

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

lipiec - wrzesień 2018 r.

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

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

Spis treści

AKTUALNOŚCI	3
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE	3
➤ MINIPORTAL	3
➤ Przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiających z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem miniPortalu	4
➤ Raport z realizacji Zaleceń Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych w latach 2016-2017 - podsumowanie i wnioski.....	4
➤ Zmiana przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zmiany w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.....	5
➤ Zmiany w wyłączeniach stosowania ustawy Pzp oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.....	7
➤ II runda konsultacji dotyczących nowych elektronicznych formularzy ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej	8
DZIAŁANIA EDUKACYJNE	9
➤ Seminarium UZP: „Elektronizacja zamówień publicznych – praktyka i planowane zmiany”	9
➤ Szkolenia w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”	10
➤ Odwołanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.....	10
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	11
OPINIE PRAWNE	27
Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.....	27
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	35
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	35

ANALIZY SYSTEMOWE	50
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 30.09.2018.....	50

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I REGULACJE PRAWNE

➤ **MINIPORTAL**

W związku z obowiązkiem składania ofert i porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w postępowaniach wszczętych z dniem 18 października 2018 r., których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, Urząd Zamówień Publicznych udostępnił w dniu 4 października 2018 r. [miniPortal](#) - system dla zamawiających i wykonawców do elektronicznej komunikacji w postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego.

Narzędzie zostało uruchomione na stronie internetowej UZP: <https://miniportal.uzp.gov.pl>

Można też zapoznać się z jego rozwiązaniami w wersji testowej: <https://miniportal-test.uzp.gov.pl>.

MiniPortal to:

- tymczasowe rozwiązanie dla zamawiających zapewniające komunikację elektroniczną do czasu pełnego uruchomienia docelowego rozwiązania, którym będzie Platforma e-Zamówienia;
- ogólnodostępne, uniwersalne, nieodpłatne, a także proste w użyciu narzędzie służące do komunikacji między zamawiającymi a wykonawcami;
- rozwiązanie pozwalające na składanie do zamawiających w sposób bezpieczny ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- narzędzie wykorzystujące dotychczasowe konta zamawiających zarejestrowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. MiniPortal jest zintegrowany z Platformą ePUAP, za pośrednictwem której można składać oferty i wnioski w postępowaniach.

W celu zapewnienia bezpieczeństwa i integralności przesyłanych ofert, wniosków i oświadczeń rozwiązanie opiera się na współpracy dwóch niezależnych systemów:

- ePUAP umożliwia złożenie, zmianę lub wycofanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto odpowiedzialny jest za przechowywanie zaszyfrowanych ofert na skrzynce odbiorczej zamawiającego oraz wszelką komunikację pomiędzy zamawiającym i wykonawcami dotyczącą postępowania, która odbywać się będzie za pomocą formularzy dostępnych na platformie ePUAP.
- miniPortal odpowiedzialny jest za generowanie i pilnowanie kluczy do szyfrowania i deszyfrowania ofert.

Zachęcamy do zapoznania się z **filmami instruktażowymi** dotyczącym miniPortalu:

[miniPortal - Komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą](#)

[miniPortal - Zmiana / wycofanie oferty](#)

[miniPortal - Złożenie oferty](#)

[miniPortal - Przygotowanie postępowania](#)

[miniPortal - Otwarcie ofert](#)

[miniPortal - Deszyfrowanie ofert](#)

[miniPortal - Szyfrowanie ofert](#)

➤ **Przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiających z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem miniPortalu**

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom uczestników rynku zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych przygotował [Przykładowe zapisy SIWZ dotyczące porozumiewania się zamawiających z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem miniPortalu](#).

Zaproponowane zapisy uwzględniają zmiany dotyczące sposobu komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, które obowiązywać będą w postępowaniach wszczętych od dnia 18 października 2018 r.

➤ **Raport z realizacji Zaleceń Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych w latach 2016-2017 - podsumowanie i wnioski**

5 października 2018 r. Rada Ministrów przyjęła „Raport z realizacji Zaleceń Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych w latach 2016- 2017 - podsumowanie i wnioski”.

Dokument zawiera podsumowanie zrealizowanych przez Urząd Zamówień Publicznych działań edukacyjnych i promocyjnych w zakresie społecznych zamówień publicznych, prezentuje wyniki monitoringu stosowania instrumentów prospołecznych w zamówieniach publicznych udzielonych w latach 2016-2017 przez jednostki administracji rządowej, a także wyniki audytu wewnętrznego w zakresie realizacji Zaleceń Rady Ministrów w latach 2016- 2017. Raport obejmuje również wnioski dotyczące stosowanych przez jednostki administracji rządowej instrumentów prospołecznych w udzielanych zamówieniach publicznych oraz sposobu przygotowania i prowadzenia przez te jednostki postępowania o udzielenie zamówienia.

Z dokumentu wynika, iż Zalecenia Rady Ministrów przyczyniły się do znaczącego wzrostu uwzględniania aspektów społecznych przez jednostki administracji rządowej. Efektywne okazały się również działania edukacyjne i promocyjne w tym obszarze prowadzone przez Urząd Zamówień Publicznych, a także monitoring realizacji Zaleceń oraz audyt przeprowadzony na zlecenie Ministra Finansów, które pozwoliły dokonać oceny sposobu realizacji tych Zaleceń przez zobowiązane jednostki i instytucje.

Z Raportu wynika również, iż większość jednostek administracji rządowej prowadzi analizę możliwości uwzględniania aspektów społecznych w planowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W większości przypadków zamawiający sektora rządowego dokonują takiej oceny także w odniesieniu do zamówień wyłączonych spod procedur ustawy Pzp.

[„Raport z realizacji Zaleceń Rady Ministrów w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych w latach 2016- 2017 - podsumowanie i wnioski”](#)

➤ **Zmiana przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zmiany w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi**

W dniu 19 września 2018 r. weszły w życie zmiany w przepisach:

1. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa Pzp”,
2. ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, dalej „ustawa o umowie koncesji”

- wprowadzane ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o **partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw** (Dz. U. 1693), zwanej dalej „ustawą o zmianie PPP”.

Zmiany w ustawie Pzp

Ustawą o zmianie PPP zostały dokonane zmiany w art. 93 ustawy Pzp polegające na zmianie wprowadzenia do wyliczenia w ust. 1a oraz na uchyleniu ust. 1b (art. 12 ustawy o zmianie PPP).

Wprowadzenie do wyliczenia w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp otrzymało następujące brzmienie: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:”.

Wprowadzone w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp rozwiązanie daje **zamawiającym możliwość unieważnienia postępowania we wszystkich przypadkach niezyskania środków na sfinansowanie zamówienia, niezależnie od źródła ich pochodzenia, a więc nie tylko w**

przypadku finansowania zamówienia lub jego części ze środków unijnych, środków EFTA albo w przypadku finansowania zamówienia na badania naukowe lub prace rozwojowe (*vide*: art. 93 ust. 1a i ust. 1b ustawy Pzp).

Powyższa zmiana wymusiła uchylenie ust. 1b w art. 93, który przyznawał zamawiającym możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy środki służące sfinansowaniu zamówień na badania naukowe lub prace rozwojowe, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.

Tak jak dotychczas, aby skorzystać z możliwości unieważnienia postępowania w przypadku nieprzyznania środków na sfinansowanie zamówienia zamawiający będzie zobowiązany uprzedzić o tym wykonawców odpowiednio: w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki albo negocjacji bez ogłoszenia albo w zaproszeniu do składania ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytanie o cenę.

Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 19 września 2018 r. mają zastosowanie dotychczas obowiązujące regulacje z art. 93 ust. 1a i 1b ustawy Pzp (art. 21 ustawy o zmianie PPP).

Zmiany w ustawie o umowie koncesji

Zmiany w ustawie o umowie koncesji, w ogólnym zarysie, prowadzą do ujednoczenia regulacji z ustawy o umowie koncesji z regulacjami stosowanymi w ustawie Pzp (art. 20 ustawy o zmianie PPP).

Zmiany obejmują:

1. modyfikację **art. 2 pkt 11** ustawy o umowie koncesji w zakresie definicji „zamawiającego” (ujednoczenie z definicją praw szczególnych i wyłącznych zawartą w art. 3 ust. 2 ustawy Pzp);
2. modyfikację odesłania zawartego w **art. 8 ust. 3** ustawy o umowie koncesji poprzez odniesienie do progu określonego w art. 4 tej ustawy tj. równowartości kwoty 30 000 euro (a nie jak dotychczas do tzw. progu unijnego) w celu ustalenia obowiązku stosowania przepisów ustawy do zawarcia umowy koncesji w przypadku, gdy łączna wartość odrębnych części przedmiotu umowy koncesji jest równa lub przekracza tę kwotę;
3. modyfikację brzmienia **art. 10 ust. 2 pkt 1** ustawy o umowie koncesji, w zakresie tzw. koncesji mieszanych, normującego które przepisy będą miały zastosowanie do zawarcia umowy koncesji w przypadku, gdy do poszczególnych części przedmiotu koncesji mają zastosowanie przepisy odnoszące się do różnych rodzajów koncesji (dostosowanie do regulacji art. 5d ust. 2 ustawy Pzp);
4. modyfikację brzmienia **ust. 4 pkt 1 i pkt 2 lit. a oraz dodania pkt 3 w art. 10** ustawy o umowie koncesji, w zakresie tzw. koncesji mieszanych, przesądzających które

przepisy należy stosować w przypadku, gdy przedmiot koncesji obejmuje różne rodzaje działalności (dostosowanie do regulacji z art. 5e ustawy Pzp);

5. modyfikację brzmienia **art. 18 ust. 4** ustawy o umowie koncesji, poprzez uzupełnienie, że przekazanie ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej następuje „jeżeli szacunkowa wartość umowy koncesji jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie ust. 2” (dostosowanie do regulacji z art. 11 ust. 7 i 7a ustawy Pzp).

Do postępowań o zawarcie umowy koncesji wszczętych przed dniem 19 września 2018 r. będą miały zastosowanie przepisy art. 2 pkt 11, art. 8 ust. 3, art. 10 ust. 2 i 4 oraz art. 18 ust. 4 ustawy o umowie koncesji w dotychczas obowiązującym brzmieniu (art. 21 ustawy o zmianie PPP).

Jednocześnie uprzejmie informujemy, że:

- *tekst ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw* został udostępniony na stronach Dziennika Ustaw:

<http://www.dziennikustaw.gov.pl/DU/2018/1693/1>

- szersze omówienie zmian dokonanych *ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw* znajduje się w uzasadnieniu do projektu tej ustawy dostępnym na stronach Sejmu RP:

<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333>

➤ **Zmiany w wyłączeniach stosowania ustawy Pzp oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi**

1 października 2018 r. weszły w życie zmiany w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi wprowadzone ustawą z dnia 3 lipca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. 1669).

Ustawą Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce została dokonana **zmiana ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r – Prawo zamówień publicznych** (dalej „ustawa Pzp”) polegająca na dodaniu pkt 13a w art. 4, mająca na celu wprowadzenie **nowej przesłanki wyłączającej stosowanie ustawy Pzp** do umów, o których mowa w art. 149 ust. 2 ustawy z dnia 3 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (art. 81 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce), czyli w zakresie powierzenia spółce celowej, w drodze umowy:

1. zarządzania prawami do wyników działalności naukowej lub do know-how związanego z tymi wynikami w zakresie komercjalizacji bezpośrednio;

2. zarządzania infrastrukturą badawczą.

Ustawą Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce została dokonana także zmiana ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (dalej „ustawa o umowie koncesji”) w zakresie art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e mająca na celu zmianę przesłanki wyłączenia stosowania tej ustawy do umów koncesji w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zmieniony przepis otrzymał brzmienie: „e) w ramach programu współpracy między Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jednym państwem członkowskim Unii Europejskiej, opartego na badaniach i rozwoju, rozumianych jako każda działalność dotycząca **badania naukowych** i prac rozwojowych, w szczególności obejmujących tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnego sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach, które są prowadzone wspólnie nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, na późniejszych etapach całości lub części cyklu życia tego produktu” (art. 155 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce).

Zmiana brzmienia ww. przepisu wynika z potrzeby dostosowania do pojęcia „badania naukowe” wprowadzonego ustawą – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, do którego do tej pory na gruncie ustawy o umowie koncesji było odniesienie poprzez określenia: „podstawowe badania” i „badania stosowane”.

➤ **II runda konsultacji dotyczących nowych elektronicznych formularzy ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej**

Komisja Europejska przeprowadziła drugą rundę konsultacji dotyczących nowych elektronicznych standardowych formularzy ogłoszeń publikowanych w poświęconemu zamówieniom publicznym Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Sugestie i uwagi dotyczące potrzeby zmian obecnie obowiązujących formularzy ogłoszeń można było przekazywać do 31.08.2018 r. Pierwsza runda konsultacji miała miejsce w okresie od listopada 2016 r. do stycznia 2017 r. a jej wyniki uwzględniały zakończone niedawno konsultacje, które jednocześnie bezpośrednio poprzedzają przygotowanie projektu nowego rozporządzenia w sprawie standardowych formularzy ogłoszeń, które zastąpi obowiązujące rozporządzenie 2015/1986.

Elektroniczne formularze ogłoszeń są jednym z działań przewidzianych w Strategii Jednolitego Rynku (KOM(2015) 550), w której Komisja Europejska zobowiązała się, że będzie dążyć do ułatwiania gromadzenia, scalania i analizowania danych dotyczących zamówień publicznych i zarządzania nimi oraz wspierać wysiłki państw członkowskich w zakresie poprawy zarządzania w dziedzinie zamówień publicznych.

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ Seminarium UZP: „Elektronizacja zamówień publicznych – praktyka i planowane zmiany”

11 września 2018 r. w Warszawie odbyło się zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych seminarium pt. „Elektronizacja zamówień publicznych – praktyka i planowane zmiany”.

Seminarium zrealizowane zostało w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji” współfinansowanego ze środków UE w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne. Spotkanie otworzyła Pani Barbara Loba, Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych. Następnie Pan Bogdan Artymowicz, Dyrektor Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, zapoznał uczestników z formalno-prawnymi aspektami elektronizacji zamówień publicznych, udzielając jednocześnie odpowiedzi na pojawiające się pytania i wyjaśniając kwestie budzące wątpliwości.

Pan Bartosz Nakielski, Naczelnik Wydziału Kryptografii Departamentu Bezpieczeństwa w Narodowym Banku Polskim, omówił zagadnienia dotyczące podpisu elektronicznego. Przedstawił regulacje prawne, obrazując kwestie teoretyczne praktycznymi przykładami oraz zasygnalizował planowane w tym obszarze zmiany.

Praktyczne wykorzystanie elektronicznej platformy zakupowej w procesie udzielania zamówień publicznych zaprezentował Pan Bartłomiej Wnęk, Dyrektor Biura Zakupów i Zamówień Publicznych Telewizji Polskiej S.A. Wskazał liczne korzyści wynikające z elektronizacji procesu udzielania zamówień, opierając się na własnych pozytywnych doświadczeniach związanych z zastosowaniem takich rozwiązań.

Z kolei tematem prelekcji Pana Wiesława Zygmunta, Dyrektora Biura Zakupów i Usług Polskiej Grupy Górniczej S.A. było korzystanie z narzędzi elektronicznych w zamówieniach publicznych. Prelegent przekazał praktyczne informacje dotyczące realizowanych przez PGG S.A. projektów informatycznych i elektronizacji procesu zakupu.

Seminarium zakończone zostało wystąpieniem Pana Krzysztofa Fijołka, Dyrektora Biura Organizacyjno-Finansowego UZP, który zaprezentował uczestnikom miniPortal - narzędzie wspierające zamawiających i wykonawców w postępowaniach powyżej progów unijnych, przygotowywane przez Urząd Zamówień Publicznych. Od 1 października 2018 r. będą mogli z niego korzystać wszyscy zamawiający aż do momentu pełnego wdrożenia modelu docelowego, tj. Platformy eZamówienia. Będzie to rozwiązanie ogólnodostępne, uniwersalne i nieodpłatne, szczególnie przydatne dla tych zamawiających, którzy nie posiadają własnych narzędzi informatycznych do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Pan Dyrektor omówił zasady działania miniPortalu, który umożliwia w powiązaniu z ePUAP przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób elektroniczny.

Seminarium prowadziła Pani Anita Wichniak-Olczak, Dyrektor Departamentu Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych Urzędu Zamówień Publicznych.

Przedsięwzięcie spotkało się z żywym zainteresowaniem ze strony uczestników, którzy dzięki zaprezentowanym treściom oraz szerokiej możliwości dyskusji i zadawania pytań pozyskali cenny zasób informacji na temat istotnych kwestii związanych z elektroniczną zamówień publicznych. Wartościowymi elementami spotkania oprócz wiedzy teoretycznej były praktyczne przykłady związane z elektroniczną procesa udzielania zamówień publicznych.

PREZENTACJE wygłoszone podczas seminarium:

[Formalno-prawne aspekty elektroniczacji zamówień publicznych](#)

[Podpis elektroniczny – regulacje i praktyka](#)

[Elektroniczne zakupy – doświadczenia praktyczne](#)

[Korzystanie z narzędzi elektronicznych w zamówieniach publicznych](#)

[miniPortal - prezentacja](#)

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

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

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

➤ **Odwołanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

Uprzejmie informujemy, iż z dniem 13 września 2018 r. Pani Małgorzata Stręciwilk została odwołana ze stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Od dnia 14 września 2018 r. obowiązki Prezesa Urzędu zostały powierzone Panu Hubertowi Nowakowi, dotychczasowemu Wiceprezesowi Urzędu.

Za zaangażowanie, podjęte inicjatywy oraz zrealizowane przez Panią Prezes Małgorzatę Stręciwilk działania serdecznie dziękuje Kierownictwo oraz Pracownicy Urzędu

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 12 lipca 2018 r. w sprawie C-14/17 VAR et ATM

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 34 – Dostawa części zamiennych do autobusów i trolejbusów – Specyfikacje techniczne – Produkty równoważne – Możliwość przedstawienia dowodu równoważności po udzieleniu zamówienia

Przedmiotem sprawy **C-14/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) postanowieniem z dnia 17 listopada 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 stycznia 2017 r., w postępowaniu: VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) przeciwko Iveco Orecchia SpA w przedmiocie udzielenia zamówienia na dostawę oryginalnych części zamiennych lub części równoważnych do autobusów i trolejbusów objętych znakiem towarowym IVECO.

Postępowanie główne

Spółka ATM ogłosiła otwartą procedurę przetargową na powierzenie zamówienia dotyczącego „dostaw oryginalnych lub oryginalnie wytworzonych przez producenta, lub równoważnych części zamiennych do autobusów i trolejbusów produkcji Iveco”. Części zamienne, jakie miały być dostarczone, były wskazane w wykazie ustanowionym przez ATM, który wyraźnie odnosił się do części objętych konkretnym znakiem towarowym (FIAT/IVECO). „Równoważne części zamienne” zostały zdefiniowane jako części wyprodukowane przez jakiegokolwiek przedsiębiorstwo, które zaświadczy, że ich jakość odpowiada elementom używanym do montażu pojazdu i częściom zamiennym dostarczonym przez producenta pojazdu. W specyfikacji zamówienia określono między innymi, że w przypadku udzielenia zamówienia dostawa części równoważnych zostanie zaakceptowana przez spółkę ATM tylko wtedy, gdy części te otrzymały homologację lub zaświadczenia równoważności z oryginałami oferowanych produktów.

W postępowaniu udział wzięły dwa przedsiębiorstwa, Iveco Orecchia oraz spółka VAR, którą sklasyfikowano na pierwszej pozycji. Iveco Orecchia złożyła przed regionalnym sądem administracyjnym dla Lombardii odwołanie zmierzające do stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia spółce VAR, które zostało uwzględnione. Sąd ten stwierdził między innymi, że spółka VAR nie przedstawiła dowodu na równoważność oferowanych przez nią produktów w stosunku do oryginalnych części ani przy składaniu oferty, ani podczas procedury udzielania zamówienia. Spółka VAR, podobnie jak spółka ATM, wniosły apelacje od tego wyroku do rady stanu, która połączyła te sprawy.

Rada stanu podkreśliła, iż ani brzmienie szczególnego uregulowania przetargu, ani prawo krajowe nie przewidują, że oferent musi przedstawić dowód równoważności produktu z oryginałem podczas przetargu. Ponadto sąd ów wyjaśnił, że należy również uwzględnić znajdujące się w dokumentacji zamówienia specyfikacje techniczne, zgodnie z którymi w przypadku równoważnych produktów równoważność powinna zostać udowodniona w drodze odpowiedniego zaświadczenia producenta, które powinno zostać przedłożone instytucji zamawiającej „przy okazji pierwszej dostawy równoważnej części zamiennej”.

Pytania prejudycjalne

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

1) Tytułem głównym – czy art. 34 ust. 8 dyrektywy 2004/17 należy rozumieć w ten sposób, że nakłada on obowiązek udowodnienia równoważności z oryginałem produktów, jakie mają zostać dostarczone, już w toku przedstawiania ofert?

2) Tytułem ewentualnym, w przypadku odpowiedzi przeczącej – w jaki sposób należy zagwarantować poszanowanie zasad równego traktowania i bezstronności, pełnej konkurencyjności i dobrej administracji, a także prawa do obrony i kontradiktoryjności innych uczestników przetargu?

Stanowisko Trybunału

Trybunał wskazał, że przepisy dyrektywy 2004/17 nie wskazują ani w którym momencie, ani w jaki sposób należy udowodnić „równoważny” charakter oferowanego przez oferenta produktu. Natomiast oferent, gdy specyfikacje techniczne są określone poprzez odesłanie do pewnych norm lub poprzez wymogi w zakresie wykonania lub funkcjonalności, lub poprzez połączenie tych norm i wymogów, musi udowodnić w jego ofercie, że spełnia ona wymogi z dokumentacji zamówienia. Wynika stąd także, iż dowód może zostać przedstawiony za pomocą „wszelkich właściwych środków”, i w tym względzie „właściwe środki mogą obejmować dokumentację techniczną producenta lub raport z testów wykonanych przez uznany organ”.

Ponadto, podmiot zamawiający może zastosować szczególny sposób określania treści specyfikacji technicznych, w tym odnieść się do konkretnego procesu produkcji lub pochodzenia, znaku towarowego, patentu lub rodzaju, danego pochodzenia lub danej produkcji. Musi on jednak wymagać od oferenta, który chce powołać się na możliwość zaoferowania produktów równoważnych do tych określonych poprzez odesłanie do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, aby ten przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności odnośnych produktów. Przemawiają za tym przede wszystkim zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości (wynikające z omawianej dyrektywy), które wymagają między innymi, aby oferenci byli traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą. Gdyby oferent w postępowaniu, w którym specyfikacje techniczne zostały określone w sposób szczególny i stanowiący wyjątek, był uprawniony do udowodnienia

równoważności jego produktów po złożeniu oferty, oferty przedłożone przez poszczególnych oferentów nie podlegałyby tym samym warunkom w momencie ich oceny.

Trybunał wyjaśnił także, że podmioty zamawiające powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom mającym zastosowanie do ofert; podmioty zamawiające powinny być w stanie uzasadnić każdą swoją decyzję stwierdzającą brak równoważności w danym przypadku. Natomiast takie sprawdzenie, jak i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

Trybunał zważył, że o ile podmiot zamawiający nie może pozwolić oferentom na udowodnienie równoważności oferowanych przez nich rozwiązań po złożeniu przez nich ofert, o tyle podmiot ów dysponuje uprawnieniami dyskrecyjnymi przy określaniu środków, jakie mogą wykorzystać oferenci w celu udowodnienia tej równoważności w ich ofertach. Uprawnienie to należy jednak wykonywać w taki sposób, aby dopuszczone przez podmiot zamawiający środki dowodowe rzeczywiście pozwalały rzeczonemu podmiotowi dokonać użytecznej oceny przedłożonych mu ofert i aby środki te nie wykraczały poza to, co jest do tej oceny niezbędne, unikając przy tym, aby te środki dowodowe nie tworzyły nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję.

Orzeczenie Trybunału

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

Artykuł 34 ust. 8 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 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli specyfikacje techniczne, które znajdują się w dokumentacji zamówienia, odnoszą się do znaku towarowego, danego pochodzenia lub danej produkcji, podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w rzeczonych specyfikacjach technicznych.

2. Orzeczenie z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sprawie C-300/17 Hochtief

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze – Dyrektywa 89/665/WE – Powództwo o odszkodowanie – Artykuł 2 ust. 6 – Uregulowanie krajowe uzależniające dopuszczalność powództwa o odszkodowanie od uprzedniego i ostatecznego stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej leżącej u podstaw

podnoszonej szkody – Skarga o stwierdzenie nieważności – Przesądowe odwołanie złożone przed komisją arbitrażową – Kontrola sądowa decyzji komisji arbitrażowej – Uregulowanie krajowe wykluczające przedstawienie zarzutów niepodniesionych przed komisją arbitrażową – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznej ochrony sądowej – Zasady skuteczności i równoważności

Przedmiotem sprawy **C-300/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry) postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 maja 2017 r., w postępowaniu: Hochtief AG przeciwko Budapest Főváros Önkormányzata (lokalnymi władzami Budapesztu, Węgry, zwanymi dalej „instytucją zamawiającą”).

Postępowanie główne

Instytucja zamawiająca ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu na realizację robót budowlanych, w którym złożono pięć wniosków o dopuszczenie do udziału, w tym wniosek konsorcjum HOLI (dalej „konsorcjum”), kierowanego przez spółkę Hochtief. Następnie instytucja zamawiająca zawiadomiła konsorcjum, że jego wniosek zostanie odrzucony, ponieważ konsorcjum mianowało na kierownika projektu eksperta, który brał udział w przygotowaniu przetargu ze strony instytucji zamawiającej.

Z kolei komisja arbitrażowa do spraw zamówień publicznych oddaliła odwołanie wniesione przez konsorcjum na tę decyzję uznając, że wyznaczenia eksperta we wniosku o dopuszczenie do udziału nie można uznać za pomyłkę administracyjną, jak podnosiła spółka Hochtief a sąd w Budapeszcie oddalił skargę złożoną przez konsorcjum na decyzję komisji arbitrażowej. W międzyczasie Komisja Europejska ustaliła, w ramach badania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, że instytucja zamawiająca naruszyła przepisy dotyczące zamówień publicznych, po pierwsze, poprzez ogłoszenie procedury negocjacyjnej oraz, po drugie, poprzez wykluczenie na etapie preselekcji kandydata, bez umożliwienia mu wykazania, że udział eksperta wyznaczonego jako kierownik projektu nie mógł zakłócić konkurencji.

Wówczas regionalny sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt (sąd apelacyjny) rozpatrujący wniesioną przez konsorcjum apelację, zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w wyniku którego zapadł wyrok Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627). Na tej podstawie sąd apelacyjny wydał wyrok utrzymujący w mocy wyrok sądu w Budapeszcie, wskazując w szczególności, że nie zbadał on kwestii, czy instytucja zamawiająca, stwierdzając złamanie zakazu łączenia funkcji w przypadku kandydatury konsorcjum, naruszyła prawo, nie umożliwiając konsorcjum przeprowadzenia obrony, ponieważ zarzut ów nie znajdował się w skardze w pierwszej instancji. Dopiero na etapie apelacji spółka Hochtief podniosła po raz pierwszy, iż zakaz, na który powołano się wobec konsorcjum, stanowił nieproporcjonalne ograniczenie jej prawa do przedstawienia kandydatury i złożenia oferty.

Powołując się na ustalenia Komisji, spółka Hochtief wniosła powództwo zmierzające do zasądzenia od instytucji zamawiającej odszkodowania odpowiadającego kosztom, jakie spółka ta poniosła z tytułu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jako że powództwo to zostało oddalone w pierwszej instancji i w apelacji, spółka Hochtief wniosła skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, podnosząc naruszenie przepisów dyrektywy 89/665 i dyrektywy Rady 92/13/EWG.

Sąd odsyłający na podstawie dyrektywy 89/665 wskazał, że wniesienie powództwa o odszkodowanie może być uzależnione od uprzedniego uchylecia kwestionowanej decyzji przez organ administracyjny lub sąd. Niemniej jednak rozpatrywana sytuacja może skutkować uniemożliwieniem kandydatowi wykluczonemu w ramach postępowania negocjacyjnego zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego, takiemu jak spółka Hochtief, wniesienia powództwa o odszkodowanie ze względu na niemożność powołania się na decyzję ostatecznie ustalającą naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Pytania prejudycjalne

Kúria (sąd najwyższy, Węgry) zawiesiła postępowanie i zwróciła się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1) Czy prawo Unii stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu proceduralnego państwa członkowskiego, uzależniającego możliwość dochodzenia dowolnego roszczenia cywilnego, u którego podstaw leży naruszenie przepisów z dziedziny zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by [komisja arbitrażowa] w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów?

2) Czy przepis państwa członkowskiego, który dla tego, by można było dochodzić roszczenia odszkodowawczego, wprowadza wymóg uprzedniego stwierdzenia w drodze ostatecznej decyzji [komisji arbitrażowej] lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia, że nastąpiło naruszenie przepisów, może zostać zastąpiony innym przepisem na podstawie prawa Unii? A zatem czy istnieje możliwość, by poszkodowany wykazał innymi środkami naruszenie przepisów?

3) Czy w ramach sporu o uzyskanie odszkodowania przepis proceduralny państwa członkowskiego, zezwalający na zaskarżenie przed sądem decyzji administracyjnej jedynie na podstawie argumentów prawnych podniesionych w postępowaniu przed komisją arbitrażową, mimo że poszkodowany, jako podstawę naruszenia uregulowania, które podnosi, może jedynie podnieść niezgodność z prawem swojego wykluczenia w oparciu o istnienie konfliktu interesów zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przez co spowoduje, że zostanie wykluczony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na innej podstawie, zgodnie z uregulowaniami właściwymi procedurze negocjacyjnej, przez to, że zostaną wprowadzone zmiany do jego kandydatury, jest niezgodny z prawem Unii, a w szczególności z zasadami skuteczności i równoważności, lub może wywołać skutek niezgodny z tym prawem i tymi zasadami?”

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

Trybunał przypominał, iż zgodnie z dyrektywą 89/665 państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia. Dlatego z samego brzmienia tego przepisu wynika, że państwa członkowskie dysponują, co do zasady, uprawnieniem przyjęcia krajowego przepisu proceduralnego, który uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa taka jak w postępowaniu głównym w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji wydanej przez taką komisję arbitrażową – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.

Trybunał podkreślił także, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych. Do państw członkowskich należy, w przypadku określania zasad regulujących procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony uprawnień przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających, czuwać nad tym, by nie doszło do naruszenia ani skuteczności dyrektywy 89/665, ani praw przyznanych jednostkom przez prawo Unii.

Trybunał orzekł, że możliwość przyznana państwom członkowskim na mocy dyrektywy 89/665 nie jest nieograniczona i pozostaje uzależniona od przesłanki, aby skarga o stwierdzenie nieważności poprzedzająca jakiegokolwiek powództwo o odszkodowanie była skuteczna.

W przedmiocie pytania trzeciego

Trybunał zauważył, że sądy węgierskie odpowiedzialne za kontrolę decyzji komisji arbitrażowej, wyznaczonej do zbadania w pierwszej instancji skarg o stwierdzenie nieważności wniesionych na decyzje przyjęte przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, muszą odrzucić jako niedopuszczalne wszystkie nowe zarzuty, które nie zostały podniesione przed rzeczoną komisją.

Trybunał zważył, że spółka Hochtief nie została postawiona w sytuacji, w której nie mogła złożyć środka zaskarżenia zmierzającego do stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej o wykluczeniu tej spółki z postępowania ani przed komisją arbitrażową, ani następnie przed sądami krajowymi zobowiązanymi do kontroli sądowej decyzji wydanej przez tę komisję. Co więcej, spółka Hochtief nie została postawiona w sytuacji, w której nie mogła podnieść w terminie zarzutu opartego w istocie na tym, że nie miała ona możliwości przedstawienia dowodu na to, iż w niniejszej sprawie udział eksperta, którego wyznaczyła jako kierownika projektu, a który pracował na rzecz instytucji zamawiającej, nie mógł zakłócić konkurencji.

Orzeczenie Trybunału

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

1) Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.

2) Prawo Unii, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2014/23, w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, należy interpretować w ten sposób, że w przypadku powództwa o odszkodowanie prawo to nie stoi na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który ogranicza kontrolę sądową decyzji wydanej przez komisję arbitrażową, zobowiązaną do kontroli w pierwszej instancji decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, do zbadania jedynie zarzutów podniesionych przed tą komisją.

3. Orzeczenie z dnia 20 września 2018 r. w sprawie C-518/17 Rudigier

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Usługi publiczne w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego – Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 – Artykuł 5 ust. 1 – Udzielanie zamówień na świadczenie usług publicznych – Artykuł 7 ust. 2 – Obowiązek publikacji określonych informacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej najpóźniej do dnia wszczęcia postępowania – Konsekwencje braku ogłoszenia – Unieważnienie przetargu – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 27 ust. 1 – Artykuł 47 ust. 1 – Dyrektywa 2014/25/UE – Artykuł 45 ust. 1 – Artykuł 66 ust. 1 – Ogłoszenie o zamówieniu

Przedmiotem sprawy **C-518/17** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Verwaltungsgerichtshof (tribunał administracyjny, Austria) postanowieniem z dnia 29 czerwca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 sierpnia 2017 r., w postępowaniu wszczętym przez Stefana Rudigiera przy udziale: Salzburger Verkehrsverbund GmbH.

Postępowanie główne

Salzburger Verkehrsverbund wszczął otwarte postępowanie przetargowe dotyczące dostawy usług autobusowego transportu pasażerów w dolinie Gastein. Nie dokonał jednak publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, co skłoniło S. Rudigier do wystąpienia do regionalnego sądu administracyjnego w Salzburgu w celu uzyskania stwierdzenia nieważności publikacji ogłoszenia o przetargu

Regionalny sąd administracyjny w Salzburgu oddalił roszczenia skarżącego, który następnie wniósł skargę kasacyjną przeciwko temu orzeczeniu do trybunału administracyjnego w Austrii. S. Rudigier podniósł, że regionalny sąd administracyjny w Salzburgu nie zbadał co do istoty skutków prawnych braku opublikowania informacji przewidzianych w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, które powinno być mieć miejsce przed wszczęciem postępowania przetargowego.

Trybunał administracyjny zauważył, że nie został przewidziany żaden wyjątek od zastosowania art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 dotyczący usług transportowych oraz że motyw 29 tego rozporządzenia nie dokonuje rozróżnienia według reżimu mającego zastosowanie do owych przetargów na usługi transportowe. Sąd odsyłający zauważył ponadto, że prawo Unii nie przewiduje żadnej sankcji za nieprzestrzeganie obowiązków przewidzianych w art. 7 ust. 2.

Pytania prejudycjalne

Trybunał administracyjny w Austrii zawiesił postępowanie i zadał Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy art. 7 ust. 2 rozporządzenia [nr 1370/2007] ma zastosowanie również w przypadku udzielenia zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu art. 5 ust. 1 zdanie drugie tego rozporządzenia w zakresie autobusowego transportu pasażerskiego zgodnie z procedurą przewidzianą w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa [2004/17] lub [2004/18])?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: Czy naruszenie obowiązku publikacji najpóźniej rok przed wszczęciem postępowania przetargowego informacji zawartych w art. 7 ust. 2 lit. a)–c) rozporządzenia nr 1370/2007 prowadzi do tego, że ogłoszenie o przetargu – dokonane bez takiej publikacji rok przed wszczęciem postępowania, lecz mającej miejsce zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie drugie tego rozporządzenia w postępowaniu na podstawie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych – należy uznać za niezgodne z prawem?

3) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie: Czy przepisy prawa Unii mające zastosowanie do udzielania zamówień publicznych sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, według którego można odstąpić od określonego w art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy [89/665] unieważnienia ogłoszenia o przetargu, uznanego z uwagi na brak publikacji za sprzeczne z prawem na podstawie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007,

jeśli niezgodność z prawem nie miała decydującego wpływu na wynik postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, ponieważ dany przedsiębiorca mógł zareagować w odpowiednim czasie i nie doszło do zakłócenia konkurencji?”.

Stanowisko Trybunału

Uwagi wstępne

Trybunał zauważył, że publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o przetargu omawianego w postępowaniu głównym miała miejsce dwa dni po upływie terminu na transpozycję dyrektyw 2014/24 i 2014/25 do prawa krajowego państw członkowskich i uchyleniu dyrektyw 2004/17 i 2004/18, stąd dyrektywa 2014/24 lub dyrektywa 2014/25 znajduje zastosowanie w sprawie w postępowaniu głównym, a nie dyrektywa 2004/17 lub dyrektywa 2004/18, o których mowa w pytaniach sądu odsyłającego.

W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że przy stosowaniu art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1370/2007 w celu udzielenia zamówienia na publiczną usługę pasażerskiego transportu autobusowego nie należy stosować jedynie art. 5 ust. 2–6 tego rozporządzenia, podczas gdy pozostałe przepisy wspomnianego rozporządzenia nadal są stosowane (wyrok z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, pkt 41). Wynika stąd, że art. 7 ust. 2 tego rozporządzenia ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi transportowe udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi przez dyrektywę 2014/24 lub dyrektywę 2014/25.

Trybunał odniósł się do celu rozporządzenia nr 1370/2007, które obejmuje jedynie publiczne usługi kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego, przewiduje sposoby interwencji w ogólnych systemach zamówień publicznych, takich jak regulowane przez dyrektywę 2014/24 lub dyrektywę 2014/25. Rozporządzenie to zawiera również szczególne zasady, których celem jest albo zastąpienie, albo uzupełnienie ogólnych zasad z dyrektywy 2014/24 lub dyrektywy 2014/25, w zależności od tego, czy mająca zastosowanie dyrektywa przewiduje zasady w dziedzinie regulowanej przez to rozporządzenie (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, pkt 44–47).

Trybunał stwierdził, że postanowienia art. 7 ust. 2 rzeczonego rozporządzenia, po pierwsze, mają obowiązkowo zastosowanie do instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, oraz po drugie, obejmują nie tylko sytuację, w której instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający wszczynają postępowanie przetargowe, lecz również sytuację, w której mają one zamiar bezpośredniego udzielenia zamówienia. Ponadto publikacje dokonane na mocy tych dyrektyw nie podlegają imperatywnemu terminowi jednego roku poprzedzającego wszczęcie postępowania przetargowego i nie muszą koniecznie być opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W ten sposób art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 przewiduje bardziej szczegółowe obowiązki niż dyrektywy 2014/24 i 2014/25 i jako *lex specialis* ma pierwszeństwo przed tymi dyrektywami (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2016 r., Hörmann Reisen, C-292/15, EU:C:2016:817, pkt 47).

W przedmiocie pytań drugiego i trzeciego

Trybunał przypomniął, że państwa członkowskie czuwają nad tym, aby przepisy krajowe pozwalały na unieważnienie lub stwierdzenie nieważności niezgodnych z prawem decyzji. Z kolei prawo unijne w dziedzinie udzielania zamówień publicznych co do zasady nie przewiduje ogólnej zasady, zgodnie z którą bezprawność dotycząca aktu lub zaniechania na danym stadium postępowania powodowałaby bezprawność wszystkich późniejszych aktów w tym postępowaniu i uzasadniałaby ich unieważnienie. Przykładowo taka konsekwencja nie została przewidziana przez prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych w przypadku braku przestrzegania obowiązku wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007. Zatem w zakresie, w jakim prawodawca Unii nie przewidział przepisów szczególnych dotyczących naruszenia art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007, takie uregulowanie należy do prawa krajowego.

Warunki proceduralne mające na celu zapewnienie ochrony praw, jakie podmioty wywodzą z prawa Unii, nie mogą być mniej korzystne niż podobne wymogi o charakterze wewnętrznym (zasada równoważności) i nie mogą być ukształtowane w sposób czyniący praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym korzystanie z uprawnień przyznanych przez porządek prawny Unii (zasada skuteczności) (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., *Marina del Mediterraneo i in.*, C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał przypomniął, że przestrzeganie zasady równoważności zakłada, że ma ona zastosowanie bez rozróżnienia do środków zaskarżenia opartych na naruszeniu prawa Unii, jak i do środków zaskarżenia opartych na naruszeniu prawa krajowego mających podobny przedmiot i podstawę (wyrok z dnia 8 lipca 2010 r., *Bulicke*, C-246/09, EU:C:2010:418, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo). W omawianej sprawie to do sądu odsyłającego należy zbadać, czy owa zasada była przestrzegana.

Jeżeli chodzi o zasadę skuteczności, to Trybunał stwierdził, że prawo wynikające dla podmiotów gospodarczych z art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 ma na celu, po pierwsze, o czym mowa w motywie 29 tego rozporządzenia, umożliwienie podmiotom gospodarczym zareagowania na zamiar podmiotu zamawiającego lub instytucji zamawiającej w szczególności na tryb udzielenia zamówienia, jakim ten podmiot lub instytucja ma zamiar się posłużyć (przetarg lub bezpośrednio udzielenie), oraz po drugie, przyznanie podmiotom gospodarczym czasu, aby mogły one jak najlepiej przygotować się do przetargu. Zdaniem Trybunału ocena przestrzegania zasady skuteczności powinna być dokonywana odmiennie w zależności od tego, czy ma się zamiar dokonania udzielenia bezpośredniego lub w drodze przetargu. W ocenie Trybunału w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia brak wstępnego ogłoszenia informacyjnego może doprowadzić do tego, że podmiot gospodarczy nie będzie mógł wnieść zastrzeżeń przed jego dokonaniem, co zagrażałoby ostatecznym pozbawieniem go możliwości uczestniczenia w przetargu a tym samym podważało zasadę skuteczności. Natomiast jeżeli naruszenie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2007 ma miejsce w kontekście, w którym instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający ma zamiar

przeprowadzić przetarg w drodze prawidłowego późniejszego ogłoszenia, takie naruszenie samo w sobie nie stanowi przeszkody, aby ów podmiot gospodarczy mógł skutecznie uczestniczyć w owym przetargu.

Trybunał odniósł się także do wyrażonej przez sąd odsyłający obawy, iż naruszenie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1370/2017 mogłoby prowadzić do tego, że podmiot gospodarczy, który jest już zobowiązany do wykonania zamówienia, skorzysta z przewagi, jaką ma nad konkurentami. Trybunał zauważył, że ustalając termin na przyjęcie ofert, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powinien uwzględnić złożoność zamówienia oraz czas konieczny na przygotowanie ofert. Niemniej jednak w przypadku, w którym podmiot gospodarczy przedstawi dowód na to, że w wyniku publikacji ogłoszenia o przetargu brak wstępnego ogłoszenia informacyjnego postawił go w znacznie mniej korzystnej sytuacji niż sytuacja podmiotu gospodarczego, który zajmował się już wykonywaniem zamówienia i który w konsekwencji znał dokładnie specyfikację zamówienia, można stwierdzić naruszenie zasady skuteczności prowadzące do unieważnienia ogłoszenia o przetargu. Taka mniej korzystna sytuacja może stanowić również naruszenie zasady równego traktowania.

Orzeczenie Trybunału

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

Artykuł 7 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 należy interpretować w ten sposób, że:

- przewidziany w nim obowiązek opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego ma zastosowanie do zamówień na usługi publicznego transportu autobusowego, które są co do zasady udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, lub przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE;
- naruszenie tego obowiązku publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego nie powoduje unieważnienia danego ogłoszenia o przetargu, o ile są przestrzegane zasady równoważności, skuteczności i równego traktowania, czego zweryfikowanie należy do sądu odsyłającego.

4. Orzeczenie z dnia 20 września 2018 r. w sprawie C-546/16 Montte

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 267 TFUE – Właściwość Trybunału – Status organu odsyłającego jako sądu – Dyrektywa 2014/24/UE – Procedury udzielania zamówień

publicznych – Procedura otwarta – Kryteria udzielenia zamówienia – Ocena techniczna – Minimalna liczba punktów – Ocena oparta na cenie

Przedmiotem sprawy **C-546/16** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organ administracyjny wspólnoty autonomicznej Kraj Basków właściwy ds. odwołań w dziedzinie zamówień publicznych, Hiszpania), postanowieniem z dnia 21 października 2016 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 28 października 2016 r., w postępowaniu: Montte SL przeciwko Musikene.

Postępowanie główne

Fundacja Musikene wszczęła procedurę otwartą zmierzającą do udzielenia zamówienia publicznego dotyczącego m.in. dostawy mebli i oznakowania, specjalnego wyposażenia muzycznego, instrumentów muzycznych.

Firma Montte wniosła do organu administracyjnego wspólnoty autonomicznej Kraj Basków właściwego ds. odwołań w dziedzinie zamówień publicznych odwołanie dotyczące specyfikacji ww. zamówienia podnosząc, że należy stwierdzić nieważność wymogu, zgodnie z którym w celu dalszego uczestnictwa w procesie selekcyjnym konieczne jest uzyskanie minimalnej liczby punktów po zakończeniu etapu technicznego, jako że wymóg ten ogranicza dostęp oferentów do etapu ekonomicznego procedury udzielania zamówienia i praktycznie pozbawia znaczenia przewidzianego w specyfikacji zamówienia sposobu łącznego wyważania kryteriów technicznych i ekonomicznych. Montte stwierdziła, że w odróżnieniu od kryterium ceny, które ma zastosowanie automatycznie według określonej formuły, kryteria techniczne, podlegające mniej obiektywnej ocenie, są w praktyce wyważane w porównaniu do 100% łącznej punktacji. W związku z tym, zdaniem Montte, poprzez zastosowanie takich kryteriów oferenci nie mogą zostać ocenieni również ze względu na zaoferowaną przez nich cenę, a w konsekwencji Musikene nie może poznać, po wyważeniu wszystkich kryteriów, najbardziej korzystnej oferty.

Fundacja Musikene uważała, że wskazany wymóg jest zasadny. Podniosła, że ponieważ rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie publiczne dotyczy instalacji wyposażenia, które będzie stanowić część integralną budynku, zasadny jest wymóg, aby oferty oferentów spełniały pewne wymogi minimalne związane z przestrzeganiem terminów i jakością techniczną świadczeń.

Natomiast sąd odsyłający uważał, że rozpatrywane w postępowaniu głównym uregulowanie i praktyka krajowa mogą być sprzeczne z dyrektywą 2014/24. Sąd ten zauważył, że dyrektywa ta wydaje się pozwalać na ustalanie kryteriów udzielania zamówienia, które mają zastosowanie na kolejnych etapach eliminujących jedynie w procedurach, dla których wyraźnie przewidziano taką możliwość, a nie w przypadku otwartych i ograniczonych procedur, które podlegają przepisom określającym ich przebieg w sposób szczególny. Zdaniem sądu odsyłającego system kryteriów udzielania zamówienia, który ma zastosowanie na kolejnych etapach eliminujących z procedury otwartej, może, z naruszeniem dyrektywy 2014/24, skutkować utrudnieniem prawdziwej konkurencji, gdy zastosowanie progów bardzo

ograniczy liczbę oferentów na ostatnim etapie. Ponadto, sąd odsyłający podniósł, że rozpatrywany w postępowaniu głównym próg eliminujący, który wymaga uzyskania podczas oceny technicznej co najmniej 35 punktów na 50 punktów możliwych, może spowodować sytuację, w której bardziej konkurencyjne pod względem ceny oferty nie zostaną poddane analizie i ocenie.

Pytania prejudycjalne

Mając na uwadze powyższe, organ administracyjny wspólnoty autonomicznej Kraj Basków właściwy ds. odwołań w dziedzinie zamówień publicznych zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy jest sprzeczny z dyrektywą [2014/24] przepis krajowy, taki jak art. 150 ust. 4 [tekstu jednolitego ustawy o zamówieniach publicznych], bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, które dają instytucjom zamawiającym możliwość ustanowienia w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej kryteriów udzielenia zamówienia, które stosowane są na kolejnych etapach służących eliminowaniu tych ofert, które nie uzyskają ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów?

2) W przypadku udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze, czy jest sprzeczny z dyrektywą 2014/24 przepis krajowy bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, na podstawie których wyżej wskazany system kryteriów udzielenia zamówienia stosowanych na kolejnych etapach służących eliminowaniu ofert jest wykorzystywany w taki sposób, że na ostatnim etapie postępowania nie pozostaje liczba ofert wystarczająca do tego, aby zapewnić prawdziwą konkurencję?

3) W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie drugie, czy warunek, taki jak ten rozpatrywany w niniejszym przypadku, a zgodnie z którym czynnik cenowy jest oceniany jedynie w przypadku tych ofert, które uzyskały podczas oceny kryteriów technicznych 35 punktów na 50 możliwych, jest sprzeczny z dyrektywą 2014/24 ze względu na niemożność zapewnienia prawdziwej konkurencji lub udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o najlepszej relacji jakości do ceny?”.

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytania pierwszego

Trybunał przypomniał brzmienie art. 27 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 który stanowi, że w procedurze otwartej każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. Trybunał zauważył też, że dyrektywa ta pozwala instytucjom zamawiającym na ustanowienie w takiej procedurze minimalnych wymagań w ramach oceny technicznej. Ponadto, w motywie 90 omawianej dyrektywy przypomniano, że instytucje zamawiające mają swobodę ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia, a w motywie 92 tej samej dyrektywy wskazano, że jej celem jest zachęcenie instytucji zamawiających do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im

otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Z kolei art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24 stanowi, że instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Artykuł 67 ust. 2 owej dyrektywy przewiduje, że ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, takie jak jakość, w tym wartość techniczna. Owe kryteria muszą zapewnić przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w celu zagwarantowania obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, a zatem skutecznej konkurencji. Sytuacja ta nie miałaby miejsca wówczas, gdyby kryteria przyznawały instytucji zamawiającej nieograniczoną swobodę wyboru [zob. analogicznie w odniesieniu do 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. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132), wyrok z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Niderlandy, C-368/10, EU:C:2012:284, pkt 87].

W związku z powyższym Trybunał wskazał, że instytucje zamawiające posiadają swobodę co do określenia, zgodnie z ich potrzebami, w szczególności poziomu jakości technicznej, jaki złożone oferty mają zapewniać w zależności od charakterystyki i przedmiotu danego zamówienia, oraz co do ustanowienia minimalnego progu, który oferty te muszą osiągnąć z technicznego punktu widzenia. W tym względzie art. 67 dyrektywy 2014/24 nie stoi na przeszkodzie możliwości – na etapie udzielania zamówienia – wykluczenia w pierwszej fazie złożonych ofert, które nie osiągnęły ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów co do oceny technicznej. Dlatego oferta, która nie osiąga takiego progu, nie odpowiada co do zasady potrzebom instytucji zamawiającej i nie może zostać uwzględniona przy ustalaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W takim wypadku instytucja zamawiająca nie jest zatem zobowiązana do ustalenia, czy cena takiej oferty jest niższa od cen niewyeliminowanych ofert, które osiągają rzeczony próg i odpowiadają zatem potrzebom instytucji zamawiającej.

W tym kontekście Trybunał zaznaczył, że gdy udzielenie zamówienia następuje po dokonaniu oceny technicznej, instytucja zamawiająca będzie musiała wziąć pod uwagę cenę ofert, które osiągnęły minimalny próg z technicznego punktu widzenia.

Trybunał przypomniał także, że zaoferowana przez przepisy dyrektywy 2014/24 możliwość odrzucenia przez instytucję zamawiającą ofert, które chociaż spełniają minimalne wymogi, nie znajdują się jednak wśród najlepszych ofert, jest uzasadniona szczególnym charakterem odnośnych procedur, w ramach których negocjacje lub dialog mogłyby okazać się trudne do prowadzenia, gdyby aż do końcowego etapu procedury udzielenia zamówienia utrzymana została zbyt wysoka liczba ofert lub rozwiązań.

Jednak z rozpatrywanej w postępowaniu głównym specyfikacji zamówienia publicznego nie wynika, aby instytucja zamawiająca dysponowała możliwością odrzucenia ofert spełniających kryteria udzielania zamówienia i pozostawienia jedynie najlepszych ofert. Wręcz przeciwnie, zgodnie z rzeczoną specyfikacją jedynymi ofertami, jakie instytucja zamawiająca może

wyeliminować z oceny opartej na cenie, są te oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań związanych z oceną techniczną, a zatem które nie odpowiadają potrzebom instytucji zamawiającej. Taki mechanizm nie ma zaś na celu ograniczenia liczby złożonych ofert przy ocenie opartej na cenie, ponieważ wszystkie przedłożone oferty mogą co do zasady spełnić te minimalne wymagania.

Trybunał przypomniał również, że instytucje zamawiające muszą przez cały czas trwania postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się między innymi zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

W przedmiocie pytania drugiego

Trybunał przyznał, że instytucja zamawiająca zapewniła skuteczną konkurencję. Ponadto, Trybunał wyjaśnił, że nawet jeśli w następstwie oceny technicznej pozostanie tylko jedna oferta do rozważenia przez instytucję zamawiającą, instytucja ta nie musi w żadnym wypadku zaakceptować tej oferty (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 września 1999 r., *Fracasso i Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, pkt 32–34). W takich okolicznościach, jeżeli instytucja zamawiająca uważa, że procedura udzielenia zamówienia, z uwagi na szczególny charakter i przedmiot danego zamówienia, cechuje się brakiem skutecznej konkurencji, ma ona możliwość zakończenia tej procedury i w razie potrzeby wszczęcia nowej procedury z innymi kryteriami udzielenia zamówienia.

Trybunał przypomniał jednak brzmienie art. 66 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym instytucje zamawiające, w przypadku gdy korzystają z możliwości ograniczenia liczby negocjowanych ofert, jak przewidziano w art. 29 ust. 6 tej dyrektywy, lub rozwiązań do dyskusji, jak przewidziano w art. 30 ust. 4 rzeczony dyrektywy, muszą stosować w tym celu kryteria udzielenia zamówienia podane w dokumentach zamówienia w ten sposób, aby liczba uzyskana na ostatnim etapie zapewniała prawdziwą konkurencję, pod warunkiem że istnieje wystarczająca liczba kwalifikujących się ofert.

Jednak sprawa w postępowaniu głównym nie jest objęta art. 66 owej dyrektywy. W związku z tym przewidziana w tym ostatnim przepisie konieczność zapewnienia prawdziwej konkurencji aż do ostatniego etapu procedury nie dotyczy procedur otwartych takich jak procedura rozpatrywana w postępowaniu głównym.

Orzeczenie Trybunału

Z powyższych względów Trybunał orzekł, iż:

1) Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisów prawa krajowego, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które pozwalają instytucji zamawiającej na ustanowienie w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej minimalnych wymagań co do oceny technicznej, co powoduje, że złożone oferty,

które nie osiągną ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów po zakończeniu tej oceny, są wykluczane z dalszej oceny opartej zarówno na kryteriach technicznych, jak i na cenie.

2) Artykuł 66 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisów prawa krajowego takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które pozwalają instytucji zamawiającej na ustanowienie w specyfikacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej minimalnych wymagań co do oceny technicznej, co powoduje, że złożone oferty, które nie osiągną ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów po zakończeniu tej oceny, są wykluczane z kolejnych etapów udzielania zamówienia i to niezależnie od tego, ilu oferentów pozostało.

OPINIE PRAWNE

Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp” reguluje instytucję wadium jako fakultatywny bądź obligatoryjny element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp określają w szczególności formy w jakich wadium może być wnoszone, termin jego wniesienia, czy też jego maksymalną wysokość. Regulacje ustawy Pzp wskazują ponadto okoliczności skutkujące uprawnieniem do zatrzymania przez instytucję zamawiającą ustalonej kwoty wadium albo jej zwrotu oraz konsekwencje jego niewniesienia przez wykonawców w przewidzianym ustawą terminie. Ustawa Pzp nie definiuje natomiast samego pojęcia wadium. Mając na uwadze treść art. 14 ustawy Pzp należy w tym zakresie odwołać się do dyspozycji art. 70⁴ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 i 1104), zwanej dalej: „KC”.

W świetle art. 70⁴ § 1 i 2 KC w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Przyjęta w art. 70⁴ KC konstrukcja instytucji wadium czyni je integralnym składnikiem stosunku przetargowego oraz aukcji, a w warunkach zamówień publicznych również postępowań o ich udzielenie, akceptowalnych przez przystępujących do tych postępowań¹. Uwzględniając powyższe, jak również mając na względzie dyspozycję art. 10a ust. 1 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż czynność wniesienia zabezpieczenia wadium również poddana jest rygorom elektronicznej komunikacji.

W piśmiennictwie wskazuje się dwie podstawowe funkcje wadium, które stanowi z jednej strony wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a z drugiej natomiast zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia

¹ Kodeks cywilny Komentarz Tom I red. K. Pietrzykowski wyd. 9, Warszawa 2018

publicznego. Wadium, na gruncie zamówień publicznych, stanowi zarówno stworzoną przez zamawiającego barierę finansową, której celem jest zapewnienie udziału w postępowaniach wyłącznie wykonawców rzeczywiście zainteresowanych zawarciem umowy oraz realizacją określonego świadczenia, jak i narzędzie pozwalające zapobiegać, a w ostateczności sankcjonować niewywiązywanie się wykonawców z określonych obowiązków nałożonych na nich przez procedury udzielania zamówień publicznych (por. art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp).

Wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być wnoszone poprzez wpłacenie, na wskazane konto zamawiającego, określonych środków pieniężnych albo poprzez ustanowienie określonego prawa na rzecz zamawiającego, przy czym mając na uwadze cel wadium, tj. realne zabezpieczenie zapłaty kary za nienależyte zachowanie, prawo to powinno umożliwiać dostatecznie łatwe wyegzekwowanie ustalonej kwoty pieniężnej. Kwota pieniężna albo zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinny pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika. W wyroku z dnia 2 czerwca 2015 r. (sygn. KIO 1050/15), Krajowa Izba Odwoławcza zdefiniowała wadium jako określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Samą istotę wadium dobrze oddaje również teza zawarta w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1142/11) w której stwierdzono, iż *„Istotą instytucji wadium jest to, iż zamawiający zwolniony jest z wykazywania wysokości szkody, a to z tego względu, iż wysokość owej szkody przyjmowana jest w kwocie zryczałtowanej - równej kwocie wniesionego wadium. Wysokość owej straty zamawiającego nie podlega dalszemu dowodowi w którąkolwiek ze stron, a to z tego względu, iż jest ona ze swojej istoty przyjmowana w wysokości zryczałtowanej - tożsamej z kwotą ustalonego wadium.”* W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne i pozostawać w dyspozycji zamawiającego cały okres związania ofertą (por. wyr. KIO z 23.1.2012 r. sygn. akt KIO 52/12).

2. Formy i skuteczność wniesienia wadium

W świetle przepisów ustawy Pzp, wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić albo w postaci wpłacenia zamawiającemu określonej kwoty pieniędzy albo ustanowienia zabezpieczenia jej zapłaty w ściśle określonych formach. W myśl art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, wadium w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obok wadium w postaci pieniężnej oraz poręczeń bankowych i poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej może być wnoszone w szczególności w postaci gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych, a także poprzez udzielenie poręczeń przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust.5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. – o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz 2017 r. poz. 1089).

Wybór określonej formy wniesienia wadium, w świetle przepisów ustawy Pzp, stanowi samodzielną decyzję wykonawcy, opartą o analizę własnych potrzeb i możliwości. W konsekwencji, zamawiający określając wymogi co do wadium w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie może ograniczać wykonawcom tej swobody. Przepisy ustawy Pzp, w przypadku zastrzeżenia żądania przez zamawiającego wadium, wymagają by wadium na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było nie tylko ustanowione, ale również rzeczywiście wniesione. Powyższe powoduje, iż czynność tę można kwalifikować jak się wydaje w ramach kategorii realnych czynności prawnych, które dla swej skuteczności wymagają, by oprócz złożenia oświadczenia woli nastąpiło rzeczywiste działanie powodujące zmianę faktycznego władztwa nad rzeczą (w odniesieniu do czynności wniesienia wadium mamy do czynienia z sytuacją wpłaty na konto zamawiającego określonych środków pieniężnych lub przekazania dokumentu ustanawiającego zabezpieczenie niepieniężne).

Biorąc pod uwagę cel wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zabezpieczenie ofert składanych przez wykonawców przyjąć należy, że prawidłowo wniesione wadium (inne niż pieniężne) to takie które daje realną gwarancję wyegzekwowania ustalonej kwoty, a zatem należy zabezpiecza interes zamawiającego. W odniesieniu do treści gwarancji w orzecznictwie Izby oraz w doktrynie podkreśla się, że zobowiązanie gwaranta ma mieć charakter bezwarunkowy, abstrakcyjny tj. samoistny, a zapłata kwoty na którą opiewa gwarancja ma następować na pierwsze żądanie beneficjenta (zamawiającego). Należy również podkreślić, że na treść gwarancji wadialnej bezpośredni wpływ ma wykonawca, który odpłatnie zleca gwarantowi jej udzielenie na rzecz zamawiającego wobec czego w jego interesie i obowiązku leży zadbanie o to, aby była adekwatna do celu, tj. dostatecznie zabezpieczała zapłatę kwoty wadium (tak. wyrok KIO z 14.11.2016 r. sygn. akt KIO 2055/16).

Ocena prawidłowości wniesienia wadium jest doniosła szczególnie ze względu na fakt, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. Zamawiający nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśniać wątpliwości dotyczące np. treści dokumentów gwarancji. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie stanowią też części oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż

pieniężna (por. wyr. KIO z 19.01.2012 sygn. akt KIO 63/12, KIO 66/12, wyr. KIO z 13.10.2017 sygn. akt: KIO 2023/17).

3. Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej

W świetle art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1876, ze zm.), udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych stanowi jedną z czynności bankowych. Sens ekonomiczny gwarancji bankowej, a także gwarancji ubezpieczeniowej sprowadza się do tego, iż bank lub ubezpieczyciel w zamian za prowizję (składkę, określoną płatność) na podstawie umowy przejmuje rolę gwaranta spełnienia określonych zobowiązań na rzecz beneficjenta gwarancji. Zgodnie z treścią art. 81 ust. 1 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. W piśmiennictwie przyjmuje się, iż na stosunek gwarancji bankowej składają się dwie relacje². W ramach pierwszej z nich dochodzi do zawarcia umowy pomiędzy bankiem, a zlecającym udzielenie gwarancji, w warunkach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, określającej wystawienie gwarancji, jej treść oraz warunki egzekwowalności. Ani przepisy ustawy Prawo bankowe ani regulacje Kodeksu cywilnego nie określają formy w jakiej powinna zostać zawarta umowa, której celem jest zlecenie udzielenia gwarancji bankowej. Przepisy te nie wskazują również choćby minimalnej treści umowy zlecającej. W konsekwencji uznać należy, iż w tym zakresie do umowy zlecenia udzielenia gwarancji bankowej zastosowanie znajduje generalna zasada swobody umów wyartykułowana w treści art. 353 KC.

Drugi stosunek, pomiędzy bankiem, a beneficjentem gwarancji (zamawiającym) nawiązywany jest zasadniczo w momencie, w którym bank, będący wystawcą gwarancji, składa podmiotowi wskazanemu w gwarancji pisemne oświadczenie o udzieleniu gwarancji (tzw. list gwarancyjny). Zlecającego udzielenie gwarancji i bank łączy umowa zlecenia w rozumieniu art. 734 KC. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż źródło stosunku gwarancyjnego stanowi umowa pomiędzy bankiem – gwarantem i beneficjentem – wierzycielem. W wyroku z dnia 20 września 2013 r. (sygn. II CSK 670/12), stwierdzono, iż „w literaturze i orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje zdecydowane stanowisko, że gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa (art. 81 prawa bankowego), jest umową, a nie czynnością prawną jednostronną (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego dnia 9 listopada 2006 r., IV CSK 208/2006, OSNC 2007, z. 7/8, poz. 122; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., IV CSK 258/08, nie publ.)”. W tym samym orzeczeniu Sądu Najwyższego wskazano również, iż „w obrocie bankowym wytworzyła się praktyka tzw. wystawiania dokumentu gwarancyjnego (obejmującego oświadczenie woli banku - gwaranta) i przesyłania go beneficjentowi gwarancji, wskazywanemu w tzw. zleceniu

² Prawo bankowe Komentarz, red. G. Sikorski wyd.1 Warszawa 2015

udzielenia gwarancji (kierowanego do banku w związku z treścią stosunku podstawowego). Nie wyłącza to jednak możliwości przyjęcia stanowiska, że obligacyjny stosunek gwarancyjny powstaje ostatecznie w wyniku umowy (porozumienia) zawartego między bankiem - gwarantem i beneficjentem gwarancji i to jeszcze przed datą wystąpienia z żądaniem zapłaty przez tego beneficjenta”.

Oświadczenia banku zawierające zobowiązanie zapłaty, w świetle art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe złożone powinno zostać na piśmie pod rygorem nieważności. W świetle dyspozycji art. 78 § 1 KC do zachowania pisemnej formy udzielenia gwarancji bankowej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Wniesienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium w postaci gwarancji bankowej powinno nastąpić z zachowaniem formy właściwej dla jej ustanowienia określonej w art. 81 ust. 2 ustawy Prawo Bankowe. W świetle art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żąda lub może żądać wniesienia wadium przez wykonawców. W tym kontekście należy jednak wskazać, iż wniesienie wadium w postaci zabezpieczenia zapłaty (gwarancji lub poręczeń) nie stanowi oświadczenia woli samego wykonawcy o jego ustanowieniu, a jest jedynie czynnością polegającą na realnym przekazaniu (złożeniu) dokumentu zawierającego takie oświadczenie banku, kierowane do instytucji zamawiającej. Tym samym, uznać należy, iż wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej powinno obejmować przekazanie dokumentu gwarancji w takiej formie w jakiej zostało ono ustanowione przez bank – gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

4. Wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej

W świetle art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz. U. z 2018 poz. 999), zawieranie umów gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością ubezpieczeniową, co oznacza że działalność podmiotu udzielającego takiej gwarancji podlega przepisom ww. ustawy. Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie definiują pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, poprzestając w zasadzie na uwzględnieniu gwarancji w katalogu czynności ubezpieczeniowych. Uwzględniając stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17), podejmując próbę zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej oraz kształtowania jej treści celowym jest uwzględnienie reguł dotyczących ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki SN z dnia 10 lutego 2010 sygn. V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r. sygn. II CSK 388/15). W wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. Sąd Najwyższy przyjmując za miarodajne regulacje kształtujące instytucję gwarancji bankowej, podjął się próby zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, wskazując, iż gwarancja ta jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela – gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w niej „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we właściwej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Na gruncie zamówień publicznych wadialna gwarancja ubezpieczeniowa zabezpiecza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosunek prawny

między beneficjentem gwarancji, a zleceniodawcą gwarancji nawiązany poprzez złożenie oferty w postępowaniu. Zobowiązanie ubezpieczyciela, analogicznie jak zobowiązanie banku z tytułu gwarancji bankowej jest zobowiązaniem pieniężnym, polegającym na zapłacie sumy gwarancyjnej w przypadku wystąpienia gwarantowanego rezultatu. W przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych rezultatem tym jest ziszczenie się, którejkolwiek z okoliczności wskazanych dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, odmiennie niż czyni to ustawa Prawo bankowe nie określa formy ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej. Mechanizm zawierania i działania gwarancji ubezpieczeniowej jest jednak zasadniczo analogiczny jak w przypadku gwarancji bankowej. Zakład ubezpieczeń udziela gwarancji na zlecenie dłużnika (wykonawcy). Zlecenie to inicjuje czynność złożenia oświadczenia woli ustanowienia gwarancji przez zakład ubezpieczeń jej beneficjentowi. Uwzględniając jednak realia zamówień publicznych oraz zasady prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zasadnym jest wymaganie, aby gwarancja ubezpieczeniowa będąca wadialnym zabezpieczeniem oferty wykonawcy przybrała formę materialną (listu gwarancyjnego, polisy), w szczególności mając na uwadze jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jaką jest zasada pisemności, a także realny charakter czynności polegającej na wniesieniu wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Wniesienie wadium w formie poręczenia

Ustawa Pzp dopuszcza wniesienie wadium w formie poręczeń bankowych lub poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (art. 45 ust. 6 pkt 2) oraz poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 Ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2018 r. poz. 110 ze zm.).

Żadna z właściwych ustaw tj. Prawo Bankowe, ustawa o SKOK-ach, ustawa o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości nie reguluje instytucji poręczenia. Regulacja poręczenia bankowego w Prawie Bankowym odsyła do przepisów KC (art. 84 Prawa Bankowego), natomiast art. 6b ust. 8 ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości wskazuje, że Agencja udziela pomocy finansowej w drodze umowy, do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Kształt poręczenia wyznaczać będą zatem art. 876 i nast. KC oraz, z uwzględnieniem przepisów bezwzględnie wiążących dotyczących poręczenia, wola stron stosunku poręczenia. Zgodnie z art. 876 § 1 KC przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. W świetle art. 876 § 2 KC oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Treść ww. przepisu wskazuje, że oświadczenie wierzyciela-zamawiającego może być złożona w jakiegokolwiek formie również w sposób dorozumiany.

Na marginesie, należy również zwrócić uwagę, że poręczenie wadialne udzielane na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bezwzględnie powinno wskazywać termin jego ważności. Bezterminowe poręczenie za dług przyszły w świetle art. 878 § 2 KC

może być przed powstaniem długu odwołane w każdym czasie, co oznacza, że nie spełni celu wadium jakim jest zabezpieczenie oferty wykonawcy od momentu upływu terminu składania ofert do minimalnie chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, a maksymalnie zawarcie umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego.

6. Wniesienie wadium w postępowaniu prowadzonym elektronicznie³

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych od dnia 18 października 2018 r. o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (nie dotyczy zamawiających centralnych, którzy obowiązek ten realizują od 18 kwietnia 2017 r.) komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp *w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej*. Szczegółowe warunki w tym zakresie określają przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych.

Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji, zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (a odnoszących się do modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki), również *a contrario* potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie rygiorem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty również powinno być wniesione w postaci elektronicznej. Jednocześnie należy nadmienić, iż wytyczną dla oceny poprawności wniesienia wadium w postaci elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być skuteczność żądania jego wypłaty w sytuacji, kiedy na skutek działań tego wykonawcy, zajdą przesłanki powodujące zatrzymanie wadium. Tym samym, mając na względzie poczynione wcześniej uwagi uznać należy, iż wniesienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, szczególnego znaczenia nabiera obowiązek zamawiającego określony w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający powinien w SIWZ

³ Nie dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie przepisów Działu III, Rozdział 4a ustawy Pzp, tj. Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

sprecyzować, w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z uwzględnieniem poczynionych w niniejszej opinii uwag.

W tym miejscu warto przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Saferoad Grawil⁴. Trybunał podkreślił w nim, że *zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk*. Powyższe stanowisko Trybunału należy odnieść również do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, gdyż w istocie rezultat tych czynności jest taki sam tj. eliminuje wykonawcę z postępowania. Tym samym w celu wyeliminowania wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, zamawiający w SIWZ (stanowiącej część dokumentacji przetargowej), powinien jednoznacznie określić w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

7. Podsumowanie

1. **Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy wszelkiej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również komunikacji w zakresie przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium.**
2. **Wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października 2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej.**
3. **Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ma obowiązek sprecyzować wymagania dotyczące sposobu wniesienia wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.**

⁴ Orzeczenie TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o., Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu. Dotyczący interpretacji art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok z dnia 27 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1399/18 – doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, podpis w dzienniku budowy

„Przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane obejmujące przede wszystkim swoim zakresem infrastrukturę drogową, a choć nie było to konieczne, Zamawiający zaznaczył, że ich realizacja podlega prawu polskiemu, w tym Prawu budowlanemu {vide ostatni akapit pkt 5 instrukcji dla wykonawców dotyczącego przedmiotu zamówienia}.

Rozpoznawana sprawa dotyczy warunków udziału i kryteriów oceny ofert zmierzających do wyłonienia wykonawcy, który zapewni, że w wykonywaniu tych robót budowlanych będą uczestniczyć, w tym przypadku jako kierownik budowy czy kierownik robót drogowych, osoby, które legitymują się odpowiednimi do wykonywania takich funkcji kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem {vide klauzula zamieszczona tuż pod lit. b) na str. 7 instrukcji dla wykonawców}. Zamawiający nie wskazywał odrębnie, jakich konkretnie kwalifikacji i wykształcenia wymaga od tych osób, gdyż wynika to z przepisów rozdziału 2 Prawa budowlanego (w tym aktów wykonawczych wydanych na podstawie delegacji wynikającej z tych przepisów) dotyczących samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Stąd wymagane przez Zamawiającego w ramach warunków udziału i kryteriów, a sprecyzowane co do zakresu rzeczowego robót budowlanych i długości trwania, doświadczenie również dotyczy pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, czyli pełnienia przy robotach budowlanych o określonych parametrach przez wymagany okres samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Pomimo niezbyt starannej redakcji postanowień dotyczących spornych warunków udziału i kryteriów, zdaniem Izby z uwagi na powyższe uwarunkowania nie ma wątpliwości, że w opisie warunków i kryteriów dotyczących kierownika budowy i kierownika robót drogowych terminy „stanowisko” i „funkcja” są używane jako synonimy. O czym świadczy na przykład opis warunku dotyczącego kierownika robót drogowych, gdzie zastrzeżono, że przez doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji zadania jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisywanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.

Stąd zdaniem składu orzekającego Izby przyjęcie odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest jej immanentnym elementem. Jeżeli dana osoba nie zgodziła się przez złożenie podpisu w dzienniku budowy na przyjęcie od określonego dnia obowiązków powierzanych kierownikowi robót, nie może skutecznie twierdzić, że przy wykonywaniu tych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane kierownikowi robót, nie ponosiła za to odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Taki quasi-kierownik robót nie jest jednym z uczestników procesu budowlanego, o których mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. Pełnienie funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, która może prawidłowo przebiegać wyłącznie pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną funkcją.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1336/18 - art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – realność udostępniania zasobów

„(...) dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i orzecznictwem w tym zakresie, koniecznym jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i realizacja robót przez ów podmiot – samodzielna lub wspólnie z wykonawcą. Jak wskazuje TSUE w wyroku C-324/14 „w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów”. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie roboty realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym. W niniejszej sprawie zachodzi nietypowy przypadek wykorzystania zdolności innego podmiotu, który jest dopuszczalny właśnie wobec braku ustawowego ograniczenia charakteru udziału podmiotów udostępniających zasoby do podwykonawstwa. X J.L. zobowiązał się do udzielenia zasobu doświadczenia w formie konsultacji i nadzoru wykonywanego przez J.L., którym wykonawca będzie dysponował na podstawie umowy o pracę w charakterze brygadzysty. O ile powszechnie w orzecznictwie wskazuje się, że „konsultacje i doradztwo” nie mogą stanowić skutecznego udzielenia zasobu doświadczenia w odniesieniu do robót budowlanych, o tyle należy zważyć, że w niniejszej sprawie nadzór i konsultacje mają być prowadzone przez osobę, która zostanie zatrudniona jako brygadzysta – i zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z pisma 17.06.2018 r., będzie ona w tym charakterze brała udział w realizacji wszystkich czynności na etapie realizacji zamówienia. Jak

powołał Odwołujący, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, do zadań osób pełniących funkcję brygadzysty należy m.in. organizacja i koordynacja podległych pracowników oraz koordynowanie i ustalanie robót z kierownictwem. Jest to zbieżne z definicją słowa „brygadzysta” ze Słownika Języka Polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl, dostęp w dniu 19.07.2018 r.), który definiuje, że brygadzysta to „kierownik brygady roboczej”. Nie budzi wątpliwości, że nadzór nad osobami fizycznie wykonującymi roboty budowlane oraz udzielanie wykonawcy konsultacji „na budowie” jest realną formą udostępnienia doświadczenia, zapewniającą rzetelne wykonanie robót. Jednocześnie rzeczony nadzór i konsultacje nie mają charakteru fikcyjnego, „papierowego” lub „na telefon”, mają one być wykonywane przez brygadzystę biorącego udział w realizacji robót. Dodać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO, nie są wystarczające konsultacje mające polegać na przekazywaniu wiedzy pracownikom wykonawcy, gdyż doświadczenie w odniesieniu do robót budowlanych odnosi się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia, ale także do umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż uprzednio osobiście wykonując roboty (np. wyrok z dnia 20.12.2013 r., KIO 2846/13). Zupełnie inaczej sytuacja kształtuje się w niniejszej sprawie - obecność odpowiednio doświadczonego brygadzysty w realizacji robót z pewnością gwarantuje odpowiednią reakcję w warunkach zmieniających się okoliczności. Nie można zatem stwierdzić, by sposób udostępnienia zasoby był w niniejszej sprawie niewystarczający dla uznania, że ma ono charakter realny.

Należy zwrócić uwagę, że odmienne rozumienie zwrotu „zrealizują roboty”, którym posługuje się art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wymagałoby przyjęcia, że podmiot trzeci – w tym wypadku jednoosobowa działalność gospodarcza – a zatem osobiście J. L., ma samodzielnie, fizycznie wykonać całość robót budowlanych. Ustawa Pzp natomiast w najmniejszym stopniu nie ogranicza możliwości powołania się na zasoby doświadczenia należące do podmiotów będących przedsiębiorstwami w formie jednoosobowych działalności gospodarczych.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 9 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1232/18 – zmiana lidera konsorcjum

„Odnosząc się do wniosków Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na zmianę Lidera Konsorcjum Odwołującego Izba wskazuje, iż zmiana taka nie niesie za sobą żadnych konsekwencji prawnych, gdyż skład członków Konsorcjum pozostał taki sam jak na etapie złożonej oferty. (...)

(...) wskazać należy, że pomimo zmiany reprezentacji Konsorcjum - Lidera, wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia są w dalszym ciągu te same podmioty. Kwestia uregulowania reprezentacji czy wzajemnych praw i obowiązków jest kwestią wyłączną, wewnętrzną członków Konsorcjum. Żaden przepis prawa nie statuuje obowiązku co do formy i sposobu uregulowania stosunków wewnętrznych członków Konsorcjum na etapie składania ofert, poza obowiązkiem ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dopiero przed zawarciem umowy w sprawie

zamówienia publicznego zamawiający może żądać przedstawienia przez członków konsorcjum umowy regulującej współpracę tych wykonawców (art. 23 ust. 4 ustawy pzp). Dopóki odwołanie składa Konsorcjum firm składające się z tych samych podmiotów, które wspólnie złożyły ofertę dopóty stwierdzić należy, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania zostało udzielone prawidłowo, a odwołanie podpisane przez podmiot upoważniony. Na posiedzeniu Odwołujący złożył dodatkowo umowę konsorcjum wraz z aneksem do umowy zmieniającym podmiot uprawniony do reprezentacji.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1295/18 - art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp – zakazane porozumienie między wykonawcami

„(...) w ocenie Izby za niezasadny należy uznać pogląd, zgodnie z którym złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum należy automatycznie kwalifikować jako zakazane porozumienie przetargowe, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Taki pogląd stałby w sprzeczności z ratio legis art. 23 ustawy P.z.p., który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 ustawy P.z.p. jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania samodzielnie, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione. Podkreślenia wymaga, że uprawnienie do występowania w postępowaniu z innymi wykonawcami wynika również z dyrektywy 2014/24/UE. W myśl art. 19 ust. 2 dyrektywy grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Instytucje zamawiające nie mogą wymagać od nich posiadania określonej formy prawnej, by grupy te mogły przedłożyć ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że przystępujący zawiązali konsorcjum, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

(...) odwołujący nie wykazał, że zawiązanie przez przystępujących konsorcjum na potrzeby tego postępowania stanowiło przejaw zakazanego na mocy art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik antykonkurencyjnego porozumienia. W szczególności nie wykazał, że złożenie wspólnej oferty przez przystępujących nie miało w tym postępowaniu ekonomicznego uzasadnienia. Podkreślić należy, że nawet w sytuacji, gdy konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, korzyści dla potencjalnych lub rzeczywistych kontrahentów konsorcjum – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją. Istnienie ekonomicznego uzasadnienia złożenia wspólnej oferty wyłącza antykonkurencyjny charakter konsorcjum, gdyż

wówczas wyłączenie konkurencji między wykonawcami składającymi wspólną ofertę jest niejako rekompensowane korzyściami dla kontrahentów konsorcjum.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1428/18 – upływ 3 lat od zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp

„W pierwszej kolejności w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy konieczne było ustalenie, czy nie doszło do upływu okresu 3 lat, w którym Zamawiający uprawniony byłby do zastosowania sankcji prawnej w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy w przypadkach, o których mowa m.in. w ust. 5 pkt 2 i 4 następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba uznała, iż pod pojęciem „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, prawidłowym będzie przyjęcie daty zaistnienia skutku niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy koncesji lub umowy o zamówienie publiczne określonego jako rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Dopiero bowiem łączne zaistnienie okoliczności określonych w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zatem wystąpienia przesłanki rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie prawnej. W świetle powyższego nie sposób w ocenie Izby przyjąć, iż celem ustawodawcy z jednej strony było przewidzenie możliwości zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania przy spełnieniu wszystkich określonych w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp okoliczności, z drugiej zaś by okres, w którym możliwe byłoby wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej był liczony, jak twierdził Odwołujący, od daty niewykonania albo nienależytego wykonania umowy bez względu na datę wystąpienia skutków dopełniających zastosowanie ww. przesłanki.

Za powyższym poglądem zadaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę przemawia również relacja przepisów art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Zauważyć bowiem należy, iż obydwie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiące fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, mają zastosowanie w sytuacji niewykonania albo nienależytego wykonania umowy, z tym jednak zastrzeżeniem, że zastosowanie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wymaga zaistnienia dodatkowej okoliczności w postaci skutku niewykonania czy też nienależytego wykonania zobowiązania polegającego na rozwiązaniu umowy lub zasądzeniu odszkodowania. Tym samym w ocenie Izby konsekwencją ustanowienia przez ustawodawcę dwóch samodzielnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania związanych z niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę, których zastosowanie jest możliwe w sytuacji, gdy nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, winno być przyjęcie, iż zdarzenie, o którym mowa w art. 24

ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy interpretować z uwzględnieniem okoliczności dopełniających niewykonanie albo nienależyte wykonanie umowy, tj. rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Podsumowując, zdaniem Izby, Zamawiający prawidłowo ustalił, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy w związku z wyrokiem Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 5 maja 2016 r., na mocy którego zasądzono od członka konsorcjum Odwołującego na rzecz Gminy Miasta Tarnowa stosowne odszkodowanie nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia wykonawcy.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 26 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1374/18 – RODO, obowiązek informacyjny

„W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zobowiązanie wykonawcy do wykonania, w imieniu Zamawiającego obowiązku informacyjnego wobec osób, kierowanych przez niego do realizacji zamówienia, naruszało wskazane przepisy ustawy, w tym utrudniało uczciwą konkurencję.

Zauważenia wymaga, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia występuje wiele czynności, które wprost nie stanowią przedmiotu zamówienia, którym w przedmiotowym postępowaniu jest zaprojektowanie i przebudowa jednotorowej linii kolejowej na określonym odcinku, jednak które pozostają w ścisłym związku z czynnością złożenia ofert, a następnie z realizacją zamówienia. Do takich zagadnień należy zaliczyć także obowiązki wynikające z RODO.

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wiąże z naruszeniem zasady proporcjonalności, z uwagi na to, iż kwestionowane przez niego zapisy IDW i Umowy nie korespondują z celem umowy jakim jest wybór wykonawcy, który zaprojektuje, uzyska niezbędne decyzje administracyjne i wykona roboty budowlane w zakresie wybudowania fragmentu linii kolejowej. Przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji jego celem, nie jest natomiast wybór podmiotu, który ma świadczyć dla Zamawiającego usługi przetwarzania danych, w rozumieniu art. 28 RODO. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe zapisy SIWZ stanowią wymóg nieadekwatny do celu postępowania.

Zauważenia wymaga, iż przepis art. 28 RODO dotyczy podmiotu przetwarzającego dane osobowe i wskazuje m.in., że w sytuacji, gdy przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi niniejszego rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Natomiast zakwestionowane postanowienia SIWZ, dotyczą obowiązków informacyjnych, o których mowa w ww. art. 14 RODO.

Również za nietrafiony, w tym zakresie, należy uznać argument Odwołującego, z którego wynika, iż jeżeli celem Zamawiającego jest usprawnienie procesu informacyjnego, to winien przeprowadzić postępowanie mające na celu wybór usługodawcy świadczącego usługi wysyłkowe (pocztowe tradycyjne czy elektroniczne), który za niego technicznie przeprowadzi proces wysyłki wymaganych przez prawo informacji. Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że obowiązki informacyjne muszą być osobiście realizowane przez administratora danych osobowych, argument ten wskazuje, że jest możliwe, zdaniem Odwołującego, realizowanie tego obowiązku za pośrednictwem innego podmiotu. Po drugie, nie wynika z niego, aby przekazywanie informacji, jako czynność uboczna, ale ściśle związana z zamówieniem, nie mogła być realizowana przez wykonawcę wobec zatrudnianych przez niego osób.

W analizowanym postępowaniu zobowiązanie do przekazania przez wykonawcę zatrudnianym osobom fizycznym, w imieniu Zamawiającego, informacji, o których mowa w art. 14 RODO, na równych zasadach zostało nałożone na wszystkich wykonawców. Nie zostało wykazane, aby takie zobowiązanie uniemożliwiało prawidłowe przygotowanie oferty, w tym prawidłowe oszacowanie ryzyk oraz ustalenie zakresu i kosztów związanych z zamówieniem, jak również skutkowało nieporównywalnością ofert.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż obowiązki, o których mowa w art. 13 RODO obciążają każdą ze stron. Odwołujący przyznał, iż ewidencjonuje dane osobowe zatrudnianych osób. To on decyduje ile i w którym momencie potrzebuje osób dla realizacji zamówienia. Nie budzi wątpliwości, iż kalkulując cenę oferty uwzględnia w niej koszty związane z zatrudnieniem personelu, wobec którego, czego nie kwestionuje, realizuje obowiązki informacyjne, do czego obliguje go art. 13 RODO. Zatem ma wiedzę z jakimi kosztami się to wiąże. Organizacja pracy na budowie jak również wskazywana w odwołaniu fluktuacja kadr, jest czynnikiem, który znając specyfikę branży, w jakiej działa oraz własne doświadczenia, każdy z wykonawców musi uwzględniać w swoich kalkulacjach.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż uwzględnienie w sporządzonej przez wykonawców kalkulacji, przekazywania tym samym osobom, obok własnej informacji, także informacji według wzoru opracowanego przez Zamawiającego, skutkuje nieporównywalnością ofert. Każdy z wykonawców, na takich samych zasadach, winien bowiem dokonać kalkulacji oferty, z uwzględnieniem postanowień SIWZ.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nie zostało wykazane, aby opis kwestionowanego zobowiązania utrudniał uczciwą konkurencję. Przedmiotowy obowiązek informacyjny został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Jest on związany z udziałem w postępowaniu i z realizacją zamówienia. Każdy z zainteresowanych udziałem w postępowaniu, na takich samych zasadach, przygotowując

ofertę, w tym kalkulując koszty związane z zatrudnieniem, wie, że ma również uwzględnić w cenie ofertowej koszty związane z obowiązkami informacyjnymi wynikającymi z RODO, także tymi, które ma realizować w imieniu Zamawiającego.

Zamawiający wykazał, że Odwołujący podobnie jak inni wykonawcy, spełniają ustalone przez Zamawiającego wymagania, tj. są w stanie przedstawić zatrudnionym przez siebie osobom informacje, o których mowa w art. 14 RODO. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący ma stały i bezpośredni kontakt z osobami, których dotyczą zaskarżone zapisy SIWZ i to on bezpośrednio uzyskuje dane od zatrudnianych przez siebie osób. Od niego także zależy, jak wiele osób zaangażuje przy realizacji inwestycji, jak wiele z nich objętych będzie obowiązkiem informacyjnym. Wymóg wykonania przez Wykonawcę czynności administracyjno-biurowych, nie ogranicza dostępu do zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie odcinka linii kolejowej. Wykonawca bowiem organizuje w sposób samodzielny wykonywanie kontraktu budowlanego. Odwołujący ma stały i bezpośredni kontakt z osobami których dotyczą zaskarżone zapisy SIWZ i to on bezpośrednio uzyskuje dane od podwykonawców i w szczególnych, wymaganych prawem sytuacjach, przekazuje je następnie Zamawiającemu. Odwołujący nie wykazał przeciwnych okoliczności.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1380/18, KIO 1384/18 – RODO, obowiązek informacyjny

„Co się zaś tyczy osób wskazanych w umowie jako członkowie zespołu kierowników lub projektantów oraz Przedstawiciela Wykonawcy, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że pozyskanie danych tych osób nie stanowi powierzenia danych osobowych w celu ich przetwarzania w rozumieniu art. 28 ust. 3 RODO. Zamawiający pozyskuje bowiem dane osobowe osób wskazanych przez wykonawcę w umowie do realizacji zamówienia, nie przetwarza ich jednak w imieniu administratora, ale w imieniu własnym. W takim przypadku ciąży na nim jedynie obowiązek informacyjny wskazanych w art. 14 RODO. Realizując ten obowiązek informacyjny Zamawiający zobowiązał Wykonawcę na podstawie §3 ust. 28 projektów umowy do przedłożenia osobom, których dane zostaną przekazane Zamawiającemu w celu realizacji przedmiotu zamówienia informacji, której wzór stanowi załącznik nr 2 do projektów umów.

Słusznie również wskazał Zamawiający, że z podobną sytuacją mamy do czynienia w zakresie danych osobowych dotyczących osób wskazanych przez Zamawiającego do kontaktu w związku z realizacją zamówienia. Nie mamy w takim przypadku co czynienia z powierzeniem przetwarzania danych osobowych przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego. Wykonawca pozyskuje ww. dane w związku z realizacją zamówienia i Zamawiający nie określa Wykonawcy celów przetwarzania tj. nie jest to powierzenie w celu przetwarzania danych w imieniu Zamawiającego. W takim przypadku, Wykonawcę, podobnie jak Zamawiającego, dotyczy obowiązek informacyjny, o jakim mowa w art. 14 RODO.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1365/18 – modyfikacja siwz, termin realizacji zamówienia

„(...) zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ powinien dokładnie precyzować swoje potrzeby, ale jednocześnie nie może on narzucać konkretnego produktu czy preferować w jakikolwiek sposób jednego wykonawcy. Z kolei zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają od zamawiającego, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zniechęcają także wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Odnosi się to również do sformułowania zapisów SIWZ w sposób, który nadmiernie przerzuca ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należyście wywiązać się z zawartej umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, ale potrzeby te nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do rynku i naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.

W ocenie Izby zamawiający, wyznaczając termin realizacji zamówienia na dzień 27 września 2018 roku, naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia. Po analizie dokumentacji postępowania, mając na uwadze zakres prac i czynności przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia, a także mając na względzie terminy na wykonanie tych czynności, które przewidział w projekcie umowy zamawiający, Izba doszła do przekonania, że jego realizacja nie jest możliwa w terminie wymaganym przez zamawiającego w SIWZ. (...) Izba uznała zatem podniesiony przez odwołującego zarzut za zasadny i orzekła zgodnie z żądaniem odwołującego, przedłużając termin wykonania zamówienia o czas wynikający z różnicy pomiędzy pierwotnie ustalonym terminem (zgodnie z pierwotnym brzmieniem SIWZ przewidywała ona termin na złożenie ofert na dzień 29 czerwca 2018 r., po ostatniej zmianie to 27 lipca 2018 r. a zatem 28 dni mniej na wykonanie zamówienia). Doliczając ten czas do

pierwotnie ustalonego terminu realizacji, który przewidziano na 29 września br., nowy termin realizacji należy ustalić na dzień 26 października 2018 r.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1489/18 – minimalna stawka roboczogodziny

„W przedmiotowej sprawie Zamawiający, wobec wskazania przez Przystępującego w szeregu pozycji kosztorysu ofertowego stawki za roboczogodzinę w wysokości 10,00 zł, zasadnie powziął wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania tego elementu ceny oferty. W przekonaniu składu orzekającego w przypadku zamówień na roboty budowlane koszty pracy mają niebagatelne znaczenie, co też potwierdził w wyjaśnieniach Wykonawca SK, stwierdzając że „Niewątpliwie istotną częścią składową, a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy (...)” (wyjaśnienia Wykonawcy SK, str. 2). Biorąc pod uwagę powyższe, stanowisko Zamawiającego deprecjonujące znaczenie wystosowanego do Przystępującego wezwania o wyjaśnienia było nieuzasadnione, a argument, jakoby stwierdzenie zaniżenia wartości istotnej części składowej ceny oferty nie mogło prowadzić do jej odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę – przejawem nieprawidłowej wykładni przepisu art. 90 Pzp.

Kolejno Izba stwierdziła, nawiązując do powstałego pomiędzy stronami sporu odnośnie możliwości stosowania przepisów Rozporządzenia do oceny prawidłowości określenia kosztów pracy w ofercie Wykonawcy SK, że kwestię tą wywołał sam Przystępujący, odwołując się w treści wyjaśnień do wyroku Izby, w którym poruszone zostało przedmiotowe zagadnienie. Ta część argumentacji Wykonawcy SK, zdaniem składu orzekającego, świadczyć miała jakoby o przyjęciu przez niego metodologii obliczenia stawki za roboczogodzinę zgodnej z § 6 Rozporządzenia, czemu przeczą dalsze wywody i wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach. Skoro bowiem – w świetle ust. 2 przytoczonego przepisu – godzinowe stawki robocizny powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia, w tym w szczególności m.in. obligatoryjne obciążenia płac, to Przystępujący nie mógł następnie stwierdzić, że ujęte zostały one w kosztach pośrednich (wyjaśnienia, str. 3-4). Skoro, jak się wydaje, Wykonawca SK opierał się na przepisach Rozporządzenia, to uszło jego uwadze, że koszty bezpośrednie określone zostały w § 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia mianem składników kalkulacyjnych uwzględniających nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Powyższe potwierdza również dowód O1, który wprawdzie nie dotyczy bezpośrednio Wykonawcy SK będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, to jednak nie sposób twierdzić, że nie powstają u niego w związku z prowadzoną działalnością określone w treści dowodu koszty pośrednie. Nawet gdyby jednak uznać dopuszczalność ujmowania w kosztach pośrednich kosztów pracy, co pozostaje w sprzeczności z przywołanymi wcześniej regulacjami Rozporządzenia i podważa zasadność odwoływania się do jego treści w złożonych przez Wykonawcę SK wyjaśnieniach, to należałoby stwierdzić, że koszty pracy

wymienione przez Przystępującego na str. 3-4 wyjaśnień pochłaniają w całości pulę kosztów pośrednich, co powoduje wątpliwość odnośnie ujęcia w cenie oferty wspomnianych kosztów ogólnych budowy, czy kosztów zarządu, ergo właściwych kosztów pośrednich. W konsekwencji Izba uznała, że wysokość stawki za roboczogodzinę, oparta na przepisach Rozporządzenia, powinna być wyliczona zgodnie z założeniami przedstawionymi w dowodzie O2.

Oceniając negatywnie wiarygodność zaprezentowanych w wyjaśnieniach wyliczeń Izba wzięła pod uwagę, że zarówno przedstawiony w ich treści mechanizm obliczenia ostatecznej wysokości stawki za roboczogodzinę, jak i odnoszące się do niego stanowisko Przystępującego zaprezentowane na rozprawie (protokół rozprawy, str. 5) nie tylko nie znajdują oparcia w treści oferty (kosztorysu), ale nie poddają się w jej świetle jakiegokolwiek weryfikacji. W konsekwencji Zamawiający, rozliczając się z Wykonawcą SK za realizację zamówienia, nie będzie miał pewności, czy rozliczenia te przebiegać będą z uwzględnieniem przepisów Ustawy, ponieważ kwestia ustalenia wysokości przyjętej przez Przystępującego stawki za roboczogodzinę nie została Zamawiającemu należycie wyjaśniona. Brak wiedzy Zamawiającego co do ostatecznej wysokości wypłacanego pracownikowi Przystępującego wynagrodzenia ujawnił się już w toku rozprawy, kiedy to Zamawiający wyliczył je na kwotę niewynikającą z treści wyjaśnień (protokół rozprawy, str. 3).

Powyzszą sytuację, tj. przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w Ustawie, należy również poczytywać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 (niezgodność z Pzp) i pkt 6 Pzp (błąd w obliczeniu ceny), a zatem potwierdziły się zarzuty nr 2 i 4.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1453/18 – rażąco niska cena

„Izba nie podziela także argumentacji Odwołującego w zakresie każdorazowego obowiązku przedkładania dowodów na okoliczność kosztów pracy, w szczególności oczekiwania załączania do wyjaśnień umów o pracę. Nie sposób z góry przesądzić czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. W ocenie Izby, jeżeli zamawiający nie sprecyzuje wezwania, wykonawca w ramach składanych wyjaśnień winien przedkładać jedynie takie dowody, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Jeżeli złożone wyjaśnienia rozwieją wątpliwości zamawiającego, a szczegółowa kalkulacja przedstawia realne stawki rynkowe kosztów pracy, czy też wynagrodzenia, wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia konkretnych umów o pracę. Gdyby wykonawca prezentował wartości zaniżone lub z pogranicza minimalnego wynagrodzenia dla poszczególnych osób z personelu wtedy faktycznie zasadne byłoby potwierdzenie w postaci załączania stosownych umów. Natomiast w sytuacji gdy prezentowane stawki są rynkowe nie sposób wymagać, aby podmiot załączał każdorazowo do wyjaśnień owe umowy. W związku z powyższym, tym bardziej niezrozumiała wydaje się

argumentacja Odwołującego dotycząca badania tożsamości osób wziętych pod uwagę w kalkulacji ceny z osobami przedstawionymi w wykazie osób złożonym na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1266/18 - klauzule umowne

„W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia zaprezentowane przez zamawiającego w toku rozprawy w dniu 6 lipca 2018 roku, a dotyczące powodów wprowadzenia do Subklauzuli 13.8 postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC.” są nieprzekonujące. Zamawiający podnosił, że mając również na względzie dobro wykonawców, zawarł w postanowieniach Subklauzuli 13.8. jasne, równe i w pełni zobiektywizowane zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, oparte na kryteriach wynikających bezpośrednio z kontraktu, które dają wykonawcy nawet szerszą ochronę przed zmiennością cen niż przepisy art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. Natomiast wyłączone ze stosowania przepisy kodeksu cywilnego oparte są na kryteriach ocennych.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego należy zauważyć, że umowna klauzula waloryzacyjna, wynikająca z postanowień Subklauzuli 13.8. ma całkowicie odmienny zakres regulacji niż przepisy art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. Klauzula ta ma zastosowanie w przypadkach określonych w umowie i w ramach przeciętnego, normalnego ryzyka kontraktowego. Natomiast przepisy Kodeksu cywilnego będą stanowić podstawę modyfikacji umowy, w tym wynagrodzenia, w sytuacjach nadzwyczajnych, nieprzewidzianych i nieuregulowanych w umowie. O rozdzielności przedmiotowej regulacji umownych i ustawowych klauzul wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 lutego 2015 roku, sygn. akt: XXV 827/12, wskazując, iż: „W ocenie Sądu subklauzula 13.8 dotyczy zamiany wysokości świadczenia z tytułu poniesionych kosztów w przypadku zwykłej zmiany kosztów na wolnym rynku w ramach przeciętnego normalnego ryzyka kontraktowego, natomiast nie dotyczy zmiany wysokości kosztów w następstwie nadzwyczajnych zdarzeń w rozumieniu [art. 357 \(1\) kc.](#) Tym samym wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu nie oznaczało, iż strony zrezygnowały z ustawowego uprawnienia przewidzianego w [art. 357 \(1\) kc.](#) Zdaniem Sądu wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu oznaczało jedynie, iż strony zrezygnowały z waloryzacji w ramach kontraktu w zakresie zwykłych procesów inflacyjnych.”.

Ponadto, Izba nie widzi racjonalnego powodu, by ograniczyć wykonawcom możliwość ochrony swoich praw, na drodze sądowej, w sytuacjach nadzwyczajnych, wykraczających poza ramy umowne. Nie jest to również w interesie samego zamawiającego, ponieważ i on może znaleźć się kiedyś w sytuacji, w której mógłby skorzystać z klauzul ustawowych, wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego.

Izba w składzie orzekającym w pełni podziela pogląd wyrażony w cytowanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 145/18 i KIO 173/18, iż: *„Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.”.*

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że każde ryzyko jest mierzalne, a w konsekwencji, że wykonawcy mogli wycenić i uwzględnić wszystkie, nawet niemożliwe do zidentyfikowania ryzyka w cenie oferty. Skoro okoliczności objęte dyspozycją przepisów art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. są nieprzewidywalne, to trudno w tym zakresie mówić o realnym uwzględnieniu i oszacowaniu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Tym samym wykonawcy przygotowując oferty będą w całkiem odmienny i nierealny sposób kalkulować to ryzyko, co z kolei będzie implikować składanie nieporównywalnych ofert albo ofert ze znacznie zawyżonym poziomem cen. Nie można bowiem wykluczyć, że zostaną złożone oferty nie uwzględniające w ogóle takiego ryzyka. W ten sposób ukształtowane postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu świadczą o niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, naruszającym zasady wyrażone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Jak w powyżej cytowanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, wyłączenie stosowania ustawowych klauzul, może skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji, w związku z tym, że ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli podjąć tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe. Jest to niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi *opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.*

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 58 k.c., zgodnie z którym *czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.* W ocenie Izby nie ziściły się przesłanki opisane w art. 58 k.c., które wskazywałyby na nieważność czynności prawnej dokonanej przez zamawiającego w związku z wyłączeniem ze stosowania

przepisów art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. z uwagi na dyspozytywny charakter ww. przepisów.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Postanowienie z dnia 9 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1423/18 r. – odrzucenie odwołania, odwołanie wniesione w imieniu lidera konsorcjum

„(...) odwołanie wniesione przez X z siedzibą w W. podlega odrzuceniu, albowiem zostało ono wniesione wyłącznie w imieniu podmiotu będącego jednym z członków konsorcjum, które złożyło ofertę w Postępowaniu.

Okoliczność złożenia odwołania wyłącznie w imieniu spółki X została potwierdzona przez Odwołującego na posiedzeniu. Ponadto, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż na podstawie treści oferty należało uznać, że została ona złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: X z siedzibą w W. oraz Y z siedzibą w S. (...). W ramach oferty zostały między innymi złożone Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia (dalej jako „dokumenty JEDZ”) dla ww. podmiotów. W dokumencie JEDZ Odwołującego na pytanie: „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” została udzielona odpowiedź: „TAK”. W kolejnym wierszu została wskazana rola Odwołującego w grupie wykonawców wspólnie biorących udział w realizacji zamówienia, tj. „Przedstawiciel w sprawie ofertowania i realizacji formalnej zamówienia”. Odwołujący pełni zatem rolę lidera konsorcjum. W dokumencie JEDZ spółki Y na pytanie: „Czy wykonawca bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami?” również udzielono odpowiedzi: „TAK”. W kolejnym wierszu została wskazana rola spółki Y w grupie wykonawców wspólnie biorących udział w realizacji zamówienia, tj. „Konsorcjant”. W ramach oferty została również złożona umowa konsorcjum zawarta pomiędzy Odwołującym i spółką Y, w treści której Odwołujący został wskazany jako „Lider Konsorcjum”. W § 1 ww. umowy konsorcjum wskazano znak sprawy, pod którym prowadzone jest Postępowanie (...). W świetle ww. treści oferty wskazanie jako wykonawcy Odwołującego należało zatem potraktować jako wskazanie lidera konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia).

Z treści wezwania z dnia 18 czerwca 2018 r. wynikało, iż Zamawiający przedmiotową ofertę traktuje jako złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: spółką X oraz spółką Y. Odwołujący nie zaprzeczył temu ani w odpowiedzi na ww. wezwanie, ani na dalszym etapie Postępowania. Odmienne stanowisko zostało przedstawione dopiero na posiedzeniu przed Izbą: Odwołujący potwierdził, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w jego imieniu (spółki X) i jednocześnie oświadczył, że także wykonawcą składającym ofertę w Postępowaniu był sam Odwołujący, natomiast spółka Y występowała w charakterze podmiotu udostępniającego swoje zasoby. W ocenie Składu orzekającego Izby treść ww. oświadczenia nie znajdowała potwierdzenia w treści dokumentacji Postępowania. Poza wskazanymi powyżej okolicznościami należy zauważyć, że w treści oferty nie zostało wskazane, iż spółka Y miała występować jako podmiot udostępniający swoje zasoby.

W szczególności, w przeciwieństwie do Z z siedzibą w M., nie został złożony dokument zawierający oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

Mając zatem na uwadze jednoznaczne stanowisko Zamawiającego co do sposobu traktowania spółki X oraz spółki Y jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż wskazanie spółki X w treści zawiadomienia o wykluczeniu z Postępowania stanowiło omyłkę ze strony Zamawiającego polegającą na wskazaniu w treści tego pisma wyłącznie lidera konsorcjum, które złożyło ofertę w Postępowaniu. Zaistniała w tym zakresie omyłka w ocenie Składu orzekającego Izby nie ma jednak istotnego znaczenia dla stwierdzonej podstawy odrzucenia odwołania. Niezależnie od powyższego aktualna pozostaje ocena, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w imieniu jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem – na gruncie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - przez podmiot nieuprawniony.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Łodzi z dnia 29 czerwca 2018 r. sygn. akt XIII Ga 546/18 warunki udziału w postępowaniu, nieprawdziwe informacje, self-cleaning

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Olsztynie z dnia 2 lipca 2018 r., sygn. akt V Ca 208/18 art. 24 ust. 5 pkt 8 naruszenie obowiązków podatkowych

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 9/2018

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2018 – 30.09.2018

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	101 108	18 334	119 442
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	61	143	204
O udzieleniu zamówienia	91 465	19 803	111 268
O konkursie	64	24	88
O wynikach konkursu	61	138	199
O zmianie ogłoszenia	34 025	13 836*	47 861
O zamiarze zawarcia umowy	2 601	600	3 201
O zmianie umowy	2 473	301	2 774
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	565	565
O profilu nabywcy	-	18	18
Razem	231 858	53 762	285 620
Koncesje			
O koncesji	8	6	14
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	4	0	4
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	0	0	0
O zawarciu umowy koncesji	9	2	11
O zmianie umowy koncesji	0	5	5
Razem	21	13	34

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	50,63%	9,77%	44,36%
Dostawy	28,52%	53,41%	32,34%
Usługi	20,85%	36,82%	23,30%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,44%	99,34%	99,42%
Przetarg ograniczony	0,20%	0,25%	0,21%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,17%	0,06%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,22%	0,05%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,30%	-	0,25%

Kryteria oceny ofert – BZP

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	21%	11%	9%
Cena i inne kryteria	98%	79%	89%	91%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	12%	26%	24%	24%
Cena i inne kryteria	88%	74%	76%	76%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	447	0,87%
Dostawy	84	0,29%
Usługi	94	0,45%
Razem	625	0,62%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	70	0,14%
Dostawy	59	0,20%
Usługi	131	0,62%
Razem	260	0,26%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	3 093	6,04%
Dostawy	1 254	4,35%
Usługi	1 024	4,86%
Razem	5 371	5,31%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	48 022	93,82%
Dostawy	22 163	76,86%
Usługi	17 395	82,50%
Razem	87 580	86,62%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	59	0,12%
Dostawy	64	0,22%
Usługi	47	0,22%
Razem	170	0,17%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	42,92%	8,34%	36,76%
Dostawy	31,67%	47,83%	34,55%
Usługi	25,41%	43,83%	28,69%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	91,36%	90,15%	91,15%
Przetarg ograniczony	0,28%	2,33%	0,64%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,91%	0,18%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,10%	6,49%*	1,23%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,11%	0,04%
Wolna ręka	7,02%	-	5,77%
Zapytanie o cenę	0,92%	-	0,76%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,01%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,27%	-	0,22%

* - w tym wolna ręka

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	2,45	1,47
Dostawy	2,06	1,35
Usługi	2,37	1,41
Średnio	2,23	1,40

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,27%
Administracja rządowa terenowa	2,69%
Administracja samorządowa	42,55%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	6,29%
Podmiot prawa publicznego	13,22%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,11%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	2,53%
Inny	30,34%

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

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	19,79%	27,65%	52,56%
Administracja rządowa terenowa	22,12%	41,37%	36,50%
Administracja samorządowa	57,11%	14,84%	28,04%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	45,70%	30,32%	23,98%
Podmiot prawa publicznego	13,72%	59,90%	26,39%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	45,08%	39,34%	15,57%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	20,49%	32,56%	46,95%
Inny	20,30%	52,08%	27,62%

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

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	87,84	0,24	0,00	0,08	0,16	10,10	1,51	0,00	0,08
Administracja rządowa terenowa	83,77	3,16	0,00	0,04	0,00	10,12	2,01	0,00	0,90
Administracja samorządowa	92,47	0,13	0,01	0,04	0,02	6,46	0,43	0,00	0,44
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	92,07	0,16	0,01	0,03	0,03	6,30	1,32	0,00	0,09
Podmiot prawa publicznego	90,10	0,19	0,04	0,14	0,06	8,73	0,71	0,00	0,03
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	92,62	0,00	0,00	0,00	0,00	6,56	0,82	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	93,81	0,00	0,00	0,00	0,00	6,19	0,00	0,00	0,00
Inny	90,64	0,33	0,06	0,20	0,01	7,07	1,60	0,00	0,08

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	1	1 x usługi	1 105 796 EUR
Belgia	3	3 x usługi	15 400 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Bułgaria	1	1 x usługi	32 382 EUR
Czechy	14	6 x dostawy 8 x usługi	208 550 240 EUR w części ogłoszeń brak danych
Dania	1	1 x dostawy	940 216 EUR
Estonia	2	2 x usługi	60 900 EUR
Finlandia	1	1 x dostawy	362 381 EUR
Francja	1	1 x dostawy	898 000 EUR
Grecja	1	1 x dostawy	4 750 EUR
Irlandia	3	1 x dostawy 2 x usługi	2 547 133 EUR
Litwa	4	3 x dostawy 1 x usługi	23 927 407 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	6 500 000 EUR
Łotwa	1	1 x dostawy	239 043 EUR
Niemcy	6	2 x roboty budowlane 3 x dostawy 1 x usługi	1 603 404 EUR w części ogłoszeń brak danych
Rumunia	1	1 x dostawy	27 391 EUR
Słowacja	4	1 x roboty budowlane 3 x dostawy	106 522 000 EUR w części ogłoszeń brak danych
Szwecja	5	3 x dostawy 2 x usługi	4 121 852 EUR
Węgry	7	5 x dostawy 2 x usługi	10 338 090 EUR
Włochy	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 834 376 EUR w części ogłoszeń brak danych
Razem	59	3 x roboty budowlane 31 x dostawy 25 x usługi	385 015 361 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]						Razem			
	roboty budowlane		dostawy		usługi				konkurs	
Austria	3	709 447 870	7	60 613 729	1	4 642 300			11	774 703 899
Belgia			34	15 075 651	1	3 004 616			35	18 080 267
Brazylia			1	4 147 079					1	4 147 079
Bułgaria			6	13 187 901					6	13 187 901
Chiny	1	229 710 642							1	229 710 642
Czechy	1	148 650 628	44	110 892 022	13	66 663 906			58	326 206 556
Cypr			2	57 085 500					2	57 085 500
Finlandia			1	18 327 000					1	18 327 000
Francja	1	5 049 729 000	14	24 855 929	16	92 212 262			31	5 166 797 191
Hiszpania	6	647 513 687	5	56 356 507	5	77 391 068			16	781 261 262
Holandia	1	31 705 178	13	67 225 852	3	9 331 632			17	108 262 661
Irlandia			99	16 694 888	3	1 416 256			102	18 111 144
Izrael			1	3 376 061					1	3 376 061
Kazachstan			1	6 539 035					1	6 539 035
Lichtenstein			1	b.d.					1	b.d.
Litwa	1	64 013 198	3	2 689 621	1	6 721 419			5	73 424 238
Luksemburg					1	62 519 650			1	62 519 650
Niemcy	2	91 646 641	57	118 659 998	12	99 516 569			71	309 823 209
Norwegia			1	2 490 000	1	13 100 000			2	15 590 000
Rosja			1	39 396 952					1	39 396 952
Rumunia			1	167 133 000					1	167 133 000
Słowacja			4	27 100 207	1	1 740 000			5	28 840 207
Słowenia			1	13 145 175					1	13 145 175
Szwajcaria			37	54 129 834	4	4 425 028			41	58 554 862
Szwecja			21	136 947 502					21	136 947 502
Tajlandia			1	2 900 000					1	2 900 000
Turcja			2	206 189 793					2	206 189 793
USA			3	2 947 548	6	17 361 335			9	20 308 883
Węgry	1	82 984 781	2	1 220 728	2	3 009 810			5	87 215 319
Wielka Brytania			120	74 845 608	14	133 596 078			134	208 441 685
Włochy			7	1 040 883 745	5	28 732 393			12	1 069 616 138
Razem	17	7 055 401 624	490	2 345 056 864	89	625 384 323	0	0	596	10 025 842 811

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	319	
Zakończone	321	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	155	48%
Nie stwierdzono naruszeń	88	28%
Stwierdzono naruszenia	78	24%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	2	3%
zalecenie usunięcia naruszeń	9	11%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	67	86%

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	25	
Zakończone	27	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	1	4%
Brak naruszeń	1	4%
Stwierdzono naruszenia	25	92%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	0	-

Kontrole doraźne zawiadomień

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

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	4	
Zakończone	4	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	4	100%
w tym:		
uchybień formalne	4	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	3	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	192	
Zakończone	287	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	25	9%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 963	
Rozpatrzono ogółem	1 957	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	156	8%
Odrzucone	40	2%
Umorzone postępowanie	391	20%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	336	17%
Oddalone	590	30%
Uwzględnione	444	23%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2018 r.	2017 r.
Roboty budowlane	22%	25%
Dostawy	36%	36%
Usługi	42%	39%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2018 r.	2017 r.
Liczba wniesionych skarg	128	130
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	6%	6%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Orzeł Izabela Fundowicz
Wojciech Michalski Katarzyna Furgalska
Karol Kacprzak
pod kierunkiem Anity Wichniak-Olczak

KONTAKT:

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