewnienia warunków technicznych pomieszczenia, w którym odbędzie się rozprawa, odpowiednich do wymagań związanych z ochroną informacji niejawnych (np. ochrona przed podsłuchem). Obowiązek wskazania takiego miejsca spoczywa na Prezesie Urzędu.

W odniesieniu do ochrony informacji niejawnych w ramach postępowań odwoławczych ustawa Pzp nakłada na członków Krajowej Izby Odwoławczej szczególny obowiązek zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działają w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁵⁶.

⁵⁴ Art. 189 ust. 7 i 8 ustawy Pzp.

⁵⁵ Art. 189 ust. 9 ustawy Pzp.

⁵⁶ Art. 190 ust. 9 ustawy Pzp.

TRYBY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Joanna Czarnecka

1. WPROWADZENIE

Podstawowym powodem nowelizacji ustawy *Prawo zamówień publicznych*¹ (dalej: Pzp) wprowadzonej ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi*² była konieczność przeniesienia na grunt prawa polskiego rozwiązań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE³ (tzw. dyrektywa obronna). Wprowadzenie na grunt prawa polskiego przepisów dyrektywy obronnej odbyło się z pełnym uwzględnieniem faktu, że zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jak również modernizacja i rozwój polskiego przemysłu obronnego **mają istotne znaczenie dla bezpieczeństwa Rzeczypospolitej**. Z uwagi na powyższe, ustawodawca wykorzystał wszelkie możliwości przewidziane dyrektywą obronną, w zakresie wzmocnienia potencjału polskiego przemysłu, a także jego potencjału rozwojowego. Wszystkie regulacje wprowadzone do ustawy Pzp pozostają zgodne z wymogami prawa europejskiego.

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

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

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

² Dz. U. z 2012 r. poz. 1271.

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

- złożoności;
- bezpieczeństwa dostaw lub
- bezpieczeństwa informacji.

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

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

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

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

2. PODSTAWOWE TRYBY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W DZIEDZINACH BEZPIECZEŃSTWA I OBRONNOŚCI

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

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

- przetarg ograniczony oraz
- negocjacje z ogłoszeniem.

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

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

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

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

Inaczej niż w zamówieniach klasycznych czy tzw. zamówieniach sektorowych, w przypadku zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności procedurami bezwarunkowymi do pierwszej kategorii należą negocjacje z **ogłoszeniem** oraz **przetarg ograniczony**⁴. Do drugiej kategorii trybów należą natomiast **dialog konkurencyjny** oraz **negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki, a także licytacja elektroniczna**.

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

⁴ Zgodnie z definicją ujętą w art. 1 ust. 19 dyrektywy obronnej, „procedury ograniczone” oznaczają procedury, o udział w których ubiegać się może każdy wykonawca oraz, w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

stanowią trybu udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

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

2.1. Przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem

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

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

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

mniejszej niż 3. W sytuacji gdy **liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest zbyt niska**, aby zapewnić rzeczywistą konkurencję zamawiający może:

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

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

3. POZOSTAŁE TRYBY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W DZIEDZINACH BEZPIECZEŃSTWA I OBRONNOŚCI

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

3.1. Dialog konkurencyjny

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

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

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

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

Jak wskazano w *Wytycznych*⁵ przyjmuje się, że zamówienie może być szczególnie złożone ze względów technicznych lub z uwagi na strukturę prawno-finansową.

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

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

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

Udzielając zamówienia publicznego w tym trybie, zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu albo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że **postępowanie będzie prowadzone w następujących po sobie etapach**, do udziału w których zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty otrzymały najwięcej punktów w wyniku zastosowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 131h ust. 4 Pzp).

⁵ „Wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów w dniu 18 listopada 2010 r., dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, www.uzp.gov.pl.

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

3.2. Licytacja elektroniczna

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

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

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

3.3. Negocjacje bez ogłoszenia

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

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

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

- 1) przedmiotem zamówienia są **rzeczy wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych** z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 2) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego **nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 3) ze względu na **pilną potrzebę** udzielenia zamówienia **wynikającą z sytuacji kryzysowej** nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 4) ze względu na **pilną potrzebę** udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 5) przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 4 pkt 5b Pzp⁶;
- 6) w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestnictwem w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane, lub

⁶ Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 5b Pzp: „Ustawy nie stosuje się do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu UE, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”.

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

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

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

Jak wskazuje preambuła do dyrektywy 2009/81/WE, niektóre wyjątkowe okoliczności **mogą uniemożliwić zastosowanie procedury z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub sprawić, że byłaby ona całkowicie nieodpowiednia**. Instytucje/podmioty zamawiające powinny więc mieć możliwość, w pewnych dokładnie określonych przypadkach i okolicznościach, zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (motyw 50). Niektóre okoliczności powinny być częściowo takie same jak okoliczności przewidziane w dyrektywie 2004/18/WE. W tym względzie trzeba szczególnie brać pod uwagę fakt, że wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest często bardzo złożone technicznie. Dlatego też **niekompatybilność lub nieproporcjonalne trudności techniczne związane z ich stosowaniem i konserwacją, uzasadniająca skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia w przypadku zamówień wyposażenia dla dostaw uzupełniających, powinny być oceniane w świetle tej właśnie złożoności i związanych z tym wymogów interoperacyjności oraz standaryzacji wyposażenia**. Dotyczy to m.in. przypadku integracji nowych komponentów z istniejącymi systemami lub modernizacji takich systemów (motyw 51). Może się zdarzyć, że w przypadku niektórych

zakupów objętych zakresem dyrektywy obronnej, tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie z uwagi posiadania wyłącznych praw lub ze względów technicznych. W takich przypadkach instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinny mieć prawo udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych bezpośrednio z tym jedynym wykonawcą. Jednak **względy techniczne decydujące o tym, że tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie, powinny być rygorystycznie zdefiniowane i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku**. Może to obejmować przykładowo niemożność ze względów ściśle technicznych ze strony kandydata innego, niż wybrany wykonawca, realizacji wymaganych celów lub konieczność korzystania z wiedzy fachowej, narzędzi lub środków, którymi dysponuje tylko jeden wykonawca. Sytuacja taka może wystąpić przykładowo w przypadku modyfikacji lub modernizacji szczególnie złożonego sprzętu. Względy techniczne mogą wynikać również z wymogów szczególnej interoperacyjności lub bezpieczeństwa, które muszą zostać spełnione, aby zapewnić funkcjonowanie sił zbrojnych lub służb bezpieczeństwa (motyw 52). Co więcej, specyfika zamówień podlegających niniejszej dyrektywie **ukazuje konieczność przewidzenia nowych okoliczności, jakie mogą zaistnieć w dziedzinach nią objętych** (motyw 53).

3.4. Zamówienie z wolnej ręki

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

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

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

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

- dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp);

– w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów

lub

b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp);

– możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym (art. 67 ust. 1 pkt 8 Pzp);

– zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 67 ust. 1 pkt 9 Pzp);

2) ze względu na sytuację kryzysową wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;

4) zamówienie dotyczy dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego wykonawcę, których celem jest częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji lub zwiększenie dostaw lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu; przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat;

- 5) w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest zamówienie uzupełniające tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

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

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

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

- badanie,
- rozwój,
- projektowanie przemysłowe,
- produkcję,
- naprawę,
- modernizację,
- zmianę,
- utrzymanie,
- logistykę,
- szkolenie,
- testowanie,

- wycofanie i
- usuwanie.

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

4. PODSUMOWANIE

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

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

KATALOG PRZESŁANEK UMOŻLIWIAJĄCYCH ZAMAWIAJĄCEMU ODRZUCENIE OFERTY ORAZ UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Joanna Czarnecka

1. WPROWADZENIE

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) wprowadzona *ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy na roboty budowlane lub usługi*¹ w art. 131L implementująca na grunt prawa polskiego rozwiązanie przewidziane *dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE*² (tzw. dyrektywa obronna) wprowadziła **otwarty katalog podstaw umożliwiających zamawiającemu odrzucenie oferty oraz unieważnienie postępowania**.

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

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

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

¹ Dz. U. z 2012 r., poz. 1271.

² Dz. U. UE L 216 z dn. 20.08.2009 r., str. 76.

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

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

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

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

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

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

2. ODRZUCENIE OFERTY

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

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3³;

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

- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W celu **zapewnienia bezpieczeństwa państwa**, nowa regulacja w przepisie art. 1311 ust. 1 pkt 1 Pzp wprowadza regulację, zgodnie z którą zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie przesłanek **innych aniżeli przesłanki, o których mowa w cytowanym powyżej art. 89 ust. 1** pod warunkiem, że przesłanki te określili w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia – co istotne – w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu.

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

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

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

3. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

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

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

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

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

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

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

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

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

4. OBOWIĄZEK INFORMOWANIA

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

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

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

Ponadto, należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 35 ust. 3 dyrektywy obronnej, instytucje/podmioty zamawiające mogą podjąć **decyzję o nieudzieleniu pewnych informacji**, o których mowa powyżej (art. 35 ust. 1 dyrektywy obronnej), w odniesieniu do udzielania zamówień (lub zawierania umów ramowych), jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnie z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

PODWYKONAWSTWO W ZAMÓWIENIACH W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Artur Kowalski

1. WPROWADZENIE

Przepisy dotyczące podwykonawstwa to – obok rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji – jedna z głównych nowości wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), dalej: ustawa nowelizująca, w ślad za dyrektywą obronną¹, do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; Nr 161, poz. 1078; Nr 182, poz. 1228; z 2011 r. Nr 5, poz. 13; Nr 28, poz. 143; Nr 87, poz. 484; Nr 234, poz. 1386; Nr 240, poz. 1429; z 2012 r. poz. 769, 951, 1101 i 1271), dalej: ustawa, i jeden z głównych elementów wyróżniających sposób uregulowania postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na tle ogólnego reżimu udzielania zamówień publicznych.²

W przypadku zamówień udzielanych na podstawie przepisów dodawanego ustawą nowelizującą rozdziału 4a w dziale III ustawy zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, przy czym poziom ten nie może przekraczać 30% wartości udzielonego danemu wykonawcy zamówienia. Co więcej, ustawa nowelizująca przewiduje wybór podwykonawców w drodze konkurencyjnego postępowania wszczynanego publikacją ogłoszenia o podwykonawstwie. Taka procedura znajduje zastosowanie zawsze, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, a także jeżeli zamawiający zobowiąże do tego wykonawcę w odniesieniu do części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa.

¹ Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76).

² Por. przygotowaną przez Dyрекcję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług *Guidance note on Subcontracting* opublikowaną na stronie internetowej Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-subcontracting_en.pdf. Polskie tłumaczenie noty można znaleźć w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, str. 169 i nast.

Celem tych przepisów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień małym i średnim przedsiębiorstwom, którym byłoby trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie, przy jednoczesnym zagwarantowaniu im równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego.

2. DEFINICJE

Umowa o podwykonawstwo została zdefiniowana w art. 131m ust. 2 ustawy jako pisemna umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a co najmniej jednym innym podmiotem.

Jednocześnie za taki inny podmiot, tj. za podwykonawcę, na mocy 131u ust. 1, nie uznaje się podmiotów powiązanych z wykonawcą ani podmiotów wchodzących w skład grupy utworzonej w celu ubiegania się o zamówienie, ani podmiotów powiązanych z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy.

3. WYMAGANIA W ZAKRESIE PODWYKONAWSTWA

Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może nałożyć na wykonawcę szczególne wymagania dotyczące podwykonawstwa, o których ma obowiązek poinformować na możliwie wczesnym etapie postępowania, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu. Inaczej niż w przypadku bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, gdzie wyliczenie możliwości dostępnych zamawiającemu nie jest wyczerpujące, katalog dopuszczalnych wymagań w zakresie podwykonawstwa, zawarty w art. 131g ust. 3 i 131m ust. 1 ustawy, ma charakter zamknięty. Mogą one obejmować:

- zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podwykonawcom, oraz podania wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiotu umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani;
- zobowiązanie wykonawcy do informowania zamawiającego o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia;
- zobowiązanie wykonawcy do wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu – w odniesieniu do wszystkich lub niektórych planowanych przez wykonawcę umów o podwykonawstwo;

- zobowiązanie wykonawcy do zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu (ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa);
- zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego oraz poinformowania o podwykonawcach, których wykonawca już wybrał.

Wszystkie wymienione rozwiązania mają charakter fakultatywny i ich zastosowanie zostało uzależnione od decyzji zamawiającego podejmowanej w konkretnym postępowaniu.

Formularz ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa³ zawiera dedykowaną podwykonawstwu część II.1.7 umożliwiającą poinformowanie wykonawców o wymaganiach zamawiającego dotyczących podwykonawstwa.

4. USTALENIE MINIMALNEGO POZIOMU PODWYKONAWSTWA

Przepis art. 131m ustawy przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zobowiązania wykonawcy do powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu poprzez wskazanie minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Zamawiający, który zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w tym zakresie, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo. Inaczej mówiąc, zamawiający określa minimalny poziom podwykonawstwa, podając w ogłoszeniu dwie wartości: dolną i górną granicę podwykonawstwa rozumianego jako odsetek wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom. Zarazem ustawa ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu drugiej z tych wartości, wskazując, że łączna wartość umów o podwykonawstwo objętych omawianym obowiązkiem nie może przekraczać 30% udzielanego zamówienia. Tym samym, zamawiający może określić minimalny poziom podwykonawstwa poprzez wskazanie dwóch wartości mieszczących się w przedziale od > 0% do 30% wartości udzielanego zamówienia.

³ Wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony w załączniku XVI do rozporządzenia wykonawczego Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie nr 1564/2005 (Dz. Urz. UE L 222 z 27.8.2011, str. 1).

Wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia powyższych wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa. Każdy procent wartości umowy mieszczący się w przedziale określonym przez zamawiającego uznaje się za realizujący wymagania zamawiającego dotyczące podwykonawstwa.

Jednocześnie za spełniające wymagania zamawiającego w tym zakresie nie uznaje się, zgodnie z art. 131u ustawy, umów zawartych przez wykonawcę z podmiotami powiązanymi i podmiotami wchodzącymi w skład grupy utworzonej w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie, ani z podmiotami powiązanymi z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy. Wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty wykaz tych podmiotów oraz na bieżąco go uaktualniać.

Wszystkie części zamówienia wskazane przez wykonawcę w celu spełnienia wymagań dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa muszą być powierzone podwykonawcom wybranym w konkurencyjnym postępowaniu, o czym niżej.

Należy przy tym pamiętać, że na podstawie art. 131p ust. 1 ustawy wykonawcy przysługuje jednocześnie uprawnienie do powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia w części wykraczającej poza minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zamawiający, określając w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny poziom podwykonawstwa, tj. zobowiązując wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo stanowiących ustalony odsetek wartości głównego zamówienia, nie ma wpływu na to, które konkretnie części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom celem osiągnięcia wymaganego minimalnego poziomu podwykonawstwa. Zamawiający może natomiast mieć wpływ na to, które spośród części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa, zostaną powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym. Tyle że i w tym przypadku wpływ zamawiającego jest ograniczony, bowiem opiera się na wyborze dokonanym w ofercie przez wykonawcę.

5. WYBÓR PODWYKONAWCÓW W POSTĘPOWANIU KONKURENCYJNYM

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców zostało uregulowane w art. 131n ustawy.

Jak to zostało wyżej wspomniane, wykonawca jest zobowiązany do wyłonienia podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym zawsze, gdy zamawiającym

korzysta z przysługującego mu uprawnienia do określenia minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Ponadto, jeżeli wykonawca zamierza zawrzeć umowy o podwykonawstwo w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa określony przez zamawiającego, informuje o tym zamawiającego, wskazując, które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom ponad poziom minimalny, a zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wskazania, które z tych części powinny zostać powierzone w postępowaniu konkurencyjnym.

Podobnie w sytuacji, gdy zamawiający nie określa minimalnego poziomu podwykonawstwa, a wykonawca zamierza zlecić realizację części lub całości zamówienia podwykonawcom, zamawiającemu przysługuje uprawnienie wskazania, w oparciu o decyzję wykonawcy, części zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym.

Aby realizacja omawianych uprawnień zamawiającego była możliwa, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, a w przypadku, gdy zamawiający korzysta z uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim w zakresie wykraczającym ponad ten poziom minimalny.

Umowy o wartości powyżej tzw. progów unijnych

W przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro⁴ oraz robót budowlanych o wartości co najmniej 5 000 000 euro⁵ wykonawca, któremu udzielono zamówienia, wszczyna postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców, publikując ogłoszenie o podwykonawstwie. Przepisy dotyczące ogłoszenia o zamówieniu stosuje się odpowiednio. Oznacza to, w szczególności, że wykonawca przekazuje ogłoszenie o podwykonawstwie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pisemnie faksem lub drogą elektroniczną za pomocą strony internetowej <http://simap.europa.eu>. Przy ustalaniu wartości umowy o podwykonawstwo wykonawca stosuje odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia (zob. art. 32–35 ustawy).

⁴ Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650) równowartość kwoty 400 000 euro wynosi 1 607 840 złotych.

⁵ Zgodnie z cyt. rozporządzeniem w sprawie kursu złotego równowartość kwoty 5 000 000 euro wynosi 20 098 000 złotych.

Wykonawca nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia o podwykonawstwie, jeśli zachodzi którakolwiek z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Ogłoszenie o podwykonawstwie⁶ musi przede wszystkim zawierać opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podwykonawcę. Oprócz kryteriów selekcji jakościowej podwykonawców (warunków udziału w postępowaniu) przewidzianych przez zamawiającego, opis ten może obejmować wszelkie inne kryteria, jakie wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców i oceny ich ofert, o ile będą one obiektywne, niedyskryminujące i spójne ze sposobem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału stosowanym przez zamawiającego przy wyborze wykonawcy głównego zamówienia.

W toku postępowania w sprawie wyboru podwykonawców wykonawca jest obowiązany działać w sposób przejrzysty i przestrzegać zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców może prowadzić do zawarcia umowy ramowej. W takiej sytuacji umowy o podwykonawstwo zawierane są na warunkach określonych w umowie ramowej. Z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, uwzględniając cykl życia produktów oraz trudności techniczne, jakie spowodowałyby zmiana wykonawcy, okres, na jaki jest zawierana umowa ramowa, nie może przekroczyć siedmiu lat.

Wykonawca nie ma obowiązku zawierania umowy o podwykonawstwo, jeżeli żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców albo żadna ze złożonych ofert nie spełniają wymagań określonych w ogłoszeniu o podwykonawstwie, wskutek czego wykonawca nie może spełnić wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa.

Umowy o wartości poniżej tzw. progów unijnych

Publikacja ogłoszenia o podwykonawstwie nie jest obowiązkowa w przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 400 000 euro oraz robót budowlanych o wartości poniżej 5 000 000 euro. Zarazem ustawa dopuszcza publikację takiego ogłoszenia, niezależnie od wartości umowy o podwykonawstwo, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym.

⁶ Wzór ogłoszenia o podwykonawstwie został określony w załączniku XVIII do rozporządzenia 842/2011.

W przypadku tego rodzaju umów o podwykonawstwo ustawa nakłada jedynie na wykonawcę obowiązek stosowania zasad traktatowych, w szczególności zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i działania w sposób przejrzysty.

6. MOŻLIWOŚĆ ODRZUCENIA PODWYKONAWCÓW

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a także na każdym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu przysługuje, na mocy art. 131r ust. 1 ustawy, uprawnienie do odrzucenia proponowanego podwykonawcy, w stosunku do którego zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym ze względu na bezpieczeństwo dostaw, bezpieczeństwo informacji albo zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, lub który nie spełnia przewidzianych dla wykonawcy zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Do podwykonawców znajdują zastosowanie te same przesłanki wykluczenia, które obowiązują w przypadku wykonawców (zob. art. 131e ust. 1 ustawy). Z kolei do oceny spełniania przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu stosuje się odpowiednio opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę z uwzględnieniem opisu przedmiotu umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, że stawiane podwykonawcom warunki muszą być związane z przedmiotem tej umowy oraz być do przedmiotu tej umowy proporcjonalne.

Odrzucając podwykonawcę, zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawcy, który go proponował, o powodach swojej decyzji.

Odpowiednikiem omawianego uprawnienia zamawiającego po stronie wykonawcy jest obowiązek wskazania w ofercie wszystkich proponowanych podwykonawców wraz z przedmiotem umów, dla których zostali wybrani, zaś na etapie realizacji zamówienia obowiązek informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców. Dlatego też wskazane jest, by zamawiający, celem umożliwienia sobie realizacji uprawnień w tym zakresie, nałożył na głównego wykonawcę odpowiednie obowiązki informacyjne.

7. PODSUMOWANIE

Reasumując, ustawa przewiduje możliwość nałożenia przez zamawiającego na wykonawcę szeregu wymagań w zakresie podwykonawstwa, które mogą, w szczególności, dotyczyć obowiązku wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postę-

powaniu albo obowiązku zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom. Poza tym ustawa przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, jeżeli podwykonawcy proponowani przez wykonawcę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w tym tych dotyczących bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw.

POZOSTAŁE ZMIANY W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Wioleta Bajda

1. PODZIAŁ ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI

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

1. art. 131a ust. 1 ustawy Pzp, na które składają się:
 - a) posiadanie przez podmiot udzielający zamówienia statusu zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp zamówień publicznych,
 - b) udzielanie zamówienia na:
 - dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
 - dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
 - roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
 - roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty.
2. w odniesieniu do dostaw i usług: art. 131b ustawy Pzp, tj. udzielanie zamówienia w dziedzinach obronności o bezpieczeństwa na dostawy lub usługi o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
3. brak istnienia podstaw do wyłączenia stosowania ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wskazanych w art. 4b ust. pkt 1–7 i art. 4 pkt 5 i 5b.

Znowelizowane przepisy wskazują i określają również zasady postępowania w odniesieniu do zamówień mieszanych, czyli obejmujących przedmiotowo zarówno zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp. I tak – zgodnie z art. 131a ust. 2 ustawy Pzp przepisy rozdziału dotyczącego zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się również do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy ustawy, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Kolejny ustęp ww. artykułu stanowi z kolei, że ustawy nie stosuje się do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie ustawy, jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Dodany nowelizacją przepis ust. 4 art. 131a ustawy Pzp formułuje ponadto zakaz łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu uniknięcia stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

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

zarówno dostawy, usługi i roboty budowlane określone w art. 131a ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp, jak i inne zamówienia, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy, zgodnie z treścią ust. 2 art. 131a ustawy Pzp, zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 stosuje przepisy Rozdziału 4a, gdy udzielenie jednego zamówienia obejmującego cały zróżnicowany przedmiot zamówienia jest uzasadnione z obiektywnych przyczyn. Ustawa Pzp nie znajduje zastosowania w związku z treścią art. 131a ust. 3 ustawy do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie przepisów ustawy Pzp w sytuacji, gdy udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Z powyższego wynika zatem, że w obydwu wyżej wskazanych przypadkach zastosowanie mają te same zasady, otóż zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp może zastosować mniej restrykcyjne regulacje tzw. reżimu obronnego dla całego zamówienia, pod warunkiem, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia jest uzasadniona z obiektywnych względów i nie została podjęta w celu wyłączenia zamówień z zakresu zastosowania reżimu obronnego albo klasycznego lub sektorowego. Dlatego też w odniesieniu do sytuacji wskazanej w ust. 2 art. 131a ustawy całego zamówienia udziela się w zgodnie z przepisami wskazanymi w Rozdziale 4a ustawy Pzp, natomiast w przypadku uregulowanym w ust. 3 art. 131a ustawy – zamówienie nie podlega w ogóle przepisom ustawy Pzp. Należy przy tym zwrócić uwagę, że wskutek zastosowania tych zasad dochodzi do wyłączenia niektórych zamówień z zakresu stosowania przepisów reżimu udzielania klasycznego lub sektorowego zamówień publicznych, bądź stosowania przepisów dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które w innych okolicznościach miałyby do niego zastosowanie. W związku z powyższym przepisy art. 131a ust. 2 i 3 winny być ściśle interpretowane, a zamawiający opierający się przy udzielaniu mieszanego zamówienia na ww. przepisach są zobowiązani udowodnić, że różne komponenty zamówienia mieszanego są obiektywnie powiązane w sposób uzasadniający włączenie ich w ramy jednego zamówienia, a w konsekwencji – że niezbędne jest udzielenie całości takiego zamówienia jednemu wykonawcy¹. Powyższe potwierdza wyrażony w ust. 4 art. 131a ustawy Pzp zakaz łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w celu uniknięcia stosowania procedur określonych w ustawie Pzp.

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

¹ Por. wyrok z dnia 6 maja 2010 r. w połączonych sprawach C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki AE, paragraf 45–64.

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

Wskazać przy tym należy, że dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień finansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo

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

2. UELASTYCZNIENIE KRYTERIÓW OCENY OFERT

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

Implementację postanowień dyrektywy obronnej w zakresie kryteriów oceny ofert stanowi przepis art. 131k ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Z powyższego wynika więc, że – podobnie jak w zamówieniach klasycznych, zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosowane kryterium ceny, czy też pod uwagę oprócz ceny będą brane także inne kryteria oceny ofert. Przepis art. 131k ust. 1 zawiera również przykładowe wyliczenie pozacenowych kryteriów oceny ofert, wskazując, że zamawiający może stosować w szczególności:

- 1) kryteria, o których mowa w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, a więc jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych tech-

nologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia, itp., ale także

- 2) kryteria takie, jak koszt cyklu życia produktu, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

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

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

- cykl życia produktu (Life Cycle Cost – LCC), a więc kryterium pozwalającego zamawiającemu na wybór oferty przewidującej najbardziej dla niego optymalny zakup z uwzględnieniem kosztów produktu/usługi przez cały okres użytkowania, takich jak cena zakupu, koszty użytkowania, konserwacji i koszty utylizacji. Całkowity koszt życia produktu obliczany jest zatem z uwzględnieniem zarówno kosztów zakupu i instalacji, rocznych kosztów wydatków związanych z użytkowaniem (koszty energii elektrycznej, koszty obsługi i napraw, koszty eksploatacji) pomnożonych przez zakładaną liczbę lat użytkowania, jak i z uwzględnieniem takich czynników jak stopa inflacji i stopa oprocentowania (dyskonta).

- rentowność, a więc kryterium odnoszące się do oceny stopnia/wskaźnika zyskowności danej inwestycji;
- serwis posprzedażny i pomoc techniczna – kryterium to może przy tym dotyczyć różnych cech serwisu, w szczególności: (1) długości czasu, w jakim zostają naprawione usterki (tzw. czasu reakcji serwisu), (2) czasu pracy punktów serwisowych albo (3) możliwości naprawy sprzętu w siedzibie zamawiającego, itp.
- bezpieczeństwo dostaw – art. 23 dyrektywy obronnej i odpowiadający mu przepisy art. 131g ust. 2 pkt 1–8 ustawy Pzp zawierają określenie tych informacji w oparciu, o które zamawiający mogą konstruować opis kryterium bezpieczeństwa dostaw, uwzględniając w tym zakresie postawione przez siebie minimalne wymagania w szczególności w zakresie: dokumentacji wskazującej, że wykonawca będzie w stanie spełnić wymogi w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem czy dokumentacji wykazującej, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw wykonawcy umożliwią mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia.
- interoperacyjność, a więc kryterium zgodności, rozumianej jako przydatność produktów, procesów lub usług przeznaczonych do wspólnego użytkowania, pod specyficznymi warunkami zapewniającymi spełnienie istotnych wymagań i przy braku niepożądanych oddziaływań, względnie wymienności, rozumianej jako możliwość zastąpienia produktu, procesu lub usługi bez jednoczesnego zakłócenia wymiany informacji pomiędzy podmiotami realizującymi zadania publiczne lub pomiędzy tymi podmiotami a ich klientami, przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, czy – właściwości operacyjne.

Jednocześnie, ustawodawca wyłączył w odniesieniu do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obowiązek stosowania przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 91 ust. 8 ustawy Pzp, który obliguje Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (określenie kryteriów nastąpi przy uwzględnieniu potrzeby wdrożenia przepisów prawa Unii Europejskiej oraz szczególnego charakteru lub celu zamówienia publicznego²).

² Dotychczas w oparciu o delegację z art. 91 ust. 8 zostało wydane Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych – Dz. U. Nr 96, poz. 559.

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

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

Ustęp drugi art. 131k ustawy wskazuje natomiast, że zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji bez ogłoszenia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert wraz z ich opisem, podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobem oceny ofert. Z powyższego wynika więc obowiązek instytucji/podmiotów zamawiających określenia kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym kandydatom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. Zwrócić przy tym uwagę należy na tryb dialogu konkurencyjnego, w którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi dopiero efekt finalny przeprowadzonego z ubiegającymi się o udzielenie zamówienia podmiotami dialogu. Z uwagi na fakt, że przepis art. 131k ust. 2 nie wyłącza, ani nie modyfikuje treści znajdującego w tym przypadku zastosowanie przepisu art. 60c ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera odpowiednie odwołanie do norm regulujących treść ogłoszenia o zamówieniu (art. 40 i 48 ust. 2 ustawy Pzp), zamawiający jest związany kryteriami oceny ofert przewidzianymi w ogłoszeniu o dialogu konkurencyjnym, a więc podanymi do publicznej wiadomości przed zaproszeniem do udziału w dialogu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie może dokonywać zmiany powyższych kryteriów na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Mając na względzie powyższe, należy opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym niedopuszczalne jest przygotowanie postanowień specyfikacji, czy zmiana ich treści, powodujące konieczność

zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie kryteriów oceny ofert. Z uwagi bowiem na fakt, że kryteria oceny ofert określone w zamówieniu nie podlegają modyfikacji, niedopuszczalne jest sformułowanie zapisów siwz, czy też taka ich zmiana, skutkiem której doszłoby do rozszerzenia katalogu kryteriów oceny ofert, czy też wykluczenia niektórych wskazanych w ogłoszeniu kryteriów. Podkreślenia wymaga przy tym, że ustawa z dnia 12 października 2012 r. wprowadziła do ustawy Pzp nowe elastyczne rozwiązanie, a mianowicie możliwość podania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie można, na tym etapie postępowania (ogłoszenia o zamówieniu – *przyp. autora*), ustalić znaczenia kryteriów oceny ofert (art. 60c ust. 1a ustawy Pzp). W powyższej sytuacji przepis art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do obowiązku ścisłego określenia przez zamawiającego wag poszczególnych sformułowanych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów. Interpretując omawianą regulację, zwrócić należy również uwagę na brzmienie motywu 70 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym instytucje/podmioty zamawiające mogą odstąpić od określenia wagi kryteriów udzielania zamówień w należycie uzasadnionych przypadkach, których występowanie muszą być w stanie umotywować, jeżeli wagi takiej nie można ustalić z góry, w szczególności ze względu na złożoność zamówienia. W takich przypadkach zamawiający wskazują kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Mając na względzie powyższe, w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego za niedozwolone uznać należy wprowadzanie do specyfikacji nowych kryteriów, względnie modyfikowanie lub usuwanie kryteriów podanych w ogłoszeniu, jak również sformułowanie zapisów siwz lub zmianę siwz w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu w zakresie określenia kolejności poszczególnych kryteriów w przypadku, gdy zamawiający zastosował, zgodnie z art. 60c ust. 1b ustawy Pzp – gradację kryteriów: najważniejsze – najmniej istotne. Dopuszczalne jest przy tym wprowadzenie w siwz – na skutek przeprowadzonego dialogu – precyzyjnego opisu sposobu oceny w ramach poszczególnych kryteriów wskazanych uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu, uszczegółowienie i doprecyzowanie regulacji w ramach każdego z tych kryteriów, wyodrębnienie w ramach poszczególnych wskazanych w ogłoszeniu kryteriów podkryteriów, jak również przyznanie tym ostatnim określonej wagi w ramach wagi kryterium podlegającego podziałowi na podkryteria³. Z uwagi natomiast na fakt, że sposób oceny ofert, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13

³ Por. orzeczenie ETS w sprawie ATI EAC Srl e Maggi di Maio Snc (C-331/04, orzeczenie z dnia 24 listopada 2005 r.), które w wymiarze ogólnym odnosi się do możliwych zmian w zakresie ważenia i znaczenia poszczególnych kryteriów wyboru oferty. W wyroku tym ETS wskazała, że „przepisy prawa wspólnotowego nie stoją na przeszkodzie temu, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom kryterium oceny, rozdzielając pomiędzy nimi nieokreśloną przez zamawiającego w specyfikacji lub ogłoszeniu liczbę punktów dla danego kryterium, pod warunkiem, że decyzja taka: nie zmienia określonych w specyfikacji technicznej lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielania zamówienia, nie zawiera informacji, które, jeśli byłyby znane na etapie przygotowania ofert, mogłyby mieć wpływ na ich treść, nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów”.

ustawy Pzp formułowany jest dopiero w siwz, jego uszczegółowienie na tym etapie nie prowadzi do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślenia wymaga, że doprecyzowanie sposobu oceny ofert w ramach poszczególnych, przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, nie może mieć jednak wpływu ani na zakres przyjętych pierwotnie przez zamawiającego kryteriów, ani na ich wagę – gdy zamawiający wskazał ją już w zamówieniu, względnie pozycję – gdy zamawiający przyjął system gradacyjny.

Omawiając kwestię kryteriów oceny ofert należy mieć również na względzie motyw nr 63 dyrektywy obronnej, który wskazuje, że w przypadku dialogu konkurencyjnego oraz procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia z uwagi na elastyczność, która może być wymagana, oraz wysoki poziom kosztów związanych z zastosowaniem takich metod udzielania zamówień, instytucje/ podmioty zamawiające powinny mieć prawo do przeprowadzania tej procedury etapami w celu stopniowego zmniejszenia, na podstawie przedstawionych wcześniej kryteriów udzielania zamówień, liczby ofert, które zostaną poddane dyskusji lub negocjacom. W stopniu, w jakim pozwala na to liczba odpowiednich rozwiązań lub kandydatów, redukcja taka powinna zapewnić warunki prawdziwej konkurencji. Do regulacji tej nawiązuje wprost przepis art. 131h ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż postępowanie będzie toczyć się w następujących po sobie etapach, do udziału w których zamawiający zaprasza wykonawców, których oferty otrzymały najwięcej punktów w wyniku zastosowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. UDZIELANIE ZALICZEK NA POCZET WYKONANIA ZAMÓWIENIA

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

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

Przytoczony przepis rozszerza więc prawną dopuszczalność udzielania zaliczek w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w stosunku do możliwości wynikających z przepisu art. 151a ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego ostatniego,

zamawiający może wprawdzie udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka zostanie przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym niemniej dodatkowe ograniczenia w zakresie możliwości zaliczkowania wprowadza art. 151a ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający należący do jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych (z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, a także innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego), może udzielać zaliczek, jeżeli: 1) zamówienie będzie finansowane z udziałem: a) środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, b) niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), c) niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione w lit. a i b, pochodzących ze źródeł zagranicznych, lub 2) przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane. Z porównania wskazanych wyżej regulacji wynika zatem, że należący do sektora finansów publicznych zamawiający udzielający zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uzyskali możliwość udzielania zaliczek na poczet zamówienia w przypadku wszczęcia postępowania w trybie poprzedzonym publikacją ogłoszenia o zamówieniu, kiedy możliwość taka została wprost przewidziana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno w odniesieniu do zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane, jak również w stosunku do zamówień na dostawy i usługi bez względu na źródło ich finansowania.

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

przepisu art. 131w ust. 3 ustawy Pzp winni odpowiednio stosować regulacje przewidziane w art. 151 ust. 4–7 ustawy Pzp.

4. UMOWA RAMOWA

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

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

Na gruncie polskich przepisów instytucję umowy ramowej w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa reguluje w sposób kompleksowy art. 131L ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem ustępu pierwszego ww. przepisu zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego. Zakres odpowiedniego stosowania ww. trybów, wyznaczany jest przez potrzebę takiego ich zmodyfikowania, aby w jednym postępowaniu dokonać wyboru ofert kilku wykonawców, zamawiający jest bowiem uprawniony do zawarcia umowy ramowej z jednym lub

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

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

5. MODYFIKACJA KOMPETENCJI KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

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

Zgodnie ze zmodyfikowanym brzmieniem art. 173 ust. 3 ustawy Pzp Prezesem i wiceprezesem Krajowej Izby Odwoławczej może zostać jedynie członek Izby, który posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające go do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne”, lub który złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, mającego na celu ustalenie, czy osoba sprawdzana daje rękojmię zachowania tajemnicy. Odmowa wydania albo cofnięcie poświadczenia bezpieczeństwa, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych, stanowi jednocześnie przesłankę odwołania Prezesa i wiceprezesa Izby przez Prezesa Rady Ministrów (art. 173 ust. 3a ustawy Pzp).

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

Dodatkowo, w celu zabezpieczenia poufności informacji prawnie chronionych, została wprowadzona regulacja, zgodnie z którą członkowie Izby będą zobowiązani do zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działania w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 190 ust. 9 ustawy Pzp).

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

ORZECZNICTWO ETS ODNOŚĄCE SIĘ DO NOWELIZACJI USTAWY PZP

wybór Joanna Czarnecka

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

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

Wnioski o wydanie orzeczenia wstępnego: Conseil d’Etat – Belgia.

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

Łączne sprawy 27/86, 28/86 i 29/86.

Sprawozdania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – 1987 strona 3347

Daty:

Dokumentu: 09/07/1987

Złożenie wniosku: 03/02/1986

Typ procedury: PRZEKAZANIE DO ORZECZENIA WSTĘPNEGO

Uwagi: Hiszpanii, Włoch, Komisji

Streszczenie

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

Można wymagać od oferentów złożenia oświadczenia dotyczącego całkowitej wartości zamówionych u niego robót, jako dokumentu w rozumieniu wspomnianego art. 25. Ani przepis art. 25 ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie uniemożliwiają państwu członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być przeprowadzane równocześnie.

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

Strony

W połączonych sprawach 27, 28 i 29/86

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

W sprawie 27/86 pomiędzy

Constructions et Entreprises Industrielles SA (CEI)

oraz

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

w sprawie 28/86 pomiędzy

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

oraz

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

Interwenient:

Confederation Nationale de la Construction ASBL;

w sprawie 29/86 pomiędzy

ING. A. Bellini & Co. spa

oraz

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

Trybunał (Szósta Izba)

w składzie: C. Kakouris, Prezes Izby, T.F. O'Higgins, T. Koopmans, K. Bahlmann i G.C. Rodriguez Iglesias, Sędziowie

Rzecznik Generalny: J. Mischo

Sekretarz: B. Pastor, Administrator

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zostało przyjęte następujące orzeczenie:

Podstawy orzeczenia

1. W trzech orzeczeniach z 15 stycznia 1986 r., które zostały otrzymane przez Trybunał w dniu 3 lutego 1986 r., Conseil d'Etat Belgii zwróciła się do Trybunału o wydanie orzeczenia wstępnego na mocy art. 177 Traktatu EWG w sprawie interpretacji Dyrektywy Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. (Official Journal 1971 (II), str. 682).
2. Pytania te powstały w kontekście postępowania o anulowanie decyzji o udzieleniu różnych zamówień publicznych na roboty budowlane.
3. W postępowaniu głównym w sprawie 27/86 (CEI) oferta powoda została odrzucona na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono tym, że całkowita wartość robót, tak publicznych jak i prywatnych, które CEI wykonywało w czasie udzielania zamówienia, przekraczały limit określony przez stosowne przepisy belgijskie.
4. Oferty złożone przez powoda w głównym postępowaniu w sprawach 28 i 29/86 (Bellini) również zostały odrzucone na rzecz przedsiębiorstwa, którego oferta była wyższa, co uzasadniono nie spełnianiem przez firmę Bellini kryteriów przewidzianych przez prawodawstwo belgijskie, umożliwiających uznanie go w klasach przewidzianych w dokumentacji przetargowej, pomimo tego, że przedstawił on świadectwo oficjalnego uznania wydane we Włoszech w klasie, która upoważniała go do udziału w przetargach we Włoszech o wartości porównywalnej z wartością omawianych zamówień belgijskich.
5. W trzech głównych procesach powodzi w uzasadnieniu swojego powództwa o anulowanie decyzji o udzieleniu zamówień, twierdzą, między innymi, że decyzje te były sprzeczne z przepisami Dyrektywy 71/305.
6. Ponieważ Conseil d'Etat uznała, że konieczna była interpretacja pewnych przepisów tej dyrektywy, zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi kwestiami z wnioskiem o orzeczenie wstępne:

A – w sprawie 27/86

- „(1) Czy dokumenty i oświadczenia umożliwiające stwierdzenie sytuacji finansowej i ekonomicznej oferenta są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC?
- (2) Jeśli nie, to czy wartość robót, jakie mogą być wykonywane równocześnie może być uważana za dowód umożliwiający określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego w znaczeniu art. 25 dyrektywy?”

B – w sprawach 28 i 29/86

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

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

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

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

10. Dlatego też w odpowiedzi dla sądu krajowego należy stwierdzić, że dokumenty i oświadczenia umożliwiające określenie sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oferenta, nie są w sposób wyczerpujący określone w art. 25 Dyrektywy 71/305/EEC.
11. Jeśli chodzi o drugie zapytanie sądu krajowego w sprawie 27/86, należy zauważyć, że całkowita wartość robót zleconych wykonawcy w danym momencie może być przydatnym czynnikiem przy określaniu, na określonym etapie, sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy w stosunku do jego zobowiązań. Ponieważ dokumenty i oświadczenia nie są wymienione w sposób wyczerpujący w art. 25 dyrektywy, dlatego też nie ma powodu, aby takie informacje nie mogły być wymagane od oferentów, jako dowody w znaczeniu tego przepisu.
12. Jednakże, w świetle podstaw do żądania dokumentów i oświadczeń, treści prawodawstwa belgijskiego tam wymienionego oraz argumentów przytoczonych przed Trybunałem, pytanie sądu krajowego musi być rozumiane również jako chęć upewnienia się, czy przepis krajowy, określający maksymalną wartość prac, jakie mogą być prowadzone równocześnie jest zgodny z tą dyrektywą.
13. W tym względzie należy zauważyć, że ustalenia takiego limitu nie jest ani dozwolone ani zabronione przez art. 25 dyrektywy, ponieważ celem tego przepisu nie jest ograniczenie władzy państw członkowskich w zakresie ustalania poziomu możliwości finansowych i potencjału ekonomicznego wymaganych dla wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, ale określenie oświadczeń lub dowodów, jakie mogą być składane w celu określenia sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego wykonawcy.
14. Aby wydać decyzję co do zgodności takiego limitu z dyrektywą jako całością, należy mieć na względzie cel i przedmiot dyrektywy. Celem Dyrektywy 71/305 jest zapewnienie, że realizacja w ramach Wspólnoty swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane obejmuje, poza eliminacją ograniczeń, koordynację krajowych procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane. Taka koordynacja „powinna uwzględniać tak daleko jak to jest możliwe procedury i praktyki administracyjne obowiązujące w każdym z krajów członkowskich” (punkt drugi preambuły dyrektywy). Art. 2 wyraźnie stanowi, że zamawiający są zobowiązani do stosowania procedur krajowych dostosowanych do postanowień dyrektywy.
15. Dyrektywa nie formułuje ujednoczonego i wyczerpującego zbioru przepisów wspólnotowych. W ramach wspólnych przepisów, jakie zawiera, państwom

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

16. Ustalenie w kraju członkowskim maksymalnej wartości prac, jakie mogą być wykonywane równocześnie, nie jest sprzeczne z powyższymi zasadami i nic nie wskazuje na to, że w efekcie ogranicza ono dostęp przedsiębiorców we Wspólnocie do zamówień publicznych na roboty budowlane.
17. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że zgodnie z prawem Wspólnoty, nie ma powodów, dla których państwa członkowskie, w kontekście przysługujących im uprawnień w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, nie mogłyby określić wartości robót, które mogą być wykonywane równocześnie.
18. Odpowiedź dla sądu krajowego powinna być więc następująca – od oferentów można żądać określenia całkowitej wartości zleconych im prac, jako dokumentów w znaczeniu art. 25 Dyrektywy 71/305 oraz, że ani ten artykuł ani żadne inne postanowienie dyrektywy nie zabrania krajowi członkowskiemu określenia wartości robót, jakie mogą być wykonywane jednocześnie.

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

19. Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy wyjaśnić skutki, jakie ma umieszczenie przedsiębiorcy na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców w państwie członkowskim w ogólnym schemacie dyrektywy.
20. Zgodnie z art. 28 ust. 1, państwa członkowskie posiadające oficjalne listy uznanych przedsiębiorców muszą dostosować je do wymogów art. 23 pkt (a) do (d) i (g) oraz art. 24 do 26.
21. Powyższe przepisy art. 23 określają okoliczności związane z niewypłacalnością lub nieuczciwością przedsiębiorcy budowlanego uzasadniające wyłączenie go z udziału w zamówieniu. Przepisy art. 25 i 26 dotyczą dokumentów i oświadczeń, jakie można złożyć na dowód sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy, z jednej strony, oraz jego wiedzy technicznej i umiejętności z drugiej.

22. Harmonizacja oficjalnych list uznanych przedsiębiorców, o której mowa w art. 28 ust. 1, ma więc ograniczony zasięg. Dotyczy ona w szczególności dokumentów i oświadczeń potwierdzających sytuację finansową i potencjał ekonomiczny przedsiębiorców, oraz ich wiedzę techniczną i możliwości. Jednakże, kryteria ich klasyfikacji nie są zharmonizowane.
23. Art. 28 ust. 2 przewiduje, że przedsiębiorcy zarejestrowani na takich listach mogą, dla potrzeb każdego zamówienia, przedstawić zamawiającym świadectwo rejestracji wystawione przez kompetentne władze. Takie świadectwo musi określać dokumenty i oświadczenia jakie pozwoliły na rejestrację na takiej liście i klasyfikację tam przyjętą.
24. Art. 28 ust. 3 umożliwia, przedsiębiorcom zarejestrowanym na oficjalnej liście w dowolnym państwie członkowskim, korzystanie z takiej rejestracji, w granicach określonych w tym przepisie, jako alternatywnego sposobu udowodnienia przed władzami innego państwa członkowskiego, w którym udzielane są zamówienia na roboty budowlane, że spełniają oni wymogi kwalifikacyjne wymienione w art. 23 do 26 dyrektywy (Orzeczenie z 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Trasporoute przeciw Ministrowi Prac Publicznych (1982) ECR 417).
25. W odniesieniu do, w szczególności, świadectwa potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej przedsiębiorcy oraz jego wiedzy technicznej i możliwości, rejestracja na oficjalnej liście uznanych przedsiębiorców może więc zastąpić dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 i 26, w stopniu, w jakim rejestracja taka jest oparta na równoważnych informacjach.
26. Informacje wynikające z rejestracji na oficjalnej liście nie mogą być poddawane w wątpliwość przez zamawiających. Jednakże, zamawiający mogą określić poziom sytuacji finansowej i potencjału ekonomicznego oraz wiedzy technicznej, a także możliwości warunkujące uzyskanie danego zamówienia.
27. Tym samym wymaga się od zamawiających, aby zaakceptowali, że potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa oraz wiedza i możliwości techniczne przedsiębiorcy, są wystarczające w przypadku prac odpowiadających jego klasyfikacji tylko w takim stopniu, w jakim taka klasyfikacja jest oparta na równoważnych kryteriach w stosunku do wymaganego potencjału. Jeśli jednak tak nie jest, mają one prawo odrzucić ofertę złożoną przez przedsiębiorcę, który nie spełnia wymaganych warunków.
28. W odpowiedzi dla sądu krajowego należy więc stwierdzić: art. 25, art. 26 pkt (d) i art. 28 dyrektywy należy interpretować, jako nie uniemożliwiające władzom udzielającym zamówienia, wymagania od przedsiębiorcy uznanego w innych krajach członkowskich, aby przedstawił dowody, że jego przedsiębiorstwo

posiada określone minimum własnych funduszy, pracowników i personelu zarządzającego wymaganych prawem krajowym, nawet gdy przedsiębiorca taki jest oficjalnie uznany w kraju członkowskim, w którym posiada główną siedzibę, w klasie równoważnej z klasą wymaganą przez prawo krajowe w związku z wartością zamówienia jakie ma być udzielone.

Decyzja dotycząca kosztów

Koszty

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

Sentencja orzeczenia

Na tej podstawie,

Trybunał (Szósta Izba)

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

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

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

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

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 3 marca 2005 r.^(*)

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

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

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

Fabricom SA

przeciwko

Państwu belgijskiemu,

TRYBUNAŁ (druga izba),

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

rzecznik generalny: P. Léger,

sekretarz: R. Grass,

uwzględniając procedurę pisemną,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Fabricom SA przez adwokatów J. Vanden Eynde i J.-M. Wolter,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu fińskiego przez T. Pynnę, działającą w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez K. Wiednera i B. Stromsky'ego, działających w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

1. Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 92/50”), w szczególności jej art. 3 ust. 2; dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, str. 1), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/36”), a w szczególności jej art. 5 ust. 7; dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), zmienionej dyrektywą 97/52 (zwanej dalej „dyrektywą 93/37”), w szczególności jej art. 6 ust. 6; jak również dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, str. 84), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r. (Dz.U. L 101, str. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/38”), w szczególności jej art. 4 ust. 2, w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z ochroną prawa własności. Wnioski te dotyczą ponadto wykładni dyrektywy Rady 89/665/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 (Dz.U. L 395, str. 33), w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) oraz art. 5, jak również dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76, str. 14), w szczególności jej art. 1 i 2.
2. Wnioski te zostały złożone w ramach postępowań między Fabricom S.A. (zwaną dalej „Fabricom”) a państwem belgijskim w kwestii legalności przepisów krajowych, które w pewnych okolicznościach nie dopuszczają uczestnictwa

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego osoby odpowiedzialnej za wykonanie prac przygotowawczych w ramach danego zamówienia publicznego lub przedsiębiorstwa z nią powiązanego.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Artykuł 2 dyrektywy 89/665 stanowi:

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

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

[...]”

10. Zgodnie z art. 1 dyrektywy 92/13:

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

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

oraz

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

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

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

11. Artykuł 2 dyrektywy 92/13 stanowi:

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

albo

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

oraz

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

albo

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

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

[...]"

Uregulowania krajowe

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

„[...]

1. Nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług.
2. Przedsiębiorstwo powiązane z osobą, o której mowa w ust. 1 nie jest dopuszczone do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty, chyba że wykaże, iż z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji.

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

- 1° posiada większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa lub
- 2° dysponuje większością głosów przypadających na udziały tego przedsiębiorstwa lub

3° może powoływać ponad połowę członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

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

3. Ustępów 1 i 2 nie stosuje się:

1° do zamówień publicznych obejmujących jednocześnie opracowanie projektu i jego wykonanie;

2° do zamówień publicznych udzielanych w drodze procedury negocjacyjnej z pominięciem ogłoszeń przy wszczynaniu procedury w rozumieniu art. 17 ust. 2 ustawy.”

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

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

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

Sprawa C-21/03

15. W drodze skargi wniesionej do Conseil d'État w dniu 25 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się o stwierdzenie nieważności art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.

16. Fabricom twierdzi, że przepis ten jest w szczególności sprzeczny z zasadą równego traktowania oferentów, zasadą skuteczności środka odwoławczego

zagwarantowaną w dyrektywie 92/13, zasadą proporcjonalności, z wolnością handlu i przemysłu, a także z ochroną prawa własności, o której mowa w art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.

17. Państwo belgijskie zaprzecza zarzutom podniesionym przez Fabricom.
18. W odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r., Conseil d'État wskazuje, że zgodnie z preambułą wspomnianego dekretu królewskiego oraz poprzedzającego ją sprawozdania wyjaśniającego przepis ten ma na celu uniemożliwienie osobie ubiegającej się o udzielenie zamówienia publicznego uzyskania w sposób sprzeczny z zasadami wolnej konkurencji korzyści z prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z tym zamówieniem.
19. Zdaniem Conseil d'État, przepis ten w formie zasady ogólnej i bez rozróżnień nie dopuszcza do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub do złożenia oferty osób, na których ciążył obowiązek wykonania tych prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, a w konsekwencji przedsiębiorstw uważanych za powiązane z tą osobą. Przepis ten ponadto nie umożliwia tej osobie, w przeciwieństwie do przedsiębiorstwa powiązanego, udowodnienia, że w danym przypadku nie mogła ona uzyskać poprzez jedno z tych działań korzyści mogącej doprowadzić do nierówności między oferentami. Przepis ten nie zobowiązuje wyraźnie instytucji zamawiającej do wypowiedzenia się w wyznaczonym terminie w przedmiocie przedstawionych przez przedsiębiorstwo powiązane dowodów wskazujących, że dominujący wpływ nie występuje lub że jest on bez konsekwencji dla danego zamówienia.
20. Conseil d'État, zważywszy, że rozstrzygnięcie zawisłego przed nią sporu wymagało dokonania wykładni niektórych przepisów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy przepisy dyrektywy 93/38 [...], w szczególności jej art. 4 ust. 2, oraz dyrektywy 98/4 [...] w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz z poszanowaniem prawa własności, zagwarantowanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojo-

wych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?

- 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?
- 3) Czy dyrektywa 92/13 [...], w szczególności jej art. 1 i art. 2 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?"

Sprawa C-34/03

21. W drodze skargi wniesionej w dniu 8 czerwca 1999 r. Fabricom zwróciła się do Conseil d'État o stwierdzenie nieważności art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r.
22. Zarzuty podniesione przez Fabricom są w głównych zarysach takie same jak podniesione w sprawie C-21/03. Informacje przedstawione przez Conseil d'État w odniesieniu do wspomnianego art. 32 są jednakowe z przedstawionymi w sprawie C-21/03 w odniesieniu do art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r.
23. W tych okolicznościach Conseil d'État postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „1) Czy przepisy dyrektywy 92/50 [...], w szczególności jej art. 3 ust. 2, dyrektywy 93/36 [...], w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywy 93/37 [...], w szczególności jej art. 6 ust. 6 oraz dyrektywy 97/52 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 1 lit. b) w związku z zasadą proporcjonalności, wolnością handlu i przemysłu oraz poszanowaniem prawa własności, zagrożanym w szczególności przez Protokół nr 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, stoją na przeszkodzie niedopuszczeniu do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty

budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji?

- 2) Czy odpowiedź udzielona na poprzednie pytanie byłaby inna w przypadku, gdyby wyżej wymienione dyrektywy w związku z tymi samymi zasadami, wolnościami oraz przepisami, były interpretowane jako dotyczące wyłącznie przedsiębiorstw prywatnych lub wykonujących świadczenia odpłatnie?
- 3) Czy dyrektywa 89/665 [...], w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5 może być interpretowana w ten sposób, że podmiot zamawiający może, aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert, odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji?"

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

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

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

25. W pierwszym z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy powołane przezeń przepisy prawa wspólnotowego stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji (zwanej dalej „zasadą będącą przedmiotem postępowania przed sądem krajowym”).

26. W tym względzie przypomnieć należy, że obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, służących wspieraniu rozwoju skutecznej konkurencji w dziedzinach podlegających odpowiednio ich zakresom stosowania i które formułują kryteria udzielania zamówień zmierzające do zagwarantowania takiej konkurencji (wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. str. I-7213, pkt 81 oraz powołane tam orzecznictwo).
27. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zasada równego traktowania zakłada, że porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane w odmienny sposób, a odmiennie sytuacje nie mogą być traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest uzasadnione z obiektywnego punktu widzenia (wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-434/02 Arnold André, Zb. Orz. str. I-0000, pkt 68 i powołane tam orzecznictwo, jak również wyrok w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. str. I-0000, pkt 70 i powołane tam orzecznictwo).
28. Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze”) niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała.
29. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert (zob. podobnie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-2043, pkt 54).
30. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że – jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich – osoba ta będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może, nawet w sposób niezamierzony, wyrzucić wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.
31. Biorąc zatem pod uwagę sytuację, w jakiej mogłaby się znaleźć osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze, nie można podtrzymać twierdzenia, że

zasada równego traktowania zobowiązuje do traktowania jej tak samo jak każdego innego oferenta.

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

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

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

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

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

41. W trzecim z pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić uczestnictwa w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze, kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

42. W tym względzie przypomnieć należy, że skoro przedmiotem sporu są przepisy dotyczące procedury odwoławczej przed sadem, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo wspólnotowe kandydatom i oferentom praw naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny one stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665 (wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 72).
43. Ponadto przepisy dyrektyw 89/665 i 92/13, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań wspólnotowych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane. Ochrona taka jest nieskuteczna, jeżeli oferent nie może powołać się na te uregulowania wobec instytucji zamawiającej (wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-212/02 *Komisia przeciwko Austrii*, Zb. Orz. str. I-0000, pkt 20 oraz powołane tam orzecznictwo).
44. Tak więc możliwość wstrzymania się przez instytucję zamawiającą z podjęciem decyzji w przedmiocie dopuszczenia do udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przez przedsiębiorstwo powiązane z osobą, która wykonała niektóre prace przygotowawcze, aż do daleko zaawansowanego etapu postępowania, mimo dysponowania przez tę instytucję wszystkimi informacjami koniecznymi do podjęcia tej decyzji, pozbawia to przedsiębiorstwo możliwości powołania się na uregulowania wspólnotowe w zakresie udzielania zamówień publicznych wobec instytucji zamawiającej w okresie pozostającym w sferze jej dyskrecjonalnych uprawnień, mogącym w danym przypadku trwać do chwili, w której naruszeń nie można już skutecznie skorygować.
45. Sytuacja taka mogłaby stanowić zagrożenie dla skuteczności dyrektyw 89/665 i 92/13, ponieważ prowadziłyby do nieuzasadnionego odwlekania w czasie możliwości wykonywania przez zainteresowanych uprawnień przyznanych im przez prawo wspólnotowe. Oprócz tego jest ona sprzeczna z ustanowionym w dyrektywach 89/665 i 92/13 celem polegającym na ochronie oferentów względem instytucji zamawiającej.
46. Na trzecie z postawionych pytań postawionych w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 należy więc udzielić odpowiedzi, że dyrektywa 89/665, a w szczególności jej art. 2 ust. 1 lit. a) i art. 5, jak również dyrektywa 92/13, a w szczególności jej art. 1 i 2, stoją na przeszkodzie temu, aby podmiot zamawiający mógł aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert odmówić udziału w postępowaniu lub złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót publicznych, dostaw lub usług, kiedy

przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zakłócić normalne warunki konkurencji.

W przedmiocie kosztów

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

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

- 1) **Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., a w szczególności jej artykuł 3 ust. 2, dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniona dyrektywą 97/52/WE, a w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r., a w szczególności jej art. 4 ust. 2, stoją na przeszkodzie zasadzie przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o udział lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zakłócić konkurencji.**
- 2) **Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odno-**

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

Podpisy

* Język postępowania: francuski.

WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 16 grudnia 2008 r.^(*)

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

W sprawie C-213/07

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

Michaniki AE

przeciwko

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

Ypourgos Epikrateias,

przy udziale:

Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następcą prawnym Pantechniki AE

oraz

Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou,

TRYBUNAŁ (wielka izba),

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

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

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

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następcy prawnego Pantechniki AE, przez K. Giannakopoulou, dikigoros,
- w imieniu Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, przez K. Drougasa, dikigoros,
- w imieniu rządu greckiego, przez A. Samoni-Rantou oraz E.-M. Mamouna, oraz przez A. Maniakisa oraz I. Dionysopoulou, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Rady Unii Europejskiej, przez A. Lo Monaco oraz M.-M. Joséphidès, oraz A. Vitro, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez M. Patakia, oraz D. Kukoveca oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników,

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

wydaje następujący

Wyrok

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

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

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

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

4. Tytuł IV tej dyrektywy, poświęcony „wspólnym regułom dotyczącym uczestnictwa” zawiera rozdział 2 zatytułowany „Kryteria wyboru jakościowego”, obejmujący art. 24, którego akapit pierwszy stanowi:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

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

Uregulowania krajowe

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

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

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

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

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

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

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

Ustawa określa przepisy szczególne, sankcje, w tym cofnięcie koncesji stacji radiowej lub telewizyjnej oraz zakaz zawarcia lub unieważnienie danej umowy, jak również szczególne sposoby kontroli i gwarancje uniemożliwiające obchodzenie przywołanych wyżej przepisów.”

6. Ustawa nr 3021/2002 w sprawie ograniczeń dotyczących zawierania umów w zakresie zamówień publicznych z osobami, które działają lub posiadają udziały w sektorze środków masowego przekazu (FEK A' 143) reguluje kwestie, o których mowa w art. 14 ust. 9 Konstytucji.
7. Zakresem pojęcia „przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu” w rozumieniu art. 1 tej ustawy objęte są przedsiębiorstwa, „których działalność podlega jurysdykcji Państwa Greckiego”. Ten sam artykuł definiuje również pojęcia „sektora publicznego w szerokim znaczeniu”,

„zamówień publicznych”, „głównego akcjonariusza”, „kadry zarządzającej”, „osób zależnych gospodarczo” oraz „pośredników”.

8. W szczególności pojęcia „głównego akcjonariusza” i „pośrednika” zostały zdefiniowane w art. 1 ust. 4 i 7 ustawy nr 3021/2002 w następujący sposób:

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

Głównym akcjonariuszem jest w szczególności.

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

- a) posiada większą liczbę akcji niż jakikolwiek inny akcjonariusz lub posiada taką samą liczbę akcji jak inny akcjonariusz, lub
- b) na mocy statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy dysponuje większością głosów na walnym zgromadzeniu, lub
- c) na mocy ustawy, statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy jest uprawniona do powoływania lub odwoływania co najmniej dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu, jeżeli pełni on funkcje prezesa lub wiceprezesa, upoważnionego członka zarządu lub dyrektora lub jego zastępcy, lub też członka zarządu, któremu powierzono ogólne funkcje wykonawcze, lub
- d) dysponuje udziałem w całkowitym kapitale akcyjnym lub prawem głosu odpowiadającym co najmniej połowie reprezentowanego kapitału akcyjnego, oraz wykonywała prawo głosu przy podejmowaniu przez walne zgromadzenie decyzji o powołaniu lub odwołaniu ostatniego zarządu spółki lub większości jego członków, lub
- e) zawiera, bezpośrednio lub pośrednio, umowy oraz ogólnie, porozumienia ze spółką, na mocy których spółka uzyskuje wpływy lub inne prawa

o charakterze pieniężnym odpowiadające co najmniej jednej piątej jej dochodów brutto w ciągu każdego poprzedniego roku podatkowego.

B. Osoba fizyczna lub prawna, która:

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

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

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

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

[...]

7. »Pośrednicy«: osoby fizyczne lub prawne zależne gospodarczo lub działające na podstawie umowy o charakterze ogólnym lub szczególnym na rachunek i z polecenia innej osoby fizycznej lub prawnej.»
9. Artykuł 2 ustawy nr 3021/2002 zatytułowany „Zakaz udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu i zawierania umów z takimi przedsiębiorstwami”, stanowi:
- „1. Zakazuje się udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz wspólnikom, głównym akcjonariuszom, członkom organów zarządzających i kadry zarzą-

dzającej tych przedsiębiorstw oraz zawierania umów z takimi podmiotami. Zakazuje się również udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom, których wspólnicy, główni akcjonariusze, członkowie organów zarządzających i kadry zarządzającej są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wspólnikami, głównymi akcjonariuszami, członkami organów zarządzających lub kadry zarządzającej przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz zawierania umów z takimi podmiotami.

2. Zakaz udzielania zamówień publicznych dotyczy również:

- a) małżonków, krewnych w linii prostej bez ograniczeń, krewnych w linii bocznej do czwartego stopnia, osób fizycznych objętych zakresem ustępu 1, jeżeli nie mogą oni wykazać, że są niezależne gospodarczo od tych osób;
- b) wszelkich innych osób będących pośrednikami;
- c) wspólników i głównych akcjonariuszy spółek i akcjonariuszy objętych zakresem ustępu 1;
- d) wszelkich osób fizycznych lub prawnych, które nie będąc akcjonariuszem kontrolują bezpośrednio lub pośrednio jedno lub kilka przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, lub które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na podejmowanie decyzji przez organy zarządzające lub kadry zarządzającą, dotyczące zarządu lub ogólnej działalności tych przedsiębiorstw.

[...]"

10. Artykuł 3 ustawy nr 3021/2002, dotyczący „zakazu łączenia funkcji”, stanowi:

- „1. Statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie można łączyć ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia publicznego, lub które zawiera umowę dotyczącą zamówienia publicznego, którego udzielenie jest zakazane zgodnie z art. 2, jak również ze statusem lub funkcją wspólnika lub głównego akcjonariusza spółki będącej wspólnikiem lub głównym akcjonariuszem takiego przedsiębiorstwa.

2. Zakaz łączenia statusu i funkcji przewidziany w niniejszym przepisie znajduje zastosowanie również w przypadku, gdy właściciel, główny akcjonariusz, wspólnik, członek organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa zawierającego umowę w sprawie zamówienia publicznego jest małżonkiem, krewnym w linii prostej bez ograniczeń, co do stopnia lub krewnym w linii bocznej do czwartego stopnia właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu i nie jest w stanie wykazać, że jest od niego niezależny gospodarczo; zakaz ten znajduje również zastosowanie do pośrednika.

[...]"

11. Artykuł 4 ustawy nr 3021/2002 przewiduje, że przed udzieleniem zamówienia publicznego, a w każdym wypadku przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca powinna pod rygorem nieważności umowy lub udzielenia zamówienia publicznego, zwrócić się do ESR o wydanie zaświadczenia o braku przesłanek niedozwolonego łączenia statusu lub funkcji wymienionych w art. 3 tej ustawy.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12. Decyzją nr 844 z dnia 13 grudnia 2001 r. zarząd spółki prawa greckiego Erga OSE AE (zwanej dalej „Erga OSE”) ogłosił przetarg w procedurze otwartej na wykonanie robót ziemnych i budowę obiektów infrastruktury technicznej nowej dwutorowej linii szybkiej kolei łączącej Korynt i Kiatas (Grecja), którego budżet wynosił 51 700 000 EUR.
13. W postępowaniu przetargowym wzięła udział między innymi Mechaniki, a także inna spółka prawa greckiego KI Sarantopoulos AE (zwana dalej „Sarantopoulos”).
14. Decyzją nr 959 z dnia 22 maja 2002 r. zarząd Erga OSE udzielił zamówienia na wykonanie wskazanych robót ziemnych i budowlanych spółce Sarantopoulos, która następnie została przejęta przez Pantechniki.
15. Przed zawarciem umowy Erga OSE, która należała wówczas do „sektora publicznego w szerokim znaczeniu” w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, pismem z dnia 9 października 2002 r. przekazała ESR informacje o osobach głównych akcjonariuszy, członków zarządu i dyrekcji, w celu uzyskania zaświadczenia, że osoby te nie są objęte zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 3 tej ustawy.

16. Na podstawie art. 4 tej ustawy ESR wydała zaświadczenie nr 8117 z datą 30 października 2002, potwierdzające brak przeszkód dla łączenia funkcji przez osoby wskazane w piśmie spółki Erga OSE z dnia 9 października 2002 r. (zwane dalej „zaświadczeniem”).
17. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym ESR uznała, że K. Sarantopoulos, będący głównym akcjonariuszem i wiceprezesem zarządu Pantechniki, nie był objęty zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002, mimo że był krewnym G. Sarantopoulou – członka zarządu dwóch spółek greckich prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu. ESR orzekła bowiem, że K. Sarantopoulos był gospodarczo niezależny od G. Sarantopoulou.
18. Michaniki wniosła do Symvoulío tis Epikrateias (Rady Stanu) skargę o stwierdzenie nieważności zaświadczenia w oparciu o naruszenie art. 14 ust. 9 Konstytucji. Spółka ta stwierdziła między innymi, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, na podstawie których wydano zaświadczenie, zawężają zakres zastosowania art. 14 ust. 9 Konstytucji, a zatem są niezgodne z tym przepisem ustawy zasadniczej.
19. Do postępowania przed sądem krajowym w charakterze interwenientów po stronie ESR zostali dopuszczeni: Pantechniki, zastąpiona przez następcę prawnego Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE (zwaną dalej „ETTEV”), oraz Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou (Stowarzyszenie Prasy Periodycznej, zwane dalej „SEPT”).
20. Sąd krajowy uważa, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, jako umożliwiające przedsiębiorcy wykonującemu roboty publiczne uniknięcie zakazu łączenia funkcji przez wykazanie swej niezależności gospodarczej od członka rodziny będącego właścicielem, akcjonariuszem lub współnikiem lub członkiem kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu, są sprzeczne z art. 14 ust. 9 konstytucji, na mocy którego przedsiębiorca ten, nawet jeśli jest gospodarczo niezależny od takiego członka rodziny, ma obowiązek wykazania, że działał w sposób niezależny, na własny rachunek i we własnym interesie.
21. Jednakże sąd krajowy uważa, iż nawet jeśli ocena powyższa byłaby wystarczająca do tego, by na tym etapie rozstrzygnąć zawisły przed nim spór, to motywy ekonomii procesowej przemawiają za tym, aby w perspektywie stwierdzenia nieważności omawianego zaświadczenia w oparciu o niezgodność art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 Konstytucji, zbadał on obecnie zgodność z prawem wspólnotowym tego przepisu ustawy zasadniczej, jako pozwalającego na odsunięcie od zamówienia publicznego spółki wykonującej roboty publiczne z tego

powodu, że jej główny akcjonariusz nie zdołał obalić domniemania – ciężącego na nim jako na krewnym właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka zarządu przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu – że występował jako pośrednik tego przedsiębiorstwa, a nie na własny rachunek.

22. W tym zakresie sąd krajowy wskazuje, że po pierwsze, większość jego składu orzekającego uważa, iż wykaz podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 dyrektywy 93/37 jest wyczerpujący, a zatem niedopuszczalne jest dodawanie przypadków wykluczenia takich jak wynikających z art. 14 ust. 9 Konstytucji. Sąd dodaje, że niektórzy z członków składu orzekającego są natomiast zdania, iż ze względu na częściowy charakter harmonizacji dokonanej przez tę dyrektywę jej art. 24 nie zakazuje państwowym członkowskim wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia mających w szczególności na celu, tak jak w niniejszej sprawie, ochronę celów interesu ogólnego związanych z funkcjonowaniem systemu demokratycznego i gwarancją pluralizmu prasy.
23. Po drugie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 nie ma charakteru wyczerpującego, sąd krajowy uważa, że uprawnienie państw członkowskich do wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia ograniczone jest na mocy prawa wspólnotowego warunkiem w postaci, z jednej strony, istnienia obiektywnego celu zgodnego z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego oraz, z drugiej strony, poszanowania zasady proporcjonalności. Sąd krajowy wyjaśnia w tym zakresie, że zdaniem jednego z członków składu orzekającego art. 14 ust. 9 Konstytucji nie narusza owej zasady z uwagi na wzruszalny charakter domniemania dotyczącego osób działających jako pośrednicy oraz brak zastępczych rozwiązań pozwalających na osiągnięcie realizowanych celów.
24. Po trzecie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 ma charakter wyczerpujący, lub że art. 14 ust. 9 Konstytucji nie może być uznany za służący celowi zgodnemu z prawem wspólnotowym ani za zgodny z zasadą proporcjonalności, sąd krajowy wątpi, czy zawarty w tej dyrektywie zakaz ustanawiania przez państwa członkowskie przepisów, takich jak będące przedmiotem toczącej się przed nimi sprawy, które w interesie ogólnym wprowadzają system niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, jest zgodny z zasadami związanymi z ochroną normalnego funkcjonowania demokracji w państwach członkowskich i gwarancją przejrzystości w procedurach udzielania zamówień publicznych, zasadą wolnej i uczciwej konkurencji, a także zasadą subsydiarności.
25. Sąd krajowy podkreśla jednak, że mniejszość członków składu orzekającego zajmuje przeciwne stanowisko oceniając, że dyrektywa 93/37 zawiera wystarczające gwarancje, aby zapewnić przejrzystość procedur udzielania zamówień

publicznych i aby ochronić je przed niezgodnymi z prawem wpływami oraz korupcją.

26. W tych okolicznościach Symvoulio tis Epikrateias postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców robót publicznych, zawarte w art. 24 [dyrektywy 93/37] jest wyczerpujące?

2) Jeżeli wyliczenie to nie jest wyczerpujące to czy przepis, który z powodów ochrony jawności w zakresie działalności gospodarczej państwa stanowi, że status właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą w dziedzinie środków masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem właściciela, współnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna *sensu largo* udziela zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi, realizuje cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego oraz czy tego rodzaju bezwzględny zakaz udzielania zamówień publicznych takim przedsiębiorstwom jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności?

3) Jeżeli art. 24 [dyrektywy 93/37] należy interpretować w ten sposób, że zawarte w nim wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców jest wyczerpujące lub jeżeli dany przepis krajowy nie może być interpretowany jako realizujący cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego lub wreszcie jeżeli zakaz ustanowiony tym przepisem nie jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności, to czy przywołana dyrektywa? zabraniając włączenia jako podstawy wykluczenia wykonawcy z procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przypadku, w którym sam wykonawca lub członek kierownictwa przedsiębiorstwa (taki jak właściciel danego przedsiębiorstwa, jego główny akcjonariusz, współnik lub członek kadry zarządzającej) lub też ich pośrednicy, działają w przedsiębiorstwach sektora środków masowego przekazu, mogąc wpływać w sposób niezgodny z prawem na procedurę udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, z uwagi szeroki zakres wpływów jakim dysponują? pozostaje w sprzeczności z zasadami ogólnymi ochrony konkurencji i jawności, oraz art. 5 ust. 2 traktatu WE ustanawiającym zasadę subsydiarności?”

W przedmiocie właściwości Trybunału i dopuszczalności pytań prejudycjalnych

27. Rząd grecki kwestionuje zasadność pytań zadanych przez sąd krajowy.

28. Po pierwsze podnosi on, że spór przed sądem krajowym dotyczy sytuacji czysto wewnętrznej, która obejmuje wyłącznie podmioty greckie. Zatem można wątpić, czy do sprawy tej znajduje zastosowanie dyrektywa 93/37, a w konsekwencji – czy Trybunał jest właściwy do dokonania jej interpretacji.
29. W tym zakresie należy jednak zauważyć, że żaden przepis dyrektywy 93/37 nie pozwala na przyjęcie, iż jej zastosowanie, a w szczególności zastosowanie wspólnych reguł dotyczących uczestnictwa w postępowaniu, określonych między innymi w jej art. 24, uzależnione jest od wystąpienia rzeczywistego związku ze swobodą przepływu towarów lub usług pomiędzy państwami członkowskimi. Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 16 swej opinii dyrektywa ta nie uzależnia objęcia zakresem swego zastosowania postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane od jakiegokolwiek warunku dotyczącego przynależności państwowej lub siedziby oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 33).
30. W konsekwencji, a także uwzględniając okoliczność, że wartość omawianego zamówienia przekracza próg, powyżej którego stosuje się dyrektywę 93/37, Trybunał jest w niniejszej sprawie właściwy do wydania orzeczenia w przedmiocie wykładni tej dyrektywy.
31. Po drugie rząd grecki twierdzi, że spór zawisły przed sądem krajowym dotyczy wyłącznie kwestii zgodności przepisów ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 Konstytucji. Wykładnia prawa wspólnotowego, o którą zwrócił się sąd krajowy nie jest więc obiektywnie konieczna do rozstrzygnięcia tego sporu.
32. W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tylko do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i który winien wziąć odpowiedzialność za mające być wydane orzeczenie, należy ocena – w świetle szczególnych okoliczności sprawy – zarówno konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla potrzeb wydania wyroku jak i zasadności zadawanych Trybunałowi pytań (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 Bosman, Rec. s. I-4921, pkt 59; z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-466/04 Acedera Herrera, Zb. Orz. s. I-5341, pkt 47 ; oraz z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb. Orz. s. I-349, pkt 52).
33. W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyroki z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie C-326/00 IKA, Rec. s. I-1703, pkt 27; z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb. Orz. s. I-2529, pkt 33, oraz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb. Orz. s. I-6467, pkt 32).

34. Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie wtedy, gdy żądana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu toczącego się przed sądem krajowym, lub też, gdy problem ma charakter hipotetyczny albo, gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (zob. w szczególności wyroki z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. str. I-2099, pkt 39; z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-35/99 Arduino, Rec. s. I-1529, pkt 25, oraz ww. wyrok w sprawie Chacón Navas, pkt 33).
35. Należy podnieść, że powyższa sytuacja w obecnym przypadku nie zachodzi. W niniejszej sprawie odpowiedź Trybunału na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zapewni sądowi krajowemu wykładnię prawa niezbędną do rozstrzygnięcia kwestii zgodności z prawem wspólnotowym systemu niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, ustanowionego w art. 14 ust. 9 Konstytucji i doprecyzowanego w ustawie nr 3021/2002, która to kwestia warunkuje ostateczny wynik toczącego się przed nim postępowania.
36. W konsekwencji należy stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania

37. Zwracając się z pierwszym pytaniem sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy wykaz przypadków wykluczenia z udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, zawarty w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, ma charakter wyczerpujący.
38. W tym zakresie należy podnieść, że dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych mają na celu koordynację krajowych procedur w tej dziedzinie (wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb. Orz. s. I-1347, pkt 20). W odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane cel ten podkreślony jest wyraźnie w motywie drugim dyrektywy 93/37.
39. Z motywu drugiego, jak również z motywu dziesiątego dyrektywy 93/37 wynika bowiem, że koordynacja ta ma na celu jednoczesne zapewnienie swobody działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, jak również zapewnienie rozwoju rzeczywistej

konkurencji w tej dziedzinie na szczeblu wspólnotowym poprzez wzbudzenie jak najszerzego zainteresowania wśród przedsiębiorców z państw członkowskich (zob. podobnie wyroki z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-7445, pkt 34; z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 52; z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 34, oraz z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Univer-sale-Bau, Rec. s. I-11617, pkt 89).

40. W tym kontekście art. 24 dyrektywy 93/37, zamieszczony w tytule poświęconym wspólnym regułom uczestnictwa, wpisuje się w szczegółową regulację dotyczącą warunków wyboru przedsiębiorców dopuszczonych do etapu przedstawiania ofert oraz warunków udzielenia zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037, pkt 27).
41. W ramach rozdziału poświęconego kryteriom wyboru „jakościowego” wspomniany art. 24 w swym akapicie pierwszym wskazuje siedem przypadków wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu, które dotyczą cech zawodowych zainteresowanego, w szczególności jego uczciwości zawodowej, wypłacalności oraz kwalifikacji gospodarczych i zdolności płatniczej (zob. analogicznie wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute et travaux, Rec. s. 417, pkt 9, oraz ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 21).
42. Należy w tym miejscu podnieść, w ślad za Radą Unii Europejskiej, że koncepcja prawodawcy europejskiego polegała na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy, mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania robót objętych zamówieniem i jego ofertą.
43. W tych okolicznościach art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy rozumieć jako zawierający enumeratywne wyliczenie przypadków mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym ze względu na ustalone obiektywnie przyczyny dotyczące jego cech zawodowych. W konsekwencji stoi on na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie lub właściwe instytucje zamawiające zawartego w nim wykazu o inne przypadki wykluczenia oparte na kryteriach zawodowych (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 22).
44. Wyczerpujące wyliczenie zawarte w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia norm materialnych mających na celu między innymi zagwa-

rantowanie poszanowania zasady równego traktowania oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości w dziedzinie zamówień publicznych, które to normy obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 24, oraz wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 Traunfellner, Rec. s. I-11941, pkt 29).

45. Powyższe zasady, które oznaczają między innymi, że oferenci powinni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające (zob. podobnie, wyroki z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 34, i z dnia 4 grudnia 2003 r. C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. s. I-14527, pkt 47), tworzą bowiem podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych (zob. między innymi ww. wyrok w sprawie Univer-sale-Bau i in., pkt 91, oraz wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6351, pkt 73), a ciążyący na instytucjach zamawiających obowiązek zapewnienia ich poszanowania odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw (zob. podobnie wyroki z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 81, oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 26).
46. Artykuł 6 ust. 6 dyrektywy 93/37 wyjaśnia ponadto, że instytucje zamawiające winny zapewnić, by nie dochodziło do dyskryminacji przedsiębiorców.
47. Wynika stąd, że państwo członkowskie może wprowadzić, obok przypadków wykluczenia opartych na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu mające na celu poszanowanie zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości w ramach postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych.
48. Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb. Orz. s. I-11893, pkt 47), tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to co jest niezbędne dla zapewnienia równego traktowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 34).
49. Biorąc powyższe pod uwagę, na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, iż wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże

dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

W przedmiocie drugiego pytania

50. Zwracając się z drugim pytaniem sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepis krajowy, który wprowadza zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem środków masowego przekazu a sektorem zamówień publicznych jest zgodny z zasadami prawa wspólnotowego.
51. Na wstępie należy przypomnieć, że w ramach postępowania prejudycjalnego Trybunał nie ma za zadanie dokonywania oceny zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem wspólnotowym ani dokonywania wykładni przepisów krajowych. Trybunał jest natomiast właściwy do podania sądowi krajowemu wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa wspólnotowego, umożliwiających temu sądowi ocenę powyższej zgodności, w celu wydania orzeczenia w zawiśłej przed nim sprawie (zob. w szczególności wyroki z dnia 15 grudnia 1993 r. w sprawie C-292/92 Hünermund i in., Rec. str. I-6787, pkt 8 ; z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb. Orz. s. I-2843, pkt 24, oraz ww. wyrok w sprawie Centro Europa 7, pkt 49 i 50).
52. Trybunał powinien zatem w niniejszej sprawie ograniczyć swoją analizę do wykładni prawa wspólnotowego, która będzie pomocna dla sądu krajowego zobowiązanego do dokonania oceny zgodności przepisów krajowych z prawem wspólnotowym w celu rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu.
53. Jak to zostało przypomniane w pkt 39 niniejszego wyroku, podstawowym założeniem dyrektywy 93/37 jest otwarcie zamówień publicznych na roboty budowlane na konkurencję wspólnotową. Jej celem jest zagwarantowanie braku niebezpieczeństwa nepotyzmu po stronie instytucji publicznych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Ordine degli Architetti i in., pkt 75, oraz Lombardini i Mantovani, pkt 35).
54. Wspólnotowa koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma między innymi na celu wykluczenie zarówno ryzyka preferowania oferentów krajowych, jak i możliwości kierowania się przez instytucję zamawiającą względami niezwiązanymi z danym zamówieniem (zob. podobnie wyroki z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 17; z dnia 2 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 42, oraz ww. wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 36).

55. W tym kontekście, jak to podniósł rzecznik generalny w pkt 30 swej opinii, państwowym członkowskim należy przyznać pewną swobodę uznania w zakresie wprowadzania przepisów mających na celu ochronę zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, które zgodnie z tym co przypomniano w pkt 45 niniejszego wyroku stanowią podstawę wspólnotowych dyrektyw w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.
56. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić – biorąc pod uwagę charakterystycznych dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 23) – sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad.
57. W konsekwencji prawo wspólnotowe nie ma na celu podważenia oceny dokonanej przez państwo członkowskie, z uwzględnieniem charakterystycznego dla niego kontekstu, w zakresie szczególnego niebezpieczeństwa zaistnienia tego rodzaju zachowań, w przypadku, gdy pośród oferentów w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane występuje przedsiębiorstwo prowadzące działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymujące związki z osobami działającymi w tym sektorze, ani też w zakresie konieczności zastosowania środków mających na celu wykluczenie tego niebezpieczeństwa.
58. W niniejszym przypadku zainteresowane państwo członkowskie uznało, że nie można wykluczyć, iż uczestnicząc w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przedsiębiorstwo prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wykonawca robót publicznych związany z takim przedsiębiorstwem lub z osobami, do których ono należy, lub które nim zarządzają, będą wobec instytucji zamawiającej próbowali wykorzystać wpływy, jakie daje im ich pozycja lub powiązania w sektorze mediów, w celu wpłynięcia w sposób niezgodny z prawem na treść decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, grożąc perspektywą zmasowanej – agitacyjnej lub krytycznej w zależności od treści tej decyzji – akcji informacyjnej.
59. Chęć zapobiegania przez państwo członkowskie niebezpieczeństwu wpływu środków masowego przekazu na procedury udzielania zamówień publicznych jest zgodna z celem leżącym w interesie ogólnym, w postaci zachowania pluralizmu i niezależności mediów (zob. w tym zakresie wyroki z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689, pkt 18, oraz z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium i in., Zb.Orz. s. I-11135, pkt 41 i 42). Ponadto, służy ona w szczególności sposobu innemu celowi tej samej natury, to znaczy zwalczaniu oszustw i korupcji (zob. w tym zakresie wyrok i z dnia 24 mars 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler,

Rec. s. I-1039, pkt 57 – 60, oraz z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 46).

60. Z powyższego wynika, że prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu przepisów krajowych, które mając na względzie zapobieganie lub zwalczanie oszustw i korupcji służą wyeliminowaniu ryzyka występowania, w ramach procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję, które mogą być skutkiem obecności pośród oferentów przedsiębiorcy prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymującego związku z osobą działającą w tym sektorze.
61. Jak to zostało podkreślone w pkt 48 niniejszego wyroku, konieczne jest jeszcze, by tego rodzaju przepisy były zgodne z zasadą proporcjonalności.
62. Tymczasem przepis krajowy taki jak analizowany w sprawie przed sądem krajowym, który wprowadza ogólny zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem robót publicznych a sektorem środków masowego przekazu, powoduje w konsekwencji wykluczenie możliwości udzielania zamówień publicznych wykonawcom robót publicznych powiązanych jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu ze względu na stosunki własnościowe, akcjonariatu większościowego, uczestnictwa w spółce lub zarządu, nie dając im żadnej możliwości udowodnienia, wobec ewentualnych zarzutów wysuwanych na przykład przez konkurencję, że w ich przypadku nie występuje tego rodzaju realne niebezpieczeństwo, o jakim mowa w pkt 60 niniejszego wyroku (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 33 i 35).
63. Zgodnie z tym, co stwierdziły Komisja Wspólnot Europejskich, Rada oraz, na rozprawie, Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, przepis taki wykracza poza to, co jest niezbędne do realizacji przywoływanych celów przejrzystości i równego traktowania, ponieważ wyklucza całą kategorię przedsiębiorców zajmujących się wykonawstwem robót publicznych na podstawie niewzruszalnego domniemania, że obecność wśród oferentów przedsiębiorcy powiązanego jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu musi zakłócać konkurencję ze szkodą dla pozostałych oferentów.
64. Rząd grecki podkreślił wynikającą z analizowanego w sprawie przed sądem krajowym przepisu konstytucyjnego możliwość niestosowania wykluczenia w stosunku do osoby występującej w charakterze pośrednika, jako krewny, osoba lub spółka gospodarczo zależna wobec przedsiębiorcy działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby odpowiedzialnej za tego rodzaju przedsiębiorstwo, jeśli zostanie wykazane, że udział pośrednika

w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynika z jego samodzielnej decyzji, podyktowanej jego własnym interesem.

65. Jednak możliwość ta nie jest w stanie pogodzić przepisu krajowego analizowanego przed sądem krajowym z zasadą proporcjonalności.
66. Tego rodzaju możliwość nie zmienia bowiem automatycznego i bezwzględniego charakteru zakazu dotyczącego wszystkich wykonawców robót publicznych prowadzących działalność również w sektorze środków masowego przekazu lub powiązanych z osobami fizycznymi lub prawnymi działającymi w tym sektorze, którzy nie są objęci zakresem owego złagodzenia zasady ogólnego wykluczenia, przewidzianego na rzecz osób mających status pośrednika.
67. Ponadto wykonawca robót publicznych mający status pośrednika przedsiębiorstwa działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby będącej właścicielem lub zarządcą takiego przedsiębiorstwa będzie wykluczony z udziału w zamówieniu bez możliwości wykazania, że w razie ustalenia, iż działa on na rachunek tego przedsiębiorstwa lub tej osoby, działanie to nie jest w stanie wpłynąć na konkurencję między oferentami.
68. Wreszcie szerokie rozumienie, jakie analizowany przed sądem krajowym przepis nadaje pojęciom głównego akcjonariusza i pośrednika – jak to wynika z pkt 8 niniejszego wyroku – przyczynia się do zwiększenia jego nieproporcjonalności.
69. Uwzględniając powyższe rozważania, na drugie pytanie należy odpowiedzieć, że prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, iż stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

W przedmiocie pytania trzeciego

70. Biorąc pod uwagę odpowiedzi udzielone na dwa pierwsze pytania, nie ma konieczności odpowiadania na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

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

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

- 1) **Artykuł 24 akapit pierwszy dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., należy interpretować w ten sposób, że wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.**
- 2) **Prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie stosowania przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.**

Podpisy

* Język postępowania: grecki.

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 19 maja 2009 r.^(*)

Dyrektywa 92/50/EWG – Artykuł 29 akapit pierwszy – Zamówienia publiczne na usługi – Uregulowanie krajowe wykluczające z udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych, na zasadach konkurencji, spółki, które znajdują się względem siebie w stosunku dominacji lub z których jedna wywiera znaczny wpływ na pozostałe

W sprawie C-538/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Włochy) postanowieniem z dnia 14 listopada 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 3 grudnia 2007 r., w postępowaniu:

Assitur Srl

przeciwko

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,

przy udziale:

**SDA Express Courier SpA,
Poste Italiane SpA,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

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

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu Assitur Srl przez S. Quadria, avvocato,

- w imieniu Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano przez M. Bassaniego, avvocato,
- w imieniu SDA Express Courier SpA przez A. Vallefuoca oraz V. Vallefuoca, avvocati,
- w imieniu Poste Italiane SpA przez A. Fratini, avvocatessa,
- w imieniu rządu włoskiego przez I.M. Braguglię, działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez G. Fienga, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez D. Kukovca oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 10 lutego 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 29 akapit pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) oraz ogólnych zasad prawa wspólnotowego obowiązujących w dziedzinie zamówień publicznych.
2. Wniosek ten został przedłożony w ramach sporu między Assitur Srl (zwaną dalej „spółką Assitur”) a Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (izbą handlu, przemysłu, rzemiosła i rolnictwa w Mediolanie) dotyczącego zgodności z wyżej wskazanymi przepisami i zasadami krajowego uregulowania zakazującego udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych, odrębnie i na zasadach konkurencji, spółkom, które znajdują się względem siebie w stosunku dominacji lub z których jedna wywiera znaczny wpływ na pozostałe.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3. Artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50, zawarty w rozdziale 2, zatytułowanym „Kryteria wyboru jakościowego”, stanowi:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego usługodawcę:

- a) który jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, który zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) który jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) który został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;
- d) który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;
- e) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- f) który nie wypełnia zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;
- g) który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału”.

4. Artykuł 3 ust. 4 akapity drugi i trzeci dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) definiuje pojęcia „przedsiębiorstwa powiązane” i „dominujący wpływ” ze strony danego przedsiębiorstwa. Przewiduje on, w odniesieniu do umów dotyczących koncesji na roboty budowlane, że:

„Przedsiębiorstwa, które utworzyły grupę w celu uzyskania koncesji na roboty budowlane, lub przedsiębiorstwa z nimi powiązane, nie są uważane za strony trzecie.

»Przedsiębiorstwo powiązane« oznacza przedsiębiorstwo, na które koncesjonariusz może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na koncesjonariusza, lub przedsiębiorstwo, które wspólnie z koncesjonariuszem podlega dominującemu

wpływowi innego przedsiębiorstwa z uwagi na własność, zaangażowanie finansowe lub reguły określające jego działanie. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu ze strony przedsiębiorstwa wobec innego przedsiębiorstwa, jeżeli to pierwsze przedsiębiorstwo, bezpośrednio lub pośrednio:

– posiada większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa

lub

– kontroluje większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo,

lub

– może powołać ponad połowę członków organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa”.

Uregulowania krajowe

5. Dyrektywa 92/50 została transponowana do prawa włoskiego dekretem z mocą ustawy nr 157 z dnia 17 marca 1995 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 104 z dnia 6 maja 1995 r.). Ten dekret z mocą ustawy nie wprowadza żadnego zakazu udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na usługi przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane.

6. Artykuł 10 ust. 1a ustawy nr 109, ustawy ramowej o zamówieniach publicznych na roboty budowlane z dnia 11 lutego 1994 r. (GURI nr 41 z dnia 19 lutego 1994 r., zwanej dalej „ustawą nr 109/94”) stanowi:

„W tym samym postępowaniu przetargowym nie mogą brać udziału przedsiębiorstwa, które znajdują się względem siebie w jednym ze stosunków dominacji, o których mowa w art. 2359 kodeksu cywilnego”.

7. Artykuł 2359 włoskiego kodeksu cywilnego, zatytułowany „Spółki zależne i powiązane”, przewiduje, że:

„Za spółki zależne uważa się:

- 1) spółki, w których inna spółka dysponuje większością głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników;
- 2) spółki, w których inna spółka dysponuje wystarczającą ilością głosów, by sprawować dominujący wpływ na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników;

- 3) spółki pozostające pod dominującym wpływem innej spółki ze względu na szczególne więzi umowne z tą spółką.

Dla celów zastosowania pkt 1 i 2 pierwszego akapitu uwzględnia się również głosy należące do spółek zależnych, spółek powierniczych i podmiotów pośredniczących; nie uwzględnia się głosów należących do osób trzecich.

Spółkami powiązanymi są spółki, na które inna spółka wywiera znaczny wpływ. Istnieje domniemanie wpływu, gdy na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników spółki inna spółka dysponuje co najmniej jedną piątą głosów lub jedną dziesiątą głosów w przypadku spółek notowanych na rynkach regulowanych”.

8. Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy są obecnie wspólnie regulowane dekretem z mocą ustawy nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r., zwanym dalej „dekret z mocą ustawy nr 163/2006”). Zgodnie z ostatnim akapitem art. 34 tego dekretu z mocą ustawy:

„Nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym oferty, którzy znajdują się względem siebie w jednym ze stosunków dominacji, o którym mowa w art. 2359 kodeksu cywilnego. Instytucje zamawiające wykluczają ponadto z przetargu oferentów, w przypadku których stwierdzą na podstawie jednoznacznych dowodów, że złożone odpowiednio przez każdego z nich oferty pochodzą z jednego centrum decyzyjnego”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

9. Ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 30 września 2003 r. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (zwana dalej „izbą handlową”) wszczęła otwarte postępowanie przetargowe na podstawie kryterium najniższej ceny dotyczące zamówienia na usługi kurierskie w zakresie odbioru i dostarczenia korespondencji i różnych dokumentów w okresie trzyletnim 2004–2006 na rzecz samej izby handlowej oraz jej agencji specjalnej Ced Camera, na kwotę podstawową w wysokości 530 000 EUR bez podatku od wartości dodanej.
10. W następstwie oceny dokumentów przedstawionych przez zainteresowanych do udziału w postępowaniu dopuszczono spółki SDA Express Courier SpA (zwana dalej „spółką SDA”), Poste Italiane SpA (zwana dalej „spółką Poste Italiane”) oraz Assitur.
11. W dniu 12 listopada 2003 r. spółka Assitur przedstawiła wniosek o wykluczenie spółek SDA i Poste Italiane z przetargu ze względu na ścisłe powiązania istniejące między tymi spółkami.

12. Wskutek weryfikacji zarządzanej przez komisję przetargową okazało się, że całość kapitału zakładowego spółki SDA należy do spółki Attività Mobiliari SpA, która z kolei jest w całości własnością spółki Poste Italiane. Komisja przetargowa stwierdziła jednak, że dekret z mocą ustawy nr 157 z dnia 17 marca 1995 r., który reguluje procedury udzielania zamówień na usługi, nie wprowadza żadnego zakazu udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które łączy stosunek dominacji. Zauważyła ona również, że dokonana weryfikacja nie wykazała, aby w rozpatrywanym przypadku istniały poważne i zbieżne dowody pozwalające na powzięcie przypuszczenia o naruszeniu zasad konkurencji i tajności ofert. W rezultacie instytucja zamawiająca zdecydowała się udzielić, na mocy decyzji nr 712 z dnia 2 grudnia 2003 r., zamówienia na usługi spółce SDA, która przedstawiła ofertę z najniższą ceną.
13. W skardze wniesionej do Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia spółka Assitur wniosła o uchylenie tej decyzji. Spółka Assitur podnosi, że na mocy art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994, który wobec braku odmiennych przepisów stosuje się również – jak uważa – do zamówień na usługi, instytucja zamawiająca powinna była wykluczyć z udziału w postępowaniu spółki, które łączy stosunek dominacji, o którym mowa w art. 2359 włoskiego kodeksu cywilnego.
14. Sąd krajowy wskazuje, że art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994, który odnosi się konkretnie do zamówień na roboty budowlane, ustanawia niewzruszalne domniemanie, zgodnie z którym oferta spółki zależnej jest znana spółce dominującej. W ten sposób dane podmioty gospodarcze nie zostały uznane przez ustawodawcę za zdolne do sformułowania ofert cechujących się wymaganą niezależnością, powagą i wiarygodnością, gdyż są ze sobą powiązane ścisłą wspólnotą interesów. Przepis ten zakazuje zatem powiązanym w ten sposób przedsiębiorstwom udziału w tym samym postępowaniu przetargowym na zasadach konkurencji, a w razie stwierdzenia, że do tego doszło, nakazuje obligatoryjne ich wykluczenie z przetargu. Sąd krajowy zwraca również uwagę, że pojęcie przedsiębiorstwa zależnego w prawie włoskim jest analogiczne do pojęcia przedsiębiorstw powiązanych, którego definicja została zawarta w art. 3 ust. 4 dyrektywy 93/37.
15. Sąd krajowy wskazuje również, że orzecznictwo włoskie traktuje taką normę jak ustanowiona w art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994 jako powszechnie obowiązującą normę porządku publicznego. Norma ta stanowi w rzeczywistości wyraz ogólnej zasady prawa, która wykracza poza dziedzinę zamówień publicznych na roboty budowlane i rozciąga się również na inne procedury udzielania zamówień publicznych w sektorze usług i dostaw, niezależnie od faktu, że w przypadku tych ostatnich procedur nie istnieje taki szczególny zapis. Ustawodawca potwierdził ten pogląd orzecznictwa, ustanawiając ostatni ustęp art. 34 dekretu z mocą ustawy nr 163/2006, który reguluje obecnie ogół procedur udzielania zamówień publicznych, lecz w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania *ratione temporis*.

16. Sąd krajowy zastanawia się niemniej, czy takie podejście jest zgodne ze wspólnotowym porządkiem prawnym, a zwłaszcza z art. 29 dyrektywy 92/50, zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez Trybunał w wyroku z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascina i in.*, Zb.Orz. s. I-1347, pkt 21–23. Przepis ten, który stanowi wyraz zasady „*favor participationis*”, czyli promowania, by w przetargu uczestniczyło jak najwięcej przedsiębiorstw, zawiera wyczerpującą listę podstaw wykluczenia z udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Wśród tych podstaw nie figuruje przypadek spółek, między którymi występuje stosunek dominacji lub z których jedna wywiera na drugą znaczny wpływ.
17. Sąd krajowy uważa tymczasem, że art. 10 ust. 1a ustawy nr 109/1994 stanowi wyraz zasady wolnej konkurencji, ponieważ ma na celu karanie zachowań polegających na zмовie przedsiębiorstw w ramach postępowania przetargowego. W konsekwencji przepis ten został ustanowiony w ścisłej zgodności z traktatem WE, a w szczególności z art. 81 i nast. tego traktatu, i nie może tak naprawdę pozostawać w konflikcie z art. 29 dyrektywy 92/50.
18. W tych okolicznościach Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 29 dyrektywy 92/50[...], przewidując siedem przypadków wykluczenia z udziału w zamówieniach na usługi, określa wyczerpującą listę podstaw wykluczenia, stojąc zatem na przeszkodzie temu, by w art. 10 ust. 1a ustawy [nr 109/94] (obecnie zastąpionym ostatnim akapitem art. 34 dekretu z mocą ustawy [nr 136/06]) wprowadzono zakaz równoczesnego udziału w postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które łączy stosunek dominacji?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

19. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału siedem podstaw wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu ustanowionych w art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 odnosi się do uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności zainteresowanego, a zatem jego cech zawodowych (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *La Cascina i in.*, pkt 21).
20. Trybunał podkreślił, w odniesieniu do art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, który wymienia takie same podstawy wykluczenia jak art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50, że wolą prawodawcy wspólnotowego było utrzymanie w tym przepisie tylko takich podstaw wykluczenia, które wiążą się wyłącznie z cechami zawodowymi zainteresowanych przedsiębiorców. W zakresie dotyczącym takich

podstaw wykluczenia Trybunał uważa, że wyliczenie to jest wyczerpujące (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 42, 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

21. Trybunał dodał, że to wyczerpujące wyliczenie nie wyłącza jednak uprawnień państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 44–48 i przytoczone tam orzecznictwo).
22. Krajowy przepis ustawowy taki jak ten rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zмовы między uczestnikami tego samego postępowania przetargowego oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania.
23. Należy zatem stwierdzić, że art. 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 nie stoi na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.
24. Z powyższego wynika, że zgodność uregulowania krajowego rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym należy ocenić jeszcze w świetle zasady proporcjonalności.
25. Należy przypomnieć w tym względzie, że przepisy wspólnotowe w dziedzinie udzielania zamówień publicznych zostały przyjęte w ramach ustanawiania rynku wewnętrznego, na którym zapewnione są swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału oraz nieograniczona konkurencja (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. s. I-619, pkt 2).
26. W tym kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów.
27. Z postanowienia odsyłającego wynika, że rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym przepis, sformułowany w sposób jasny i imperatywny, nakłada

na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, które przedstawiają odrębne i konkurencyjne względem siebie oferty, jeżeli pozostają one względem siebie w stosunku dominacji tego rodzaju jak określony w przepisie rozpatrywanym w postępowaniu przed sądem krajowym.

28. Jednakże generalne pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu przetargowym byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa wspólnotowego. Takie rozwiązanie bowiem znacznie ograniczyłoby konkurencję na szczeblu wspólnotowym.
29. Należy zatem stwierdzić, że uregulowanie krajowe rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, w zakresie w jakim rozciąga zakaz udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na sytuacje, w których łączący zainteresowane przedsiębiorstwa stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w ramach takich procedur, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości.
30. Takie uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstwom żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom*, Zb. Orz. s. I-1559, pkt 33, 35; ww. wyrok w sprawie *Michaniki*, pkt 62).
31. W tym względzie warto podkreślić, że grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. Zresztą, jak to wskazała Komisja w swych uwagach pisemnych, stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania przetargowego.
32. W tym kontekście kwestia, czy rozpatrywany tutaj stosunek dominacji miał wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowane przedsiębiorstwa

w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia i oceny stanu faktycznego, czego dokonać powinny instytucje zamawiające. Ustalenie takiego wpływu, niezależnie, w jakiej postaci, uzasadnia wykluczenie tych przedsiębiorstw z danego postępowania. Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.

33. W świetle ogółu powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć następująco:

- artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu, oraz
- prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

W przedmiocie kosztów

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

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

Artykuł 29 akapit pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na prze-

szkodzie temu, by państwo członkowskie przewidziało, poza podstawami wykluczenia wymienionymi w tym przepisie, inne podstawy wykluczenia służące zapewnieniu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem że takie środki nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

Prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.



ISBN: 978-83-88686-09-2

Warszawa 2013