INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 1/2019

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 - REGULACJE PRAWNE, INTERPRETACJE 3
Obowiązek e-faktur w zamówieniach publicznych ... 3
Ustawa o dokumentach publicznych ... 3
Dopuszczalność „skanu oferty" w postępowaniu o zamówienie publiczne ... 5
Możliwość zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w świetle ustawy Pzp ... 9
INFORMACJE 9
Podpisy kwalifikowane, które złożono przy wykorzystaniu algorytmu SHA-1 pozostają ważne ... 9
Elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD ... 9
Eafip – inicjatywa Komisji Europejskiej w zakresie zamówień publicznych na innowacje ... 10
Ostatnia runda konsultacji dotyczących nowych e-formularzy ogłoszeń w sprawie zamówień publicznych ... 10
Odstąpienie od umowy na budowę Platformy e-Zamówienia ... 11
Ankieta dla wykonawców ... 11
DZIAŁANIA EDUKACYJNE 11
Nowa era zamówień publicznych - praktyka i perspektywy ... 11
Warsztaty dotyczące narzędzi typu BIM ... 12
HACKATHON – projekt ustawy Pzp doskonalony przez praktyków ... 12
Nowa ustawa Pzp - regulacje ważne dla wykonawców ... 13
Nowy wymiar zamówień publicznych ... 13
Wpływ społeczny zamówień publicznych ... 14
PRAWO EUROPEJSKIE ... 15
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE ... 15
OPINIE PRAWNE ... 29
Sposób obliczania terminu do składania ofert ... 29
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ... 31
Przesłanka odrzucenia oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – przykłady naruszeń stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu ... 31

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 44
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych 44
ANALIZY SYSTEMOWE 64
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2019 – 31.03.2019 64

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH - REGULACJE PRAWNE, INTERPRETACJE

Obowiązek e-faktur w zamówieniach publicznych

18 kwietnia 2019 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. poz. 2191), które nakładają na zamawiającego obowiązek odbierania faktur elektronicznych za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania, jeżeli wykonawca wysłał ustrukturyzowaną fakturę za pośrednictwem tej platformy.

Obowiązek odbierania przez zamawiających ustrukturyzowanych faktur elektronicznych dotyczy:

- od 18 kwietnia 2019 r. – zamówień publicznych o wartości równej lub powyżej 30 000 euro;
- od 1 sierpnia 2019 r. – zamówień publicznych o wartości mniejszej niż 30 000 euro.

Obowiązek odbierania przez zamawiających ustrukturyzowanych faktur elektronicznych za pośrednictwem platformy nie będzie miał zastosowania do:

- zamówień publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 5 i 5b oraz art. 4b ust. 1 pkt 1-3, 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- umów koncesji, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
- postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, postępowań o zawarcie umowy koncesji, wszczętych przed dniem 18 kwietnia 2019 r. i do umów zawartych w wyniku takich postępowań.

Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oddało do użytku **Platformę Elektronicznego Fakturowania (PEF)** - centralną platformę do odbierania i wysyłania ustrukturyzowanych faktur elektronicznych i innych dokumentów pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami zamówień publicznych.

Platforma Elektronicznego Fakturowania dostępna jest pod adresem https://efaktura.gov.pl/

Szczegółowe informacje we wcześniejszym komunikacie UZP.

Ustawa o dokumentach publicznych

W Dzienniku Ustaw RP została ogłoszona ustawa z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 53).

Przedmiotowa ustawa przewiduje zmianę ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) w zakresie art. 4 określającego wyłączenia stosowania ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 64 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych w ustawie Pzp wprowadza się następujące zmiany:
1) w art. 4 pkt 5c otrzymuje brzmienie:
„5c) zamówień dotyczących wytwarzania:
a) blankietów dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 53), oraz ich personalizacji lub indywidualizacji,
b) znaków akcyzy,
c) znaków legalizacyjnych i nalepek kontrolnych, o których mowa w ustawie z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2018 r. poz. 1990, 2244 i 2322 oraz z 2019 r. poz. 53),
d) kart do głosowania, o których mowa w art. 40 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2018 r. poz. 754, 1000 i 1349) oraz w art. 20 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz. U. z 2015 r. poz. 318 oraz z 2017 r. poz. 850 i 1579),
e) znaków holograficznych umieszczanych na zaświadczeniach o prawie do głosowania, o których mowa w art. 32 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy,
f) układu mikroprocesorowego z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemów i baz informatycznych niezbędnych do zastosowania dokumentów publicznych, o których mowa w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych, zawierających warstwę elektroniczną, zgodnie z ich przeznaczeniem;";
2) uchyla się art. 4aa.

Większość przepisów ustawy z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych, w tym art. 64 zmieniający ustawę Pzp, wchodzi w życie z dniem 12 lipca 2019 r.

Ponadto zgodnie z przepisem przejściowym (art. 75 ustawy o dokumentach publicznych), wszczęte i niezakończone przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy postępowania o zamówienie dokumentów publicznych i ich personalizację oraz druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 4aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, są prowadzone na podstawie przepisów dotychczasowych.

Jednocześnie uprzejmie informujemy, że:

- tekst ustawy został udostępniony na stronach Dziennika Ustaw:

http://www.dziennikustaw.gov.pl/DU/2019/53/1

- uzasadnienie do projektu tej ustawy jest dostępne na stronach Sejmu RP:

http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2153

Dopuszczalność „skanu oferty" w postępowaniu o zamówienie publiczne

Niniejsza opinia uwzględnia stanowiska Ministerstwa Cyfryzacji i Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji uzyskane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020, 1579 i 1920) wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r. poz. 53), zwanej dalej: „ustawą Pzp" (art. 10a – art. 10g) obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek ten obejmuje w szczególności składanie przez wykonawców ofert w postaci elektronicznej. W myśl 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Rozporządzenie 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 (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej" (1) posługuje się pojęciami dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentów, ponadto (2) w § 5 ust. 2 stanowi, że opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę (…) jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Na gruncie powyższych regulacji uwidocznił się problem dotyczący dopuszczalności złożenia oferty pierwotnie sporządzonej w postaci papierowej, następnie przekształconej do postaci elektronicznej oraz, po przekształceniu, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (tzw. „skan oferty").

2. Dokument elektroniczny

Pojęcie dokumentu elektronicznego, którym posługuje się rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy Pzp, dlatego konieczne jest odwołanie się do innych regulacji wyjaśniających znaczenie przedmiotowego pojęcia.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, zwane dalej „eIDAS", w art. 3 pkt 35 definiuje dokument elektroniczny jako każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Rozporządzenie eIDAS nie różnicuje dokumentu ze względu na sposób jego sporządzenia. Upraszczając, każda treść w postaci elektronicznej jest w świetle eIDAS – dokumentem

elektronicznym. Tym samym, skan oferty (zawierający treść oferty) mieści się w definicji dokumentu elektronicznego w rozumieniu eIDAS.

Dokument elektroniczny został także zdefiniowany w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o informatyzacji", który wskazuje, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Definicja ta ma bezpośrednie zastosowanie w systemie zamówień publicznych, gdyż rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej wprost do niej odsyła. W § 4 ww. rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca nałożył obowiązek sporządzania w tym postępowaniu dokumentów elektronicznych w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy o informatyzacji. Oznacza to, że w celu zachowania spójności i uniknięcia rozbieżności interpretacyjnych konieczne jest dokonywanie wykładni pojęcia dokumentu elektronicznego w sposób wskazany w ustawie o informatyzacji, również w systemie zamówień publicznych. Odnosząc powyższe do oferty, stwierdzić należy, że zostanie ona uznana za dokument elektroniczny, w przypadku gdy jej treść stanowić będzie odrębną całość znaczeniową, zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Zaznaczyć należy, iż nie jest istotny sposób w jaki powyższe wymagania zostaną spełnione (tj. czy dokument zostanie wygenerowany wyłącznie w programie komputerowym, czy też będzie odwzorowaniem dokumentu występującego w postaci papierowej). Oznacza to, że ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny. Jak wskazuje Ministerstwo Cyfryzacji, skan oferty pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej stanowi bowiem zbiór danych w postaci cyfrowej, który jest jej graficznym odwzorowaniem. Jednocześnie zbiór ten jest uporządkowanym zbiorem w określonej strukturze wewnętrznej, zgodnej ze standardem zastosowanego formatu jego zapisu. Stanowi on również odrębną całość znaczeniową przedstawiającą w formie graficznej zawarte w nim informacje. Dodać również należy, iż każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. PDF, JPG, DOCX odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji. Jednakże podkreślić wyraźnie należy, iż oferta w formie dokumentu elektronicznego, niezależnie od sposobu wytworzenia tego dokumentu elektronicznego, musi zostać opatrzona pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią.

3. Elektroniczna kopia dokumentu a dokument elektroniczny

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie pojęć: dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentu. Pierwsze z tych pojęć ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o informatyzacji. Drugie z nich, ma charakter funkcjonalny, i nabiera znaczenia dopiero w ściśle określonym kontekście. Od

strony technicznej, elektroniczna kopia dokumentu spełniająca przesłanki określone w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji, również stanowi dokument elektroniczny.

Istotą dokumentów elektronicznych jest to, że stanowią one zbiory danych w postaci cyfrowej, które posiadają tę właściwość, iż na skutek ich powielenia powstaje nowy zbiór identycznych danych tożsamych z kopiowanym dokumentem. Inaczej ujmując, skopiowanie pliku powoduje, że powstaje nowy identyczny plik. Natomiast elektroniczna kopia dokumentu papierowego, stanowi graficzne odwzorowanie dokumentu papierowego. Dlatego też mówiąc o elektronicznej kopii dokumentu zasadniczo będzie to oznaczało graficzne odwzorowanie dokumentu pierwotnie sporządzonego w postaci papierowej.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Dla zobrazowania powyższego mogą posłużyć następujące dokumenty elektroniczne: skan referencji posiadanych przez wykonawcę oraz „skan oferty". Skan referencji, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji. Opatrzenie tego zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan) w kopii elektronicznej jest tożsame z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest także okoliczność, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując powielenia elektronicznego i opatrując to powielenie (skan) podpisem – wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem. To o takich sytuacjach faktycznych stanowi, przepis § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, który nie określa w jakich okolicznościach występuje w obrocie kopia dokumentu elektronicznego. Oznacza on jedynie, że jeżeli dany dokument elektroniczny funkcjonalnie będzie kopią (np.: skanem referencji) to opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem tego dokumentu elektronicznego (tutaj: tej elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia) za zgodność z oryginałem.

Odnosząc powyższe do kwestii oferty należy mieć na względzie okoliczność, że stanowi ona oświadczenie woli. Zgodnie z art. 65 § 1 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W perspektywie funkcjonalnej znaczenie będzie miało uwzględnienie kontekstu w jakim dochodzi do złożenia tego oświadczenia. Opatrując dokument elektroniczny kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych to jest złożenia oferty. Zatem w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób

dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. W takich okolicznościach bez znaczenia będzie uprzednie opatrzenie oferty sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem.

Z perspektywy „technicznej", zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Tym samym ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym a oferta przekazana zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 61 § 2 KC).

4. Wnioski

1. **Ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny.**
2. **Nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. W każdym przypadku należy brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu.**
3. **W przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty.**
4. **Ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.**

Możliwość zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w świetle ustawy Pzp

W Repozytorium wiedzy/Interpretacje przepisów udostępnione zostało stanowisko UZP dotyczące możliwości zmiany umowy na sprzedaż energii elektrycznej lub umowy kompleksowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zapraszamy do zapoznania się z jego treścią.

INFORMACJE

Podpisy kwalifikowane, które złożono przy wykorzystaniu algorytmu SHA-1 pozostają ważne

15 lutego 2019 r. na stronie internetowej Ministerstwa Cyfryzacji ukazał się komunikat dotyczący możliwości stosowania algorytmu funkcji skrótu SHA-1 w podpisach kwalifikowanych.

Z treści komunikatu Ministerstwa Cyfryzacji wynika, że podpisy kwalifikowane, które złożono z użyciem ważnych certyfikatów i przy wykorzystaniu algorytmu SHA-1 pozostają ważne. W ocenie Ministerstwa Cyfryzacji, do czasu formalnego wycofania przez Europejski Instytut Standardów Technicznych (ETSI) algorytm SHA-1 spełnia wymogi dla walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych z art. 32 eIDAS.

W konsekwencji w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednolite europejskie dokumenty zamówienia oraz oświadczenia i dokumenty występujące w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym z zastosowaniem algorytm SHA-1, są dokumentami prawidłowo podpisanymi w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z tego tylko powodu, że została opatrzona podpisem kwalifikowanym, w którym zastosowano algorytm funkcji skrótu SHA-1.

Elektroniczne narzędzie do wypełniania JEDZ/ESPD

Komisja Europejska zamknęła w kwietniu br. elektroniczny serwis ESPD/JEDZ.

W związku z tym Urząd Zamówień Publicznych przygotował za pośrednictwem swojej strony internetowej nieodpłatne narzędzie wspierające zamawiających i wykonawców w stosowaniu standardowego formularza JEDZ w wersji elektronicznej.

Narzędzie zbudowane jest z komponentów oferowanych przez Komisję Europejską i tym samym posiada podobne funkcjonalności. Zamawiający i Wykonawcy mogą utworzyć nowy formularz JEDZ, ponownie wykorzystać formularz wygenerowany w udostępnianym narzędziu

lub serwisie Komisji Europejskiej oraz przeglądać elektroniczną wersję JEDZ przekazaną wraz z ofertą albo wnioskiem.

Wszelkie uwagi związane z funkcjonalnościami prosimy zgłaszać na adres mailowy **JEDZ@uzp.gov.pl**

link do narzędzia: **http://espd.uzp.gov.pl**

Eafip – inicjatywa Komisji Europejskiej w zakresie zamówień publicznych na innowacje

Eafip (ang. European Assistance for Innovation Procurement) – inicjatywa Komisji Europejskiej w zakresie zamówień publicznych na innowacje – oferuje zamawiającym z państw członkowskich UE bezpłatne wsparcie we wdrażaniu zamówień przedkomercyjnych (PCP) i zamówień publicznych na innowacyjne rozwiązania (PPI).

Komisja Europejska zaprasza do ubiegania się o bezpłatne wsparcie w realizacji bieżących i/lub przyszłych zamówień publicznych na innowacje w zakresie rozwiązań ICT w różnych sektorach (np. usługi zdrowotne i społeczne, administracja publiczna/ e-government, transport publiczny, budownictwo, energia, środowisko, woda, porządek publiczny, bezpieczeństwo, ochrona, obrona, sektor pocztowy, edukacja, rekreacja, kultura i projektowanie).

Zainteresowani zamawiający (lokalni, regionalni, centralni, sektorowi) mogą składać swoje wnioski, wypełniając kwestionariusz pod adresem:
https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/EAFIP2019.

W bieżącym roku co najmniej 3 nowe zamówienia publiczne na innowacje w obszarze ICT zostaną wybrane i objęte wskazanym wsparciem technicznym i/lub prawnym, które będzie świadczone lokalnie. Priorytetowo traktowane będą zamówienia na innowacje w zakresie rozwiązań ICT o dużym wpływie, w obszarach takich jak blockchain, sztuczna inteligencja i cyberbezpieczeństwo. W ramach EAFIP można również ubiegać się o wsparcie zamówień publicznych na innowacje, w tym zamówień przedkomercyjnych, realizowanych w ramach krajowych strategii cyfrowych/ ICT.

W okresie 2019-2020 na stronie **www.eafip.eu** regularnie będą się pojawiać kolejne zaproszenia do ubiegania się o wskazane wsparcie.

Ostatnia runda konsultacji dotyczących nowych e-formularzy ogłoszeń w sprawie zamówień publicznych

Komisja Europejska przeprowadziła trzeci, ostatni etap konsultacji dotyczących nowych e-formularzy ogłoszeń w sprawie zamówień publicznych. Przedmiotem konsultacji był projekt rozporządzenia wykonawczego ustanawiającego standardowe formularze ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego Rozporządzenie wykonawcze nr 2015/1986.

Odstąpienie od umowy na budowę Platformy e-Zamówienia

W dniu 11 marca 2019 r. zostało złożone oświadczenie o odstąpieniu w całości od Umowy na zaprojektowanie i wdrożenie Platformy e-Zamówienia, zawartej 6 kwietnia 2018 r. z DXC TECHNOLOGY Polska Sp. z o.o. (dawniej: ENTERPRISE SERVICES Polska Sp. z o.o.), z powodu zwłoki Wykonawcy w realizacji umowy.

Informując o powyższym, przypominamy, że pozostaje do Państwa dyspozycji udostępniony przez UZP i MC miniPortal, umożliwiający komunikację elektroniczną między zamawiającym i wykonawcami.

Jednocześnie zapewniamy, że Urząd będzie kontynuował prace związane z elektronizacją zamówień publicznych.

Ankieta dla wykonawców

Na stronie internetowej UZP udostępniona została ankieta dla wykonawców, której celem jest zidentyfikowanie przyczyn niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych.

Zapraszamy do podzielenia się swoją opinią i doświadczeniem oraz oczekiwaniami poprzez wypełnienie **ankiety**.

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

Nowa era zamówień publicznych - praktyka i perspektywy

„Nowa era zamówień publicznych – praktyka i perspektywy" to temat wydarzenia zorganizowanego przez Urząd Zamówień Publicznych podczas V Europejskiego Kongresu Samorządów 8.04.2019 r. w Krakowie.

Eksperci z Urzędu Zamówień Publicznych wygłosili prelekcje dotyczące: *Praktyki udzielania zamówień publicznych z uwzględnieniem najczęściej identyfikowanych nieprawidłowości* - Katarzyna Tyc-Okońska, Zastępca Dyrektora Departamentu Kontroli Zamówień Publicznych; *Elektronizacji zamówień publicznych* - Krzysztof Fijołek, Dyrektor Biura Organizacyjno-Finansowego; *Wiodących regulacji nowego Prawa zamówień publicznych* - Bogdan Artymowicz, Dyrektor Departamentu Prawnego.

Podczas panelu dyskusyjnego, którego uczestnikami byli Prezes UZP Hubert Nowak, pełnomocnik zarządu Związku Miast Polskich ds. legislacyjnych Marek Wójcik, dr Marcin Smaga z Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz radny powiatu bocheńskiego Ludwik Węgrzyn, rozważano zagadnienia związane z przyszłością zamówień publicznych w kontekście postrzegania zamówienia publicznego jako procesu od zaplanowania do zrealizowania zamówienia, pozwalającego na uzyskanie optymalnych korzyści przy minimalnych kosztach, wysokiej jakości produktów i usług, ich innowacyjności i ekologii. Dyskutowano też o korzyściach wynikających z elektronizacji zamówień oraz

z rozwiązań zaproponowanych w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Całość moderował redaktor Sławomir Wikariak z Dziennika Gazety Prawnej. Panel dyskusyjny cieszył się ogromnym zainteresowaniem ze strony uczestników Kongresu, podobnie jak publikacje udostępnione przez Urząd na stoisku eksperckim.

Warsztaty dotyczące narzędzi typu BIM

19 marca 2019 r. w Urzędzie Zamówień Publicznych odbyło się spotkanie warsztatowe, którego celem było wprowadzenie do tematyki stosowania narzędzi modelowania danych budowlanych, tzw. narzędzi typu BIM, w inwestycjach finansowanych ze środków publicznych. Spotkanie skierowane było do podmiotów, które ze względu na zakres kompetencji bądź też charakter prowadzonej działalności zaliczają się do grona interesariuszy, których udział w dyskusji na temat ewentualnego wykorzystania tego typu narzędzi w publicznych inwestycjach budowlanych jest pożądany (m.in. Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwo Infrastruktury, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, spółki Grupy PKP). Na zakończenie spotkania Prezes UZP zapowiedział kontynuację tematyki w ramach kolejnego wydarzenia, którym będzie spotkanie o charakterze Hyde Parku pozwalające na zabranie głosu szerokiemu gronu interesariuszy aktywnych w obszarze tej tematyki.

HACKATHON – projekt ustawy Pzp doskonalony przez praktyków

W sobotę 16 lutego 2019 r. praktycy, eksperci, a jednocześnie pasjonaci zamówień publicznych spotkali się, aby szukać najlepszych rozwiązań i podzielić się pomysłami odnośnie projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prekursorskie przedsięwzięcie zorganizował Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii. Pani Jadwiga Emilewicz Minister Przedsiębiorczości i Technologii wraz z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych Panem Hubertem Nowakiem otworzyli „maraton Pzp", przypominając krótko drogę do obecnego etapu projektu ustawy, wskazując na jego cele i życząc owocnej pracy.

Uczestnicy spotkania w liczbie stu osób podzieleni na dziesięć zespołów „mieszanych" (zamawiający klasyczni i sektorowi, wykonawcy, izby branżowe) przez kilka godzin dyskutowali, dzielili się pomysłami i ustalali wspólne wnioski - projekty ulepszeń. Do ich dyspozycji pozostawali cały czas aktywni i pomocni eksperci Urzędu Zamówień Publicznych. W popołudniowo-wieczornej części spotkania zespoły prezentowały swoje projekty na forum. Prezentacjom towarzyszyła żywa dyskusja i ciekawa wymiana opinii.

Prezes Hubert Nowak zadeklarował, że bardzo mu się podobały zgłoszone propozycje merytoryczne uczestników hackathonu oraz że wszystkie zostaną przeanalizowane i w miarę możliwości wykorzystane w procesie legislacyjnym.

Propozycje zgłoszone przez uczestników hackathonu - materiał roboczy

Nowa ustawa Pzp - regulacje ważne dla wykonawców

27.02.2019 r. podczas Forum Zamówień Publicznych dla Wykonawców, zorganizowanego przez Przetargi Publiczne w Otwocku, Prezes UZP Hubert Nowak mówił o zmianach przyjaznych dla wykonawców, przewidzianych w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem zmian jest ułatwienie przedsiębiorcom udziału w rynku zamówień publicznych poprzez m.in. uproszczenia proceduralne i wprowadzenie nowych rozwiązań uwzględniających w większym stopniu perspektywę wykonawców w postępowaniach.

Z myślą o przedsiębiorcach proponuje się w nowej ustawie zapisy mające na celu równoważenie stron umów w sprawach zamówień publicznych. Proponuje się, aby umowy podlegały ewaluacji w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dla przedsiębiorców istotne będą też uproszczenia proceduralne proponowane w projekcie ustawy. Do przepisów regulujących udzielanie zamówień wprowadza się nową ważną zasadę efektywności ekonomicznej. Większy nacisk będzie położony na planowanie i przygotowanie postępowania.

Przedsiębiorcy zostali zapoznani także z zagadnieniami dotyczącymi środków ochrony prawnej oraz nowym rozwiązaniem, polegającym na wprowadzeniu procedury koncyliacyjnej do procesu rozwiązywania sporów zamówieniowych.

Zmiany proponowane w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych są efektem założeń polityki zakupowej państwa i realizują jej cele. Powinny one wpłynąć na poprawę kondycji wykonawców w procesie realizacji publicznych kontraktów.

Nowy wymiar zamówień publicznych

Zmiany planowane i wprowadzane w związku z cyfryzacją procesu udzielania zamówień publicznych zaprezentował na IX Konferencji Computerworld Państwo 2.0 w dniu 28.02.2019 r. Prezes UZP Hubert Nowak.

Wskazał, że elektronizacja zamówień publicznych jest integralną częścią realizowanego programu informatyzacji państwa. Przedstawił propozycje zawarte w projekcie ustawy, których celem jest zwiększenie efektywności, konkurencyjności, innowacyjności zamówień publicznych przy możliwie prostych procedurach i cyfryzacji procesu udzielania zamówień.

Prelegent podkreślił korzyści płynące z elektronizacji i związanego z nią wystandaryzowania usług w procesie udzielania zamówienia. Zaprezentował też proponowane w projekcie ustawy Pzp nowe rozwiązania, które akcentują kwestie planowania i przygotowania postępowania, wprowadzają nową zasadę efektywności ekonomicznej, co z kolei powinno przełożyć się na najlepszy stosunek nakładów do efektów (w tym społecznych, środowiskowych czy gospodarczych) uzyskiwanych w postępowaniach.

Przedstawione zostały propozycje nowych regulacji ważnych z perspektywy przedsiębiorców dotyczące zrównoważenia stron umów w sprawach zamówień publicznych, dzięki czemu ryzyka wiązane z realizacją zamówienia będą właściwie rozłożone. Możliwa też będzie w uzasadnionych okolicznościach ewaluacja umów w sprawach zamówień publicznych.

W ramach środków ochrony prawnej przysługujących stronom postępowania proponuje się dodatkowe rozwiązanie – procedurę koncyliacyjną.

Projekt nowego Prawa zamówień publicznych wpisuje się w strategie państwa w zakresie informatyzacji, polityki zakupowej, a także pobudzania przedsiębiorczości i innowacyjności oraz osiągania celów społecznych i środowiskowych w zamówieniach publicznych.

Wpływ społeczny zamówień publicznych

14 marca br. w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju odbyła się konferencja mająca na celu upowszechnienie stosowania społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych. Wydarzenie zorganizowano w ramach wspólnej inicjatywy Agencji Wykonawczej ds. Małych i Średnich Przedsiębiorstw (EASME) oraz Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego, Przemysłu, Przedsiębiorczości i MŚP (DG GROW) w Komisji Europejskiej przy udziale organizacji rozwoju lokalnego i ekonomii społecznej. Konferencja w Warszawie była jednym z 15 zaplanowanych w ramach projektu pn. „Buying for Social Impact" wydarzeń, realizowanych w 15 krajach członkowskich UE.

W konferencji, obok przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych, udział wzięli reprezentanci Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii, Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, przedstawiciele samorządów, organizacji pozarządowych, podmiotów ekonomii społecznej i inni.

Podczas spotkania podkreślano wagę społecznych zamówień publicznych jako narzędzia, które w istotny sposób może przyczynić się do realizacji celów polityki społecznej. Aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp dają możliwość uwzględniania aspektów społecznych na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konferencja była zatem próbą odpowiedzi na pytanie jakie działania należy podjąć w celu zwiększenia stopnia stosowania aktualnych rozwiązań. Jedną z istotnych kwestii jest upowszechnianie wiedzy wśród zamawiających, nie tylko w odniesieniu do przepisów prawnych, ale przede wszystkim w zakresie korzyści społecznych płynących z tego rodzaju zamówień publicznych. Z drugiej strony za kluczowe uznano podjęcie działań mających na celu odpowiednie przygotowanie adresatów tych instrumentów tj. wykonawców realizujących społeczne zamówienia publiczne - w tym w szczególności podmioty ekonomii społecznej - do skutecznego ubiegania się o takie zamówienie oraz efektywnej jego realizacji, tak aby w przyszłości byli oni w stanie z sukcesem funkcjonować na konkurencyjnym rynku.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 14 lutego 2019 r. w sprawie **C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco**

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze – Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuły 1 i 2c – Odwołania od decyzji o dopuszczeniu lub wykluczeniu oferenta – Termin do wniesienia środka zaskarżenia – Termin zawity 30 dni – Przepisy krajowe wyłączające możliwość podniesienia zarzutu niezgodności z prawem decyzji dopuszczającej w ramach środka zaskarżenia aktów późniejszych – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznej ochrony sądowej

Przedmiotem sprawy **C-54/18** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego wykładni art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 3), zmienionej dyrektywą 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2014, L 94, s.1), art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz zasady równoważności i skuteczności.

Postępowanie główne

Consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo, międzygminny związek usług socjalnych w Pinerolo prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę opieki domowej. Decyzją z dnia 19 maja 2017 r. zamówienie zostało udzielone tymczasowemu konsorcjum przedsiębiorstw Cilte, Coesa i La Dua Valadda. Cooperativa Animazione Valdocca, inny wykonawca zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia zaskarżył decyzję zamawiającego do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Piemonte, regionalnego sądu administracyjnego w Piemoncie, podnosząc, że konsorcjum, któremu udzielono zamówienia, powinno było zostać wykluczone z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnianie warunków udziału.

Przepis art. 29 włoskiego kodeksu zamówień publicznych nakłada na zamawiających obowiązek publikacji na profilu nabywcy zawiadomienia o wynikach kwalifikacji podmiotowej wykonawców, tj. decyzji dotyczących wykluczenia wykonawców oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w terminie dwóch dni od jej dokonania. W tym samym terminie zamawiający ma obowiązek przekazać te informacje biorącym udział w postępowaniu wykonawcom. Z kolei na mocy art. 120 ust. 2-bis kodeksu postępowania administracyjnego decyzje zamawiającego dotyczące wykluczenia wykonawców oraz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu podlegają zaskarżeniu w terminie trzydziestu

dni liczonych od dnia publikacji stosownego zawiadomienia w tym przedmiocie na profilu nabywcy. Niewniesienie w tym terminie środka zaskarżenia na czynności zamawiającego w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców skutkuje niedopuszczalnością podnoszenia naruszeń, których zamawiający mógł się dopuścić na tym etapie, celem podważenia legalności kolejnych czynności zamawiającego w postępowaniu.

Jako że to odwołanie zostało wniesione po upływie trzydziestodniowego terminu liczonego od dnia opublikowania na profilu nabywcy oraz przekazania wykonawcom przez zamawiającego zawiadomienia o wynikach kwalifikacji podmiotowej, zgodnie z włoskimi regulacjami powinno zostać odrzucone jako wniesione po terminie. W tej sytuacji piemoncki TAR zdecydował się zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące zgodności regulacji krajowych w tym zakresie między innymi z przepisami dyrektywy 89/665/EWG.

Pytania prejudycjalne

1) **Czy przepisy prawa europejskiego dotyczące prawa do obrony, sprawiedliwego procesu i znacznej skuteczności ochrony, w szczególności art. 6 i 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy 89/665, stoją na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego takiemu jak art. 120 ust. 2a kodeksu postępowania administracyjnego, który nakłada na podmiot biorący udział w procedurze przetargowej obowiązek zaskarżenia dopuszczenia lub niewykluczenia innego podmiotu w terminie 30 dni od poinformowania o rozstrzygnięciu, w którym podejmuje się decyzję co do dopuszczenia lub wykluczenia uczestników?**
2) **Czy przepisy prawa europejskiego dotyczące prawa do obrony, sprawiedliwego procesu i znacznej skuteczności ochrony, w szczególności art. 6 i 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 47 karty oraz art. 1 ust. 1 i 2 dyrektywy 89/665, stoją na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego takiemu jak art. 120 ust. 2a kodeksu postępowania administracyjnego, który wyklucza możliwość podniesienia przez podmiot gospodarczy, po zakończeniu postępowania, także w ramach wzajemnego środka zaskarżenia, zarzutu niezgodności z prawem decyzji dopuszczenia innych podmiotów, w szczególności zwycięskiego oferenta lub skarżącego, bez uprzedniego zaskarżenia decyzji dopuszczenia we wskazanym wyżej terminie?**

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytania pierwszego

Odpowiadając na pytanie pierwsze Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 2c dyrektywy 89/665 państwa członkowskie mogą ustanowić terminy do wniesienia odwołań na decyzje instytucji zamawiającej wydane w toku procedury udzielania zamówienia wchodzącego w zakres zastosowania dyrektywy 2014/24. Terminy te nie powinny być krótsze niż minimalne terminy wskazane w ww. przepisie dyrektywy. Przepis dyrektywy precyzuje ponadto,

iż terminy te powinny być liczone - w zależności od zastosowanego środka komunikacji - od dnia następującego po dniu, w którym decyzja zamawiającego została wysłana oferentowi lub kandydatowi lub od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji instytucji zamawiającej. Ten sam przepis wskazuje także, że decyzja instytucji zamawiającej jest przekazywana każdemu oferentowi lub kandydatowi, wraz ze streszczeniem istotnych przyczyn.

Trybunał podkreślił także, że ustanowienie terminu zawitego do wniesienia środka odwoławczego pozwala zrealizować postulat szybkości postępowania, o którym mowa w dyrektywie 89/665, zobowiązując podmioty gospodarcze do niezwłocznego kwestionowania środków przygotowawczych lub decyzji tymczasowych podjętych w toku procedury udzielenia zamówienia. W ocenie Trybunału, ustalanie rozsądnych terminów do wniesienia środków zaskarżenia pod rygorem upływu terminu zawitego spełnia także wymóg skuteczności wynikający z dyrektywy 89/665, ponieważ stanowi zastosowanie fundamentalnej zasady pewności prawa. Trybunał przypomniał jednocześnie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem skuteczność kontroli sądowej gwarantowanej w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej wymaga, by zainteresowany miał możliwość zapoznania się z powodami decyzji wydanej w stosunku do niego, czy to poprzez lekturę samej decyzji, czy to dzięki poinformowaniu go o tych powodach na jego żądanie, co pozwoli mu na obronę swoich praw w najlepszych możliwych warunkach oraz na w pełni świadome podjęcie decyzji, czy celowe jest wniesienie sprawy do właściwego sądu, a sądowi w pełni umożliwi dokonanie kontroli zgodności z prawem danej decyzji krajowej

Z uwagi na powyższe, w ocenie Trybunału, prawo Unii Europejskiej nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, które przewidują, że środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia lub wykluczenia z udziału w procedurach udzielenia zamówienia publicznego należy wnosić – pod rygorem upływu terminu zawitego – w terminie 30 dni od dnia przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom, **pod warunkiem że przekazane w ten sposób decyzje zawierają streszczenie ich istotnych przyczyn, gwarantujące, że strony wiedziały lub powinny były wiedzieć o domniemanym naruszeniu prawa Unii.**

W przedmiocie pytania drugiego

Poprzez pytanie drugie sąd zamierzał ustalić, czy prawo Unii Europejskiej stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, które przewidują, że w sytuacji braku wniesienia środka odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia lub wykluczenia z udziału w procedurach udzielenia zamówienia publicznego w terminie 30 dni od przekazania tej decyzji zainteresowanym stronom wyłączona zostaje możliwość podniesienia zarzutu niezgodności z prawem przywołanych decyzji w ramach środka odwoławczego wniesionego przeciwko aktom późniejszym, w szczególności przeciwko decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego.

Odpowiadając na to pytanie Trybunał zauważył, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na

naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie procedury przetargowej, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtarzania całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń. Tym samym, przepisy krajowe przewidujące prekluzję nie są same w sobie sprzeczne z art. 2c dyrektywy 89/665. Niemniej jednak, nie można wykluczyć, że w przypadku szczególnych okoliczności lub z uwagi na niektóre ich aspekty stosowanie tych przepisów może naruszać uprawnienia przyznane jednostkom przez prawo Unii, a w szczególności prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, przewidziane w art. 47 karty. Trybunał przypomniał zatem, iż wykładni dyrektywy 89/665 należy dokonywać w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by przepisy prawa krajowego przewidujące prekluzję były stosowane w taki sposób, że odmawiają oferentowi możliwości wniesienia środka odwoławczego przeciwko decyzji niezgodnej z prawem, podczas gdy mógł on w istocie dowiedzieć się o niezgodności z prawem tej decyzji dopiero po upływie terminu zawitego.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że prawo Unii Europejskiej nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, które przewidują, że brak wniesienia środka odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia oferentów do udziału w procedurach udzielenia zamówienia publicznego w terminie zawitym 30 dni od przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom wyłącza możliwość podniesienia zarzutu niezgodności z prawem przywołanych decyzji w ramach środka odwoławczego wniesionego przeciwko aktom późniejszym, w szczególności przeciwko decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, **z zastrzeżeniem, że tego rodzaju termin zawity może obowiązywać zainteresowane strony wyłącznie wówczas, gdy strony te wiedziały lub powinny były się wiedzieć w wyniku przekazania rzeczonej decyzji o jej domniemanej niezgodności z prawem.**

Orzeczenie Trybunału

Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania zadane przez sąd odsyłający:

1) **Wykładni dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2014/23/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., a w szczególności jej art. 1 i 2c w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy dokonywać w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują, że środki odwoławcze od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia lub wykluczenia z udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych należy wnosić – pod rygorem upływu terminu zawitego – w terminie 30 dni od dnia przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom, pod warunkiem że przekazane w ten sposób decyzje zawierają streszczenie ich istotnych**

przyczyn, gwarantujące, że strony wiedziały lub powinny były wiedzieć o domniemanym naruszeniu prawa Unii.

2) **Wykładni dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2014/23, a w szczególności jej art. 1 i 2c w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej należy dokonywać w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które przewidują, że brak wniesienia środka odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających w przedmiocie dopuszczenia oferentów do udziału w procedurach udzielenia zamówienia publicznego w terminie zawitym 30 dni od przekazania tych decyzji zainteresowanym stronom wyłącza możliwość podniesienia zarzutu niezgodności z prawem przywołanych decyzji w ramach środka odwoławczego wniesionego przeciwko aktom późniejszym, w szczególności przeciwko decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem, że tego rodzaju termin zawity może obowiązywać zainteresowane strony wyłącznie wówczas, gdy strony te wiedziały lub powinny były się wiedzieć w wyniku przekazania rzeczonej decyzji o jej domniemanej niezgodności z prawem.**

2. Orzeczenie z dnia 28 lutego 2019 r. w sprawie **C-388/17 - SJ Konkurrensverket przeciwko SJ AB**

Odesłanie prejudycjalne – Procedury udzielania zamówień w sektorze transportu – Dyrektywa 2004/17/WE – Zakres stosowania – Artykuł 5 – Działalność obejmująca dostawy lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w dziedzinie transportu kolejowego – Udzielenie przez krajowe kolejowe przedsiębiorstwo publiczne świadczące usługi transportowe zamówienia dotyczącego umów na usługi sprzątania pociągów należących do tego przedsiębiorstwa – Brak publikacji uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu

Przedmiotem sprawy **C-388/17 - SJ** był wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego wykładni art. 5 ust. 1 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 (Dz.U. 2004, L 134, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 19).

Postępowanie główne

SJ jest spółką akcyjną świadczącą usługi transportu kolejowego, która należy w całości do szwedzkiego skarbu państwa. W styczniu 2012 r. spółka SJ zawarła dwie umowy o wartości odpowiednio 56 i 60 milinów SEK (koron szwedzkich) (około 5 502 306 i 5 895 328 EUR), w których udzieliła zamówienia na świadczenie usług sprzątania obsługiwanych przez nią pociągów, nie przeprowadziwszy uprzednio postępowania przetargowego w celu udzielenia wspomnianych zamówień.

W styczniu 2013 r. urząd ds. konkurencji wniósł skargę do Förvaltningsrätten i Stockholm (sądu administracyjnego w Sztokholmie, Szwecja), w której żądał nałożenia grzywny na spółkę

SJ, ponieważ uznał, że przedsiębiorstwo to miało obowiązek opublikowania ogłoszenia o zamówieniu przy udzielaniu zamówień publicznych z uwagi na to, że prowadziło działalność w zakresie dostawy lub obsługi sieci publicznych w obszarze transportu w rozumieniu rozdziału 1 § 8 *Ustawy w sprawie procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*. Spółka SJ, uznawszy, że jej działalność nie jest objęta zakresem stosowania wspomnianego § 8, wyraziła sprzeciw wobec żądań urzędu ds. konkurencji. Sąd, przed którym zawisł spór, przychylił się do argumentacji spółki SJ. Odwołanie wniesione przez urząd ds. konkurencji do Kammarrätten i Stockholm (administracyjnego sądu apelacyjnego w Sztokholmie, Szwecja) również zostało oddalone. Urząd ds. konkurencji wniósł skargę kasacyjną od tego wyroku do Högsta förvaltningsdomstolen (naczelnego sądu administracyjnego, Szwecja) i zwrócił się do tego sądu o złożenie wniosku do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Pytania prejudycjalne

1. **Czy art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że istnienie sieci w obszarze usług transportowych stwierdza się, gdy usługi transportowe w zarządzanej przez państwo sieci kolejowej dla krajowego i międzynarodowego ruchu kolejowego są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy 2012/34, które to przepisy przewidują alokację zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej na podstawie wniosków przedsiębiorstw kolejowych oraz wymóg zakładający konieczność zrealizowania – w miarę możliwości – wszystkich wniosków?**
2. **Czy art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, o którym mowa w dyrektywie 2012/34, obejmująca świadczenie usług transportowych dla odbiorców publicznych w sieci kolejowej, stanowi dostawę lub obsługę sieci w rozumieniu powołanego przepisu?**

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytania pierwszego

W odpowiedzi na tak zadane pytanie Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 „odnośnie do usług transportowych uznaje się, że sieć istnieje, jeżeli usługi są świadczone zgodnie z warunkami określonymi przez właściwy organ państwa członkowskiego, takimi jak warunki dotyczące obsługiwanych tras, zdolności przewozowej lub częstotliwości usług". Przepis ten ma na celu uściślenie, że sieć transportu istnieje nie tylko wtedy, gdy istnieje infrastruktura fizyczna, taka jak torowiska dla pociągów, ale także wtedy, gdy istnieje skoordynowany system linii działający na określonych warunkach.

Z kolei, art. 27 ust. 1 i 2 dyrektywy 2012/34 przewiduje, że zarządca infrastruktury opracowuje i publikuje regulamin sieci, który podaje charakterystykę infrastruktury oraz zawiera informacje dotyczące warunków dostępu do infrastruktury kolejowej. Treść regulaminu sieci definiuje załącznik IV do tej dyrektywy, zgodnie z którym wspomniany regulamin zawiera zasady i kryteria alokacji zdolności przepustowej, w szczególności wymogi obowiązujące wnioskodawców, procedury, których należy przestrzegać, oraz kryteria stosowane, w przypadku gdy infrastruktura jest przepełniona, a także szczegóły ograniczeń w korzystaniu z infrastruktury. Z powyższych elementów wynika, że przyznanie uprawnień do użytkowania infrastruktury kolejowej jest uzależnione od poszanowania przez wnioskujące przedsiębiorstwa wymogów, które dotyczą zarówno ich zdolności do złożenia danego wniosku, jak również warunków, w jakich będą one obsługiwać tę infrastrukturę.

Trybunał uznał zatem, że choć przedsiębiorstwo kolejowe cieszy się pewną swobodą w określaniu warunków prowadzenia działalności transportowej, to – biorąc pod uwagę całość ciążących na nim obowiązków i ograniczeń, w szczególności obowiązek uzyskania tras pociągów oraz spełnienia warunków z tym związanych – warunki, w jakich świadczy ono usługi transportowe, są określone przez właściwy organ państwa członkowskiego, w tym konkretnym przypadku przez urząd transportu, w postępowaniu głównym działający jako zarządca infrastruktury.

W konsekwencji Trybunał orzekł, że art. 5 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, iż stwierdza się istnienie sieci w obszarze usług transportu kolejowego w rozumieniu tego przepisu, gdy usługi transportowe są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy 2012/34 na infrastrukturze kolejowej zarządzanej przez organ krajowy, który dokonuje alokacji zdolności przepustowej tej infrastruktury, nawet jeśli organ ten jest zobowiązany do realizacji wniosków przedsiębiorstw kolejowych dopóty, dopóki nie zostaną osiągnięte granice tej zdolności przepustowej.

W przedmiocie pytania drugiego

Poprzez pytanie drugie sąd zamierzał ustalić, czy art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, która polega na świadczeniu usług transportu dla ogółu odbiorców z wykorzystaniem sieci kolejowej, stanowi „dostawę" lub „obsługę sieci" w rozumieniu tej dyrektywy.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał wyjaśnił, że działalność obejmująca „obsługę sieci" odwołuje się do wykonywania prawa do korzystania z sieci kolejowej w celu świadczenia usług transportowych, podczas gdy działalność obejmująca „dostawę sieci" odnosi się do zarządzania tą siecią.

Biorąc pod uwagę powyższe Trybunał orzekł, że art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, które świadczy usługi transportu dla ogółu odbiorców, wykonując

swoje prawo do korzystania z sieci kolejowej, stanowi „obsługę sieci" w rozumieniu tej dyrektywy.

Orzeczenie Trybunału

Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania zadane przez sąd odsyłający:

1. **Artykuł 5 ust. 1 akapit drugi 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 stwierdza się istnienie sieci w obszarze usług transportu kolejowego w rozumieniu tego przepisu, gdy usługi transportowe są świadczone zgodnie z przepisami ustawodawstwa krajowego stanowiącego transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego, na infrastrukturze kolejowej zarządzanej przez organ krajowy, który dokonuje alokacji zdolności przepustowej tej infrastruktury, nawet jeśli organ ten jest zobowiązany do realizacji wniosków przedsiębiorstw kolejowych dopóty, dopóki nie zostaną osiągnięte granice tej zdolności przepustowej.**
2. **Artykuł 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że działalność prowadzona przez przedsiębiorstwo kolejowe, które świadczy usługi transportu dla ogółu odbiorców, wykonując swoje prawo do korzystania z sieci kolejowej, stanowi „obsługę sieci" w rozumieniu tej dyrektywy.**

3. Orzeczenie z dnia 21 marca 2019 r. **w sprawie C-465/17 - Falck Rettungsdienste GmbH**

Odesłanie prejudycjalne – Udzielanie zamówień publicznych – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 10 lit. h) – Wyłączenia szczególne dotyczące zamówień na usługi – Usługi obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom – Organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym – Usługi transportu sanitarnego pacjentów – Kwalifikowany transport sanitarny

Przedmiotem sprawy C-465/17 - Falck Rettungsdienste GmbH był wniosek Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, Niemcy) o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego wykładni art. 10 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy świadczącą usługi ratownicze i usługi w dziedzinie zdrowia Spółka Falck Rettungsdienste, a także grupą Falck A/S, do której należy Falck Rettungsdienste (zwane dalej łącznie „Falck i in.") a Stadt Soligen (miastem Solingen, Niemcy) w przedmiocie bezpośredniego udzielenia zamówienia „służby ratownicze w Solingen

– numer projektu V16737/128", części 1 i 2 bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Postępowanie główne

W marcu 2016 r. miasto Solingen postanowiło udzielić bez uprzedniej publikacji zamówienia na usługi ratownictwa na okres 5 lat. Projekt zamówienia przewidywał używanie komunalnych karetek pogotowia z jednej strony dla celów ratownictwa, z głównym zadaniem udzielania pomocy i opieki pacjentom wymagającym pilnego leczenia przez ratownika wspieranego przez sanitariusza oraz z drugiej strony dla celów transportu sanitarnego, z głównym zadaniem udzielenia pomocy i opieki pacjentom przez sanitariusza wspieranego przez pomocnika ratowniczego.

Zamiast ogłoszenia zamawiający wezwał do składania ofert cztery „organizacje pomocowe", w tym trzech interwenientów w postępowaniu głównym, a następnie udzielił po jednej części zamówienia dwóm z tych organizacji, będącym regionalnymi jednostkami działającymi na terytorium całych Niemiec prywatnych organizacji pomocowych, które zgodnie z prawem niemieckim są uznane za organizacje działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności.

Falck i in. wnieśli skargi do Vergabekammer Rheinland (izby ds. zamówień publicznych Nadrenii Północnej-Westfalii, Niemcy) mające na celu stwierdzenie, że udzielenie zamówienia de facto naruszyło ich prawa oraz że miasto Solingen było zobowiązane, gdyby podtrzymało zamiar udzielenia spornego zamówienia, do udzielenia go w procedurze udzielenia zamówienia zgodnej z prawem Unii. Po odrzuceniu tych skarg jako niedopuszczalnych Falk i in. wnieśli apelację do Oberlandesgericht Düsseldorf, w którym zarzucili Vergabekammer Rheinland brak dokonania wykładni przepisu par. 107 ust. 1 pkt 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, którego treść pokrywa się w pełni z art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24, w sposób zgodny z rzeczoną dyrektywą.

Zgodnie z par 107 ust. 1 pkt 4 zd. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, organizacjami lub stowarzyszeniami o charakterze niekomercyjnym (których ma dotyczyć wyłączenie oparte na art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE) są w szczególności organizacje użyteczności publicznej uznane zgodnie z prawem federalnym lub krajów związkowych za organizacje działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności.

Falk i in. podnieśli, że usługi ratunkowe rozpatrywane w postępowaniu głównym nie stanowią usług zapobiegania niebezpieczeństwom. Pojęcie „zapobiegania niebezpieczeństwom" odnosi się wyłącznie do zapobiegania niebezpieczeństwom związanym z dużymi zgromadzeniami w sytuacjach ekstremalnych, w związku z czym nie ma ono odrębnego znaczenia i nie rozciąga się na zapobieganie niebezpieczeństwom życia i zdrowia pojedynczych osób. Wynika z tego, że kwalifikowany transport sanitarny, obejmujący poza świadczeniem przewozu udzielanie pomocy przez sanitariusza wspieranego przez pomocnika ratowniczego (zwany dalej „kwalifikowanym transportem sanitarnym"), nie jest objęty wyłączeniem przewidzianym

w art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24, ponieważ stanowi jedynie usługę transportu sanitarnego pacjentów.

Ponadto wskazywali, że ustawodawca krajowy nie mógł zdecydować, że trzej interwenienci w postępowaniu przed sądem odsyłającym stanowią organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym z tego tylko powodu, że są oni uznawani przez prawo krajowe za organizacje użyteczności publicznej zgodnie z art. 107 ust. 1 pkt 4 zdanie drugie GWB. Warunki, od których prawo Unii uzależnia kwalifikację „organizacji o charakterze niekomercyjnym", są bowiem bardziej wymagające w świetle wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" i in. (C-113/13, EU:C:2014:2440), a także wyroku z dnia 28 stycznia 2016 r., CASTA i in. (C-50/14, EU:C:2016:56) lub w każdym razie w świetle art. 77 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

Pytania prejudycjalne

„1) Czy udzielanie w karetce pogotowia ratunkowego przez ratownika medycznego lub sanitariusza ratownictwa medycznego pomocy i opieki pacjentom dotkniętym nagłym przypadkiem oraz udzielanie w pojeździe sanitarnym przez sanitariusza ratownictwa medycznego lub pomocnika ratowniczego pomocy i opieki pacjentom stanowią »usług[i] w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24], objęte następującymi kodami CPV: 7525000-7 (służby ratownicze) oraz 85143000-3 (usługi transportu sanitarnego)?

2) Czy art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24] może być interpretowany w ten sposób, że »organizacj[ami] lub stowarzyszenia[mi] o charakterze niekomercyjnym« są w szczególności takie organizacje pomocowe, które zgodnie z prawem krajowym są uznane za organizacje działające w dziedzinie obrony cywilnej i ochrony ludności?

3) Czy »organizacj[ami] lub stowarzyszenia[mi] o charakterze niekomercyjnym« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24] są takie organizacje, których celem jest wykonywanie zadań użyteczności publicznej, nieprowadzące działalności w celach zarobkowych i reinwestujące ewentualne zyski, aby osiągnąć cel danej organizacji?

4) Czy transport pacjenta pojazdem sanitarnym w przypadku udzielania opieki przez sanitariusza ratownictwa medycznego lub pomocnika ratowniczego (tzw. kwalifikowany transport medyczny) stanowi »usług[ę] transportu sanitarnego pacjentów« w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy [2014/24], która nie jest objęta zakresem wyłączenia i do której ma zastosowanie dyrektywa [2014/24]?"

Stanowisko Trybunału

W przedmiocie pytania pierwszego i czwartego

Na wstępie Trybunał podkreślił, że udzielanie pomocy w sytuacjach pilnych pacjentom przez ratownika lub sanitariusza w karetce pogotowia ratunkowego i kwalifikowany transport sanitarny nie stanowią ani „usług w dziedzinie obrony cywilnej", ani „usług w dziedzinie

ochrony ludności". Trybunał wskazał przy tym, że zarówno z wykładni literalnej, jak i kontekstualnej
art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE wynika, że „zapobieganie niebezpieczeństwom" dotyczy zarówno niebezpieczeństw zbiorowych, jak również niebezpieczeństw indywidualnych. Zatem zarówno udzielanie pomocy w sytuacjach pilnych pacjentom przez ratownika lub sanitariusza w karetce pogotowia ratunkowego, jak i kwalifikowany transport sanitarny wchodzą w zakres pojęcia „zapobiegania niebezpieczeństwom" w rozumieniu art. 10 lit. h) dyrektywy 204/24/UE.

Następnie Trybunał zwrócił uwagę na strukturę art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE, która zawiera wyjątek i wyjątek od wyjątku, czyli z wyłączenia zamówień na usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom pod dwoma warunkami: że usługi te są objęte kodami CPV wskazanymi w tym przepisie i że są one świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym, nie korzystają usługi transportu sanitarnego pacjentów, które wchodzą w zakres uproszczonego systemu udzielania zamówień publicznych. Wskazał, że celem tego wyjątku, jak wynika z motywu 28 dyrektywy, jest zachowanie szczególnego charakteru organizacji lub stowarzyszeń o charakterze niekomercyjnym dzięki brakowi objęcia ich procedurami określonymi w owej dyrektywie, jednak nie powinien on wykraczać poza to, co jest ściśle konieczne.

Zdaniem Trybunału, oznacza to, że brak stosowalności reguł udzielania zamówień publicznych, o którym mowa w art. 10 lit. h dyrektywy, jest nieodłącznie związany z istnieniem usług ratunkowych. Trybunał wskazał, że obecność wykwalifikowanego personelu na pokładzie pojazdu sanitarnego nie wystarcza sama w sobie, by wykazać zaistnienie usługi transportu sanitarnego objętej kodem CPV 85143000-3. W ocenie Trybunału, transport pojazdem sanitarnym mógłby wejść w zakres wyjątku od stosowania reguł udzielania zamówień publicznych, przewidzianego w art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE, gdy transport dotyczy pacjenta, wobec którego choćby potencjalnie istnieje ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia podczas transportu, stąd obecność odpowiednio przeszkolonego personelu jest uzasadniona możliwością udzielenia pomocy pacjentowi w nagłym przypadku, której mógłby potrzebować. Ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia pacjenta powinno co do zasady być możliwe do ocenienia w sposób obiektywny.

Zatem, kwalifikowany transport sanitarny może stanowić „usługi transportu sanitarnego" objęte kodem CPV 85143000-3, o którym mowa w art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24, tylko jeżeli z jednej strony jest faktycznie wykonywany przez personel odpowiednio przeszkolony w zakresie pierwszej pomocy, a z drugiej strony dotyczy pacjenta, w przypadku którego istnieje ryzyko pogorszenia się jego stanu zdrowia podczas tego transportu.

W przedmiocie pytania drugiego i trzeciego

Trybunał stwierdził, że przepisy krajowe zdają się nie gwarantować tego, że podmioty o statusie „organizacji ochrony ludności i obrony cywilnej" nie mogą mieć celu komercyjnego, ostatecznie jednak uznał, że do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, czy art. 107 ust. 1

pkt 4 zdanie 2 GWB może być interpretowany w sposób zgodny z wymogami wynikającymi z art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE.

Trybunał stwierdził także, że nie ma równoważności między art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE, który wyłącza niektóre rodzaje działalności organizacji lub stowarzyszeń o charakterze niekomercyjnym z zakresu dyrektywy, a art. 77 tej dyrektywy, który oddaje niektóre działania organizacji opartych na udziale pracowników lub aktywnym udziale pracowników w zarządzaniu i istniejących organizacji, takich jak spółdzielnie, uproszczonemu systemowi przewidzianemu w art. 74-77 dyrektywy 2014/24/UE.

Orzeczenie Trybunału

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

1) Artykuł 10 lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że przewidziany w nim wyjątek od stosowania reguł udzielania zamówień publicznych obejmuje udzielanie pomocy w sytuacjach pilnych pacjentom przez ratownika lub sanitariusza w karetce pogotowia ratunkowego w ramach kodu CPV [„Wspólnego słownika zamówień" (Common Procurement Vocabulary)] 75252000-7 (służby ratownicze), a także kwalifikowany transport sanitarny, obejmujący poza świadczeniem przewozu udzielanie pomocy w pojeździe sanitarnym przez sanitariusza wspieranego przez pomocnika ratowniczego w ramach kodu 85143000-3 (usługi transportu sanitarnego), o ile ów kwalifikowany transport sanitarny jest faktycznie wykonywany przez personel odpowiednio przeszkolony w zakresie pierwszej pomocy i dotyczy pacjenta, w przypadku którego istnieje ryzyko pogorszenia się jego stanu zdrowia podczas tego transportu.

2) Artykuł 10 lit. h) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że z jednej strony sprzeciwia się on temu, by stowarzyszenia pożytku publicznego uznane przez prawo krajowe za organizacje obrony cywilnej i ochrony ludności były uważane za „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym" w rozumieniu tego przepisu, w zakresie, w jakim uznawanie statusu stowarzyszenia pożytku publicznego nie jest na mocy prawa krajowego uzależnione od dążenia do osiągnięcia celu niekomercyjnego, a z drugiej strony, że organizacje lub stowarzyszenia o celu wykonywania zadań społecznych i niekomercyjnym, reinwestujące ewentualne zyski, by osiągnąć cel organizacji lub stowarzyszenia stanowią „organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym" w rozumieniu tego przepisu.

4. Orzeczenie z dnia 28 marca 2019 r. **w sprawie C-101/18 Idi**

Odesłanie prejudycjalne – Koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy

lit. b) – Sytuacja podmiotowa kandydata lub oferenta – Możliwość wykluczenia przez państwa członkowskie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy objętego postępowaniem układowym – Uregulowanie krajowe przewidujące wykluczenie osób, wobec których „toczy się" postępowanie układowe, chyba że w planie restrukturyzacyjnym przewidziano kontynuowanie działalności – Wykonawca, który złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie możliwość przedstawienia planu przewidującego kontynuowanie działalności.

Postępowanie główne

Spór w sprawie, której dotyczy wniosek włoskiego sądu, powstał na tle prowadzonego w 2015 r. przez Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa del Suolo, kampańską regionalną agencję ochrony gruntów, postępowania o udzielenie zamówienia na usługi kierowania robotami budowlanymi, wsparcie odbioru technicznego i inne usługi powiązane w ramach realizacji projektu rozwoju obszaru nadmorskiego Domizio. W toku postępowania jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie z innymi wykonawcami o udzielenie tego zamówienia, spółka Tei złożyła w sądzie wniosek o przystąpienie do układu z wierzycielami, zastrzegając prawo do przedstawienia układu z kontynuacją działalności. W tej sytuacji zamawiający podjął decyzję o jej wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wykluczony wykonawca odwołał się od tej decyzji zamawiającego do Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Campania, regionalnego sądu administracyjnego w Kampanii, który skargę oddalił, nie dopatrzywszy się uchybień w postępowaniu zamawiającego. Consiglio di Stato, naczelny sąd administracyjny, rozpatrując sprawę w drugiej instancji, zdecydował się zawiesić postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości pytania prejudycjalne dotyczące dopuszczalności wykluczenia tego wykonawcy w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Pytania prejudycjalne

Consiglio di Stato zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1) **Czy jest zgodne z art. 45 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18/WE traktowanie za »postępowanie w toku« samego złożenia do właściwego organu sądowego wniosku o wszczęcie postępowania układowego?**

2) **Czy jest zgodne z wyżej wymienionym przepisem uznanie, że przyznanie przez dłużnika, iż znajduje się w stanie niewypłacalności i zamiar złożenia przez niego wniosku o wszczęcie postępowania układowego »in blanco« (którego szczególne cechy przedstawiono [w odesłaniu prejudycjalnym]) stanowi podstawę wykluczenia z procedury udzielania zamówień publicznych, przyjmując w ten sposób szeroką wykładnię pojęcia »postępowanie w toku« w rozumieniu prawa wspólnotowego (art. 45 dyrektywy) i krajowego (art. 38 decreto legislativo nr 163 z 2006 r.)?**

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Trybunał zdecydował się rozpatrzyć obydwa ww. pytania łącznie jednocześnie precyzując, iż poprzez te pytania sąd krajowy dąży w istocie do ustalenia, czy art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które umożliwia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu zakładającego kontynuację działalności.

Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy zezwala, w celu zapewnienia wypłacalności kontrahenta instytucji zamawiającej, na wykluczenie z udziału w zamówieniu publicznym każdego wykonawcy, który jest w szczególności objęty postępowaniem układowym. Zgodnie natomiast z akapitem drugim tej dyrektywy państwa członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym i z poszanowaniem prawa Unii, warunki wykonania przepisów tego ustępu. W ocenie Trybunału wynika z tego, że pojęcia zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy, w tym wyrażenie „przedmiotem postępowania układowego" mogą zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym, jednakże z poszanowaniem prawa Unii.

W związku z powyższym Trybunał uznał, iż, fakt, że wykonawca jest przedmiotem postępowania układowego w rozumieniu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18, nie uniemożliwia danemu ustawodawstwu krajowemu dopuszczenia tego wykonawcy do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach określonych w jego przepisach. W opinii Trybunału zgodne z prawem Unii, a zwłaszcza z zasadą równego traktowania w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego, jest zarówno wykluczenie przez ustawodawstwo krajowe z udziału w zamówieniu publicznym wykonawcy, który złoży wniosek o otwarcie postępowania układowego „in blanco", jak i jego niewykluczanie.

Orzeczenie Trybunału

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

Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, takiego jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które dopuszcza wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który na dzień wydania decyzji o wykluczeniu złożył wniosek o otwarcie postępowania układowego, zastrzegając sobie prawo przedłożenia planu przewidującego kontynuację działalności.

OPINIE PRAWNE

Sposób obliczania terminu do składania ofert

Przepisy ustawy Pzp określające zasady wyznaczania przez zamawiających terminu składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są rozwiązaniami szczególnymi i stanowią instytucję prawa autonomiczną w odniesieniu do innych rozwiązań prawnych w zakresie obliczania terminów do wykonania czynności. Wskazane w treści art. 43 ustawy Pzp sformułowania „nie krótszy niż 7 lub 14 dni" od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz „nie krótszy niż 35" od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oznaczają, że przy wyznaczaniu terminu składania ofert, najwcześniejszym dniem na złożenie ofert przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE jest 7 lub 14 dzień od wszczęcia postępowania. W przypadku zamówień powyżej progów UE jest to 35 dzień od przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, z uwzględnieniem zasad przewidzianych w art. 11 ust. 7d ustawy Pzp. Jednocześnie, użyte w treści tego przepisu wyrażenia „od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych", a w przypadku art. 43 ust. 2 ustawy Pzp „od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej", zgodnie z art. 111 § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, wskazują, iż przy wyznaczaniu tych terminów nie uwzględnia się dnia, w którym zamawiający zamieścił i tym samym opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych lub, przy zamówieniach powyżej progów UE, przekazał ogłoszenie do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ponadto, należy zauważyć, iż stosownie do treści art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, otwarcie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert jest dniem ich otwarcia. W konsekwencji, w świetle przepisów ustawy niemożliwe jest wyznaczenie przez zamawiającego terminu składania ofert jako terminu w dniach (liczbie dni). Zamawiający, w świetle tych przepisów zobowiązany jest do wyznaczenia konkretnej daty, ze wskazaniem godziny, w której upływa termin na złożenie oferty w siedzibie zamawiającego, uwzględniając w tym zakresie uwarunkowania organizacyjne funkcjonujące w jego jednostce, a także dyspozycję art. 43 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Oznacza to, że np. 7-dniowy termin zostanie zachowany jeśli zamawiający zapewni, że od momentu publikacji ogłoszenia w BZP do terminu składania ofert wyrażonego w dniach i godzinach mieści się 7 dni.

Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie m. in. w uchwale KIO z dnia 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 15/09). Powyższa interpretacja przyjmowana była również wielokrotnie w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień publicznych będących przedmiotem kontroli przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w których w okolicznościach wyznaczenia przez zamawiających terminu składania ofert upływającego w 7 dniu od dnia wszczęcia postępowania, Prezes Urzędu nie wykazywał naruszeń przepisów ustawy Pzp.

W powyższym kontekście należy jednak wyraźnie podkreślić, iż terminy składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mają, w świetle przepisów ustawy Pzp, charakter minimalny, a obowiązkiem zamawiającego jest dostosowanie ich długości do stopnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania oferty przez potencjalnych wykonawców. Przepisy ustawy Pzp akcentują zatem przede wszystkim konieczność ustalenia terminów składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wymiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jego wielkości lub parametrom technicznym, a także uwarunkowaniom organizacyjnym lub gospodarczym związanym z określonym świadczeniem. Terminy te są w każdym przypadku konkretyzowane w toku czynności przygotowujących wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, w każdym postępowaniu, może wyznaczyć termin dłuższy niż minimalny przewidziany przez ustawę Pzp.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przesłanka odrzucenia oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – przykłady naruszeń stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu

Ustawodawca w przepisie art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), dalej: *„ustawa Pzp”* zawarł zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Norma prawna art. 89 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wówczas, gdy powstanie, choćby jedno zdarzenie zawarte w powyższym przepisie ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, ustawodawca nałożył na zamawiającego zakaz odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie odmiennej przesłanki niż wskazana w art. 89 ustawy Pzp, bądź poprzez nie podanie przez zamawiającego przyczyny jej odrzucenia.

Jedna z podstaw odrzucenia oferty wykonawcy została określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający jest zobligowany do odrzucenie oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz). Zamawiający sporządza treść siwz, której zapisy odzwierciedlają jego oczekiwania względem przedmiotu zamówienia oraz dookreśla jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W treści oferty wykonawca określa zobowiązanie do zrealizowania świadczenia na rzecz zamawiającego, w sytuacji, gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu przetargowym. Zamawiający jako gospodarz postępowania dokonuje selekcji ofert przedłożonych w postępowaniu, polegającej na wnikliwej analizie, czy zobowiązanie do wykonania świadczenia zawarte w ofercie wykonawcy odpowiada treści wymagań związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, określonych w siwz przez zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp nie określają w pełni znaczenia terminu oferta, stąd należy odnieść się do treści art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) oraz treści uzasadnienia wyroku z dnia 2 grudnia 2016 r., (sygn. akt: KIO 2200/16), cyt.: „(…) *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi wątpliwości, ze z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (…)”*.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi w przypadku, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada siwz pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Należy również zaznaczyć, iż utrwalona linia orzecznicza wskazuje, iż nieprecyzyjnie sformułowane zapisy siwz nie należy interpretować na niekorzyść wykonawcy. W przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający sporządzi siwz posiadający niezrozumiałe postanowienia, wskazane uchybienie nie powinno wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Przytoczona treść uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 października 2015 r. (sygn. akt XXIII Ga 1341/15), objaśnia, jak prawidłowo należy wyjaśniać i stosować niejasne postanowienia ujęte w dokumentacji przetargowej, cyt.: *„Tym, samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzonych przez zamawiającego, przyjmować wykładnie względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto, ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ."*

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać przykłady, które obrazują w jakim przypadku można stwierdzić, iż zachodzi niezgodność treści siwz z treścią oferty oraz kiedy nie występuje przesłanka określona do odrzucenia oferty. Zamawiający nie ma prawa zarzucić wykonawcy niezgodność z treścią siwz, w sytuacji, gdy treść jego oferty została przedstawiona odmiennie, niż oczekiwał tego zamawiający np. poprzez posłużenie się tabelami graficznymi, aniżeli opisem. Natomiast, sporządzenie przez wykonawcę kosztorysu, który zawiera ogólne informacje w miejsce kosztorysu ze szczegółowymi wyliczeniami wymaganymi przez zamawiającego, jest czynnością niezgodną z siwz (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 27 września 2007 r., sygn. akt Ga 88/07), a przedłożenie kosztorysu ze szczegółowymi obliczeniami zamiast tego z ogólnymi wyliczeniami, nie może być interpretowane jako sprzeczność z postanowieniami siwz. W oparciu o przytoczone powyżej przykłady, niezgodność treści oferty z zapisami siwz zachodzi wówczas, gdy oferta została nieprawidłowo sporządzona w odniesieniu do wymagań zawartych w siwz, zaś nie wskazane jest zarzucenie wykonawcy niezgodności oferty z treścią siwz w sytuacji, gdy przedstawił odmienną formę oferty niż proponowana przez zamawiającego.

W regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca zawarł wyłączenie od stosowania sankcji odrzucenia oferty, zgodnie z którym, dalszej ocenie podlegają oferty, w których popełniono omyłki możliwe do poprawienia. Powyższe uregulowanie określa art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w myśl, którego zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie informując o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1845/13) Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że „(…) *rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter*

zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl), dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie (…).”

Poniżej zostały przedstawione przykłady kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które wskazują jakie ma zastosowanie w praktyce przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych.

Przykład 1

Przedmiotem udzielonego zamówienia była dostawa i montaż 182 sztuk foteli widowiskowych do X.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku Nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający w zakresie oparcia foteli widowiskowych określił w pierwotnym brzmieniu specyfikacji następujące wymagania: *profilowane (gięte wertykalnie w dwóch płaszczyznach), wykonane z wysokogatunkowej trudno zapalnej pianki PU. Pianka oparcia wylewana z formy o gr. 50 mm (nie dopuszcza się zastosowania pianek ciętych ze względu na wytrzymałość).*

Jednocześnie w dziale IX pkt 8 SIWZ Zamawiający zaznaczył, aby przedstawienie w treści oferty opisu parametrów oferowanych foteli widowiskowych nastąpiło w taki sposób, by w toku oceny ofert możliwe było bezpośrednie porównanie tych parametrów z parametrami wymaganymi w załączniku nr 1 do SIWZ.

Następnie w rezultacie licznych pytań dotyczących treści SIWZ, Zamawiający na podstawie art. 38 ustawy Pzp dokonał jej modyfikacji poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia – załącznik Nr 1 do SIWZ, przez rozszerzenie m. in. wymagań w zakresie oparcia foteli. Zamawiający tym samym wymagał, *aby rama wewnętrzna oparcia wykonana była ze stali, stelaż z rur stalowych, walcowanych na zimno, który służy, jako jednoczęściowa rama dla pięciu sprężyn płaskich. Rama całkowicie zintegrowana z wylewaną pianką poliuretanową o gęstości min. 45 kg/m3 i grubości nie mniejszej niż 70 mm, kształtowaną ergonomicznie i odpowiadającą kształtowi ramy i sprężyn (nie dopuszcza się użycia pianek ciętych z bloku). Otrzymany zintegrowany blok pianki i metalowej struktury wewnętrznej służy, jako element konstrukcyjny fotela utrzymujący oparcie oraz równocześnie dzięki 20 mm profilowi z blachy przyspawanej do dolnej części struktury służy, jako podstawa mechanizmu zatrzymywania rozkładania siedziska.*

Wraz z dokonaniem niniejszej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wprowadził następujące stwierdzenie: *Obowiązek udowodnienia równoważności spoczywa na oferującym poprzez przedstawienie modelu proponowanego fotela oraz wzornik tapicerek, atesty i certyfikaty.*

W toku przedmiotowej kontroli doraźnej ustalono, że Wykonawca Y zaoferował fotel widowiskowy typu „Monet", którego producentem jest firma Y. Z karty technicznej załączonej do oferty ww. Wykonawcy wynika, że zaoferowane fotele posiadały następujące parametry odnośnie oparcia, tj.: *Rama wewnętrzna wykonana jest ze stali ST-37 stelaż z rur stalowych 30x20x2 mm, walcowanych na zimno, który służy jako jednoczęściowa rama dla czterech* sprężyn płaskich, *rama ma kształt prostokątny. Rama ta jest całkowicie zintegrowana z wylewaną pianką poliuretanową o gęstości 45 kg/m3 i grubości nie mniejszej niż 70mm, kształtowaną ergonomicznie i odpowiadająca kształtowi ramy i sprężyn. Otrzymany zintegrowany blok pianki i metalowej struktury wewnętrznej służy jako element konstrukcyjny fotela utrzymujący oparcie oraz równocześnie dzięki płycie o szerokości 90 mm i grubości 4 mm przyspawanej do dolnej części struktury służy jako podstawa mechanizmu zatrzymania rozkładania siedziska. Oparcie posiada osłonę wykonaną ze sklejki drzewa liściastego o grubości nie mniejszej niż 12 mm, osłona jest profilowana gięta poprzecznie w strefie lędźwiowej. Otrzymany zintegrowany blok pianki i metalowej struktury wewnętrznej mocowany jest za pomocą dwóch śrub na jedną stronę do nóg fotela.* Należy jednocześnie zauważyć, że w dokumentacji powykonawczej Wykonawca nie wskazywał już na ilość sprężyn płaskich znajdujących się w oparciu dostarczonych i zamontowanych foteli.

Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na wezwanie Urzędu wynika, że *ilość podanych śrub czy sprężyn w siedzisku miała służyć ułatwieniu wykonawcom realizacji zamówienia, ale nie była decydująca. Wykonawca mógł w każdej chwili od terminu ukazania się ogłoszenia o postępowaniu zwrócić się do zamawiającego z zapytaniem czy dopuszczone są inne sposoby mocowania fotela do podłoża niż za pomocą dwóch śrub, lub inny sposób montowania systemu do podtrzymania osi, mógł wystąpić z zapytaniem o dopuszczenie innej ilości sprężyn w siedzisku lub w systemie podnoszenia siedziska – lecz nikt o powyższe nie wystąpił.* (…). Dlatego też Zamawiający stanął na stanowisku, że Wykonawca Y zaoferował fotel zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a potwierdzeniem tego faktu, w jego ocenie, były wyjaśnienia Wykonawcy udzielone odnośnie złożonej oferty, o które Zamawiający wystąpił na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, podczas powtórnego badania ofert.

Z uwagi na fakt, że w wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu Zamawiający wskazał jedynie na liczbę śrub i sprężyn umieszczonych w siedzisku fotela, a nie odniósł się do sprężyn zamieszczonych w oparciu, ponownie zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, w oparciu, o które Zamawiający odstąpił od odrzucenia oferty wykonawcy Y na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez ww. Wykonawcę fotela posiadającego w oparciu liczbę sprężyn nie odpowiadającą treści SIWZ.

Z odpowiedzi Dyrektora Zamawiającego ww. pisma Urzędu wynika, iż *w piśmie zawierającym pytania skierowane do Y* (…) *nastąpiła pomyłka polegająca na zadaniu pytania firmie o ilość sprężyn w siedzisku, zamiast ilość sprężyn w oparciu. Zadanie pytanie w punkcie 1 w/w pisma brzmiało: „Czym podyktowane było zaproponowanie 4 zamiast 5 sprężyn siedziska, jak określał opis przedmiotu zamówienia – zał. 1 do SIWZ". Tak postawione pytanie spowodowało*

odpowiedź dotyczącą siedziska, a nie oparcia. Intencją pytającego było jednak wyjaśnienie ilości sprężyn w oparciu. Pytanie było oczywistą pomyłką, ponieważ w siedzisku ilość sprężyn (pięć) zgadzała się z załącznikiem nr. 1 do SIWZ. Otrzymując odpowiedź od firmy Y (…)*, która brzmiała „Zarówno w OPZ jak i w ofercie firmy Y str. 13, widnieje zapis o 5 sprężynach siedziska", Komisja Przetargowa była przekonana, że firma zapewnia zgodność fotela, jako siedziska z wymaganiami SIWZ. W związku z tym Komisja podjęła decyzję o podtrzymaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Y.*

Ostatecznie została zawarta umowa w sprawie niniejszego zamówienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Y. Z informacji uzyskanych przez Urząd Zamówień Publicznych na skutek wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego jasno wynika, że fotel zaproponowany przez ww. Wykonawcę na etapie realizacji posiadał jedynie 4 sprężyny w oparciu.

Podsumowując powyższe, należy zauważyć, że ze złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień, jak i przesłanej dokumentacji postępowania, wynika, iż Zamawiający nie dochowując należytej staranności na etapie badania ofert, *de facto* dopuścił do powstania sytuacji, w której za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta, która od samego początku nie odpowiadała jednemu z wymagań określonemu w SIWZ, dotyczącego wyposażenia foteli widowiskowych w 5 sprężyn płaskich w oparciu. Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Należy wskazać, że istotnie, zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty Wykonawcy Y nie odpowiadała ukształtowanym przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiom, odnośnie przedmiotu zamówienia, bowiem zaoferowany fotel został wyposażony w 4 zamiast 5 sprężyn płaskich w oparciu. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że stwierdzona rozbieżność nie mogła zostać przez Zamawiającego skorygowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Równocześnie należy zauważyć, że argumentacja Zamawiającego prezentowana w dostarczonych wyjaśnieniach, opiera się w dużej mierze na dopuszczeniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia rozwiązań równoważnych. Natomiast w toku kontroli doraźnej ustalono, że Zamawiający zaniechał określenia jakichkolwiek wymagań w tym zakresie.

Tym samym mając na uwadze, iż Wykonawca Y, zaoferował w swojej ofercie fotele widowiskowe wyposażone w 4 sprężyny płaskie w oparciu, zamiast 5 wymaganych w SIWZ, stwierdzić należy, iż oferta ww. Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie ww. przepisu ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta ww. Wykonawcy została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Przykład 2

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, przedmiotem zamówienia była usługa odbioru, transportu i utylizacji medycznych odpadów niebezpiecznych i innych odpadów niż niebezpieczne dla XX. Usługa obejmowała odbiór, transport i utylizację odpadów z grupy 18 01 (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. *w sprawie katalogu odpadów* (Dz. U. z 2014 r, poz. 1923). Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na 3 części zamówienia. Zamawiający w rozdziale II pkt 6 siwz zapisał, iż cyt.: *„utylizacja odpadów medycznych odbywać się ma w zakładzie utylizacji zlokalizowanym na obszarze województwa, na którym odpady zostały wytworzone lub w miejscu najbliżej położonym miejsca ich wytwarzania”*, pkt 7 siwz, cyt.: *„utylizacja odpadów medycznych odbywać się ma w zakładzie utylizacji o wydajności zapewniającej unieszkodliwienie odpadów odebranych przez zamawiającego”.*

Jednocześnie zamawiający wymagał, aby wykonanie usługi odbywało się zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Ponadto, wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokument zawierający wskazanie miejsca utylizacji odpadów medycznych oraz odległość tego miejsca od siedziby zamawiającego mierzoną w kilometrach.

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi m.in. zapisów dotyczących miejsca utylizacji odpadów, np. cyt.:

1) „Zgodnie z § 1 ust. 6 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia o miejscu unieszkodliwiania odpadów. W celu ocenienia czy oferta wykonawcy spełnia zasadę bliskości wnosimy o dopisanie, iż wykonawca może zaoferować tylko jedną instalację do unieszkodliwiania odpadów (dotyczy zadania 1 i 2). Zabezpieczy to zamawiającego przez unieszkodliwianiem odpadów niezgodnie z przepisami, ponieważ w przypadku wskazania np. dwóch instalacji, może okazać się, że odpady będą unieszkodliwiane nawet w odległości 350 km od zamawiającego, pomimo że w bliższej odległości są inne instalacje.

2) W związku z tym, że zamówienie podzielone jest na trzy zadania proponujemy, aby zamawiający żądał wskazania miejsca unieszkodliwiania odpadów dla każdego zadania osobno.

3) Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób zamawiający będzie oceniał spełnienie zasady bliskości odnośnie zadania 1 i 2, w przypadku gdy wykonawca zaoferuje na przykład dwie lub trzy instalacje”.

W odpowiedzi na pytanie 1 i 2 zamawiający odpowiedział, iż *„zamawiający wymaga zgodnie z siwz”*, natomiast na pytanie 3 odpowiedział, iż *„zamawiający będzie brał pod uwagę lokalizację najbliższą miejsca siedziby zamawiającego”.*

Jak wynika z treści złożonych ofert, wskazane przez wykonawców instalacje znajdowały się odpowiednio:

- Y – w Bełchatowie, w województwie łódzkim, w odległości 183 km od miejsca wytwarzania odpadów (siedziby zamawiającego);

- Konsorcjum firm: X – w Płocku, w województwie mazowieckim, w odległości 124,91 km od miejsca wytwarzania odpadów (siedziby zamawiającego);

- Z – w Rzeszowie, w województwie podkarpackim, w odległości 289 km od miejsca wytwarzania odpadów (siedziby zamawiającego).

Na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania ustalono, iż na terenie województwa mazowieckiego funkcjonują dwie instalacje do termicznego unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych (spalarnie odpadów medycznych): instalacja na terenie Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego w Ostrołęce oraz instalacja zlokalizowana w Płocku przy ul. Przemysłowej.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zamawiający, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów medycznych i zakaźnych odpadów medycznych, powinien uwzględniać zarówno przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* z dnia 29 stycznia 2004 r., w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania, jak również przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. *o odpadach* (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.).

Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach, odpady z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy o odpadach wskazuje, iż zakazuje się unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, w przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliżej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

W związku z powyższym, wykonawcy Y oraz Z, unieszkodliwiając odpady we wskazanych w ofertach zakładach w Bełchatowie oraz Rzeszowie, naruszyliby zasadę bliskości wynikającą z art. 20 ust. 3 pkt 2 ustawy o odpadach oraz siwz, gdzie zamawiający wymagał, aby utylizacja odpadów medycznych odbywała się w zakładzie utylizacji zlokalizowanym na obszarze województwa, na którym odpady zostały wytworzone lub w miejscu najbliżej położonym miejsca ich wytwarzania, jak również aby usługa odbywała się zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w wyniku kierowanych pytań do siwz, zamawiający wyjaśnił, iż *„zamawiający będzie brał pod uwagę lokalizację najbliższą miejsca siedziby zamawiającego”*.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Ofertę, w której wykonawca zaproponował świadczenie odbioru,

transportu i unieszkodliwiania odpadów z naruszeniem zasady bliskości należałoby odrzucić jako sprzeczną z ustawą o odpadach. Uniemożliwia ona jej przyjęcie przez zamawiającego i zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na unieszkodliwianie odpadów w spalarniach, które z uwagi na miejsce ich położenia, nie mogą - w świetle zasady bliskości – świadczyć tej usługi w odniesieniu do odpadów powstałych w określonym miejscu.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż jedynie wykonawca konsorcjum firm: X, który oświadczył, iż będzie unieszkodliwiał odpady medyczne w Płocku, tj. na terenie województwa mazowieckiego, a jednocześnie jest do miejsce utylizacji odpadów najbliżej położone od siedziby zamawiającego, złożył ofertę zgodną z warunkami określonymi w siwz, m.in. w zakresie „zasady bliskości".

W przypadku ofert złożonych przez wykonawców: Y i Z, które to oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze dla wszystkich 3 części zamówienia, należy uznać, iż została naruszona zasada bliskości zgodnie z art. 20 ust. 6 ustawy o odpadach, a tym samym, wskazane oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp jako niezgodne z treścią siwz oraz jako nieważne na podstawie odrębnych przepisów.

Przykład 3

Zgodnie z rozdziałem 11.5 SIWZ Wykonawca obowiązany był przedstawić Zamawiającemu dokumenty potwierdzające, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom , tj.:

1. dokument wydany przez akredytowaną jednostkę uprawnioną do kontroli jakości w zakresie ochrony p.poż, potwierdzający bezpieczeństwo przeciwpożarowe oferowanej hali,
2. ekspertyzę techniczną wydaną przez ITB lub inny akredytowany instytut budownictwa lub pożarnictwa potwierdzający bezpieczeństwo ewakuacji osób (dla 100 osób) z hali pneumatycznej,
3. karta techniczna systemu grzewczo-nadmuchowego potwierdzona przez producenta potwierdzająca spełnienie wyspecyfikowanych wymagań technicznych oraz potwierdzająca okres gwarancji wymagany dla przedmiotowej inwestycji,
4. atesty lub certyfikaty potwierdzające trudnozapalność każdej z powłok (3 atesty lub 1 łączny).

Zgodnie z *Opisem wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia* zawartym w Programie funkcjonalno – użytkowym z dnia 19 czerwca 2017 r. Zamawiający miał następujące wymagania względem m.in. Systemu grzewczo nadmuchowego:

- *piec grzewczo – nadmuchowy ma za zadanie utrzymywać odpowiednie ciśnienie oraz temperaturę w hali. Piec wyposażony jest w automatyczny system kontroli temperatury i ciśnienia w hali oraz w termostat bezpieczeństwa. Całość podłączona jest do centralnego panelu sterowania i zlokalizowana w kontenerze. Dodatkowo system*

musi być wyposażony w automatykę wietrzną i śniegową, która będzie kontrolowała prawidłową pracę hali podczas opadów śniegu i silnych wiatrów (automatyczne podwyższenie ciśnienia przy mocnych wiatrach oraz automatyczne nagrzewanie hali podczas opadów śniegu w celu systematycznego topnienia śniegu na czaszy hali). Piec grzewczy będzie podłączony do projektowanego węzła c.o.

Maszynownia hali musi być wyposażona w awaryjny system podtrzymywania ciśnienia wewnątrz hali. W momencie przerwy w dostawie energii elektrycznej automatycznie uruchamiany jest system oparty na niezależnych silnikach Diesla, które podtrzymują odpowiednie ciśnienie wew. hali. Pełna automatyka. Kontroluje sieć sztywną.

Dane techniczne:

- wydajność grzewcza	*260kW/h*
- moc dmuchaw	*5,5 kW*
- różnica temperatur	*25˚C*
- wydajność dmuchaw przy 300-400 Pa	*15.000 m3/h*
- dmuchawy awaryjne (system stand-by unit)	*25.000 m3/h*
- system kontroli opadów śniegu	
- system kontroli wiatru	
- wymiennik na ciepłą wodę (c.o.)	

Pieca grzewczo nadmuchowego: GP 300

Wymiary jednostki awaryjnej: EMC 25

Pismem z dnia 19 września 2017 r., Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę X do złożenia dokumentów m.in. potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom.

W dniu 26 września 2017 r. Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty m.in:

- Kartę katalogową produktu Nagrzewnica Pneumatyczna NLP 250, zgodnie z którą:

  Nagrzewnica powietrza stanowi kompletny system grzewczo – wentylacyjny stosowany do utrzymywania i ogrzewania hal pneumatycznych. W komplecie dostarczany jest system awaryjny zapewniający utrzymanie hali w przypadku braku energii lub awarii wentylatora systemu głównego. Źródło ciepła stanowią zewnętrzne palniki wentylatorowe zasilane olejem opałowym, gazem lub peletem drzewnym.

Praca systemu odbywa się automatycznie zgodnie z parametrami zadanymi na termostacie (temperatura) i presostacie (ciśnienie).

TYP	**NLP 250**
Zakres mocy	*180 - 270*
Przepływ powietrza (m3/h)	*18000*
Ciśnienie wentylatora (Pa)	*300*
Zasilanie elektryczne (V)	*3x400*
Pobór prądu (A)	*13,7*
Zużycie oleju (kg/h)	*22,5*
Zużycie gazu (GZ50 (m3/h)	*28,4*
Zużycie gazu LPG (kg/h)	*19,5*
Szerokość (mm)	*3450*
Głębokość (mm)	*1750*
Wysokość (mm)	*1200*
Średnica wylotu spalin (mm)	*200*
Waga (kg)	*860*

W toku czynności kontrolnych Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego w oparciu o art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o podanie okoliczności faktycznych i prawnych, skutkujących uznaniem, że Wykonawca RSsport s.c. przedstawił Zamawiającemu dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym wymaganiom, tj. m.in.:

- karta techniczna systemu grzewczo - nadmuchowego potwierdzona przez producenta potwierdzająca spełnienie wyspecyfikowanych wymagań technicznych oraz potwierdzająca okres gwarancji wymagany dla przedmiotowej inwestycji.

W odpowiedzi Zamawiający:

- *spełnienie wyspecyfikowanych w PFU wymagań technicznych systemu grzewczo – nadmuchowego zostało stwierdzone na podstawie przedstawionej przez Wykonawcę RSsport s.c. karty katalogowej produktu: „Nagrzewnica Powietrza Pneumatyczna NLP 250". Wydajność grzewcza ww. urządzenia (wg karty katalogowej produktu - zakres mocy) mieściła się w wymaganej wielkości. Moc dmuchaw (wg karty katalogowej -*

pobór prądu) prezentowała nawet nieco korzystniejsze osiągi, niż wymagane przez Zamawiającego. Podobnie rzecz się miała z wydajnością dmuchaw (wymagana przez Zamawiającego 15 000 m3/h, oferowane przez Wykonawcę 18 000 m3/h). Z karty katalogowej produktu wynikało również, że w komplecie dostarczany jest system awaryjny zapewniający utrzymanie hali w przypadku braku energii lub awarii wentylatora systemu głównego oraz, że uruchamianie systemu odbywa się automatycznie (zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego).

- *Zamawiający błędnie określił jednak w PFU wydajność dmuchaw awaryjnych (absurdem jest sytuacja, gdy wydajność systemu awaryjnego - 25 000 m3/h - jest większa niż systemu głównego - 15 000 m3/h). W tej sytuacji spełnienie wymaganego w PFU parametru okazało się zdaniem Zamawiającego niemożliwe. Niestety ta kwestia nie została wytknięta Zamawiającemu przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Dostrzeżono ją dopiero na etapie analizy dokumentów przedstawionych przez X Mając na względzie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 28.11.2016 r. (sygn. akt.: KIO 2145/16), w którym Izba stwierdziła, że „Jeżeli postanowienia SIWZ są niejednoznaczne lub niemożliwe z przyczyn obiektywnych do spełnienia to ich interpretacja musi być dokonywana z korzyścią dla wykonawców" Zamawiający nie badał spełnienia błędnie zdefiniowanego parametru.*
- *Oczekiwane przez Zamawiającego warunki gwarancji dot. przedmiotu zamówienia (w tym systemu grzewczo nadmuchowego, stanowiącego jeden z podstawowych elementów inwestycji) zostały określone we wzorze umowy (zał. nr 4 do SIWZ § 11). Wykonawca jednoznacznie potwierdził swoim oświadczeniem w formularzu oferty, iż przyjmuje wzór umowy bez zastrzeżeń. W ten sposób Zamawiający otrzymał potwierdzenie okresu gwarancji dla przedmiotowej inwestycji również w zakresie systemu grzewczo-nadmuchowego.*

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego odnoszących się do przedmiotu zamówienia, wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia

lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że istotnie, zawartość merytoryczna złożonej w niniejszym postępowaniu oferty Wykonawcy X nie odpowiadała ukształtowanym przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiom odnośnie przedmiotu zamówienia, bowiem z *Karty katalogowej produktu* wystawionej przez firmę XX nie wynika aby zaoferowany system grzewczo nadmuchowy tj. Nagrzewnica Powietrza Pneumatyczna NLP 250 posiadał:

- system kontroli opadów śniegu,
- system kontroli wiatru,
- wymiennik na ciepłą wodę (c.o).

Z ww. karty katalogowej produktu przedstawionej przez Wykonawcę RSsport s.c. nie wynikała również wartość różnicy temperatur, która według zapisów Programu funkcjonalno – użytkowego miała wynosić 25˚C. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że stwierdzona rozbieżność nie mogła zostać przez Zamawiającego skorygowana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści pytań i wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 11 września 2017 r. wynikało:

- *W punkcie 1.4 oraz 1.5 podane są konkretne dane techniczne systemu nadmuchowo – grzewczego takie jak powierzchnia płyty kontenera nagrzewnicy, moc oraz wydajność dmuchaw.*

  Pytanie: Czy dopuszczają Państwo odstępstwa od narzuconych parametrów jeśli po wykonaniu projektu hali parametry te okażą się nieoptymalne?

  Odpowiedź: Tak,

- *W punkcie 1.5.2 b opisane jest, że „system musi być wyposażony w automatykę wietrzną i śniegową, która będzie kontrolowała prawidłową pracę hali podczas opadów śniegu i silnych wiatrów (automatyczne podwyższenie ciśnienia przy mocnych wiatrach*
  oraz automatyczne nagrzewanie hali podczas opadów śniegu w celu systematycznego topnienia śniegu na czaszy hali)". Zastosowanie takich rozwiązań może skutkować niepotrzebnym nagrzewaniem się hali nawet w czasie gdy nie będzie ona eksploatowana.

  Pytanie: Czy dopuszczają Państwo manualną obsługę systemów wietrznych i śniegowych?

  Odpowiedź: Tak.

Należy wskazać, że Wykonawca w swojej ofercie pominął resztę wymaganych przez Zamawiającego parametrów odnoszących się do systemu grzewczo-nadmuchowego, tj.:

- system kontroli opadów śniegu,

- system kontroli wiatru,
- wymiennik na ciepłą wodę (c.o.).

Równocześnie należy zauważyć, że Zamawiający, dopuszczając odstępstwo po wykonaniu projektu hali od narzuconych w PFU parametrów odnośnie systemu grzewczo – nadmuchowego, zaniechał określenia jakichkolwiek wymagań w tym zakresie.

Należy również wskazać, że w rozdziale 11.5 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby karta techniczna systemu grzewczo-nadmuchowego potwierdzona była przez producenta i aby potwierdzała spełnienie wyspecyfikowanych wymagań technicznych oraz okres gwarancji wymagany dla przedmiotowej inwestycji.

W przedłożonej karcie katalogowej produktu, wystawionej i podpisanej przez producenta Pana M. G. nie został wskazany okres gwarancji ww. systemu. Nie można zgodzić się z twierdzeniem zawartym w wyjaśnieniach Zamawiającego, iż *Wykonawca jednoznacznie potwierdził swoim oświadczeniem w formularzu oferty, iż przyjmuje wzór umowy bez zastrzeżeń. W ten sposób Zamawiający otrzymał potwierdzenie okresu gwarancji dla przedmiotowej inwestycji również w zakresie systemu grzewczo-nadmuchowego.*

Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wymagał przedstawienia karty technicznej systemu grzewczo-nadmuchowego potwierdzającej przez producenta, a nie Wykonawcę okres gwarancji wymagany dla ww. systemu. W związku z powyższym, oświadczenie Wykonawcy nie spełnia wymagań rozdziału 11.5 pkt 3 SIWZ we wskazanym przez Zamawiającego zakresie dotyczącym potwierdzenia w karcie technicznej systemu grzewczo-nadmuchowego przez producenta spełnienia wszystkich wyspecyfikowanych wymagań technicznych oraz okresu gwarancji.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy X do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy X, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie wymogów zawartych w Programie funkcjonalno - użytkowym parametrów odnośnie systemu grzewczo – nadmuchowego oraz gwarancji – a tym samym miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2534/18 doświadczenie zdobyte w konsorcjum

„Na wstępie podkreślić należy, że Izba w pełni aprobuje tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in, że *„Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”*. W innym orzeczeniu *Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał także, iż „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum” (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05),*
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego kładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.
Analizując, zgodnie z przywołanymi tezami, udział wykonawcy X w realizacji zadania (…). Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu robót kafarowych był realny i faktyczny.
(…) Z pisemnego oświadczenia złożonego przez członka konsorcjum Y (oświadczenie z dnia 28 maja 2018r, dowód przedstawiony przez Odwołującego) wynika, że Y faktycznie wykonał samodzielnie roboty kafarowe polegające na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych, roboty polegające na wykonaniu pali (...), roboty polegające na wykonaniu umocnienia dna materacami gabionowymi. Z kolei z oświadczenia z dnia 14 czerwca 2018r. tego wykonawcy, wynika, że Y w ramach zakresu przydzielonego mu do wyłącznej realizacji w oparciu o umowę konsorcjum, umowę realizacyjną oraz dodatkowe zlecenia wykonania robót będących w zakresie X wykonał w okresie realizacji zadania roboty branży

hydrotechnicznej polegające na m.in. realizacji nabrzeża ze ścianki szczelnej zakończonej czepem posadowionym na palach o dł. 392,4 m. Y zapewniał dla realizacji tego zadania sprzęt pływający, kafar, nadzór kierownika robót hydrotechnicznych w osobie Pana M. J., zasoby ludzkie w niezbędnym zakresie. Z kolei z fragmentów dziennika budowy nr 3-12/2013/2014, złożonego jako dowód w sprawie przez X wynika, że istotnie pan M. J. pełnił funkcję kierownika robót, ale personel X, w tym kierownik budowy A. M. brał także czynny udział w realizacji całego zadania, w tym w szczególności w realizacji prac kafarowych polegających na pogrążeniu w wodzie ścianki szczelnej. Świadczą o tym wpisy w dzienniku budowy str. 4, 43, 45 dokonane przez kierownika budowy p. A. M. dotyczące robót kafarowych.
Z powyższych ustaleń wynika, że co prawda fizycznie prace kafarowe polegające na pogrążeniu w wodzie ścianki szczelnej wykonane były przez personel Y, to jednak X nadzorowało i uczestniczyło w odbiorach wszystkich prac na tej inwestycji, w tym także wskazanych robót kafarowych. Z przywołanego dziennika budowy wynika, że wszystkie prace wykonywane na tej inwestycji były realizowane pod kierownictwem X, kierownikiem budowy była osoba z ramienia X – p. A.M., co oznacza, że wykonawca ten miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania, w tym także w wykonanie robót kafarowych. X było nie tylko liderem konsorcjum, ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczyło w realizacji całego przedsięwzięcia, dokonywało zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwało podwykonawców, realizowało samodzielnie istotny zakres prac i co najważniejsze nadzorowało i odbierało wszystkie prace, również te fizycznie wykonane przez członka konsorcjum. Istotnie z uwagi na to, że prace realizowane przez Y były wykonywane pod nadzorem i kierownictwem X to relacje pomiędzy członkami konsorcjum można porównać, to relacji Generalny Wykonawca - Podwykonawca. Podsumowując, skoro udział X w realizacji całej inwestycji ma charakter faktyczny i realny to wykonawca ten jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji całego zadania dotyczącego (…), w tym także w zakresie wykonania robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanej ścianki szczelnej."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 240/19 ,,dysponowanie pośrednie" a ,,dysponowanie bezpośrednie"

„Analogiczną przedwczesność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania należy wiązać z ustaloną przez Zamawiającego ,,pośrednią podstawą dysponowania" osobą wskazaną na stanowisko kierownika robót elektrycznych. Rację ma Odwołujący, analizując w odwołaniu różnice pomiędzy ,,dysponowaniem pośrednim" a ,,dysponowaniem bezpośrednim" – umowa zlecenia, wiążąca bezpośrednio wykonawcę z realizatorem konkretnej usługi jest dysponowaniem bezpośrednim, i o pośredniości podstawy dysponowania nie może przesądzać fakt, że realizatorem usługi jest osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że błędne jest utożsamianie bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę dwoma spośród trzech wymaganych osób na podstawie zawartej z nimi umowy cywilnoprawnej z sytuacją polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Taki przypadek nie wymaga wykazania, że realizując zamówienie, będzie się dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów. W szczególności nie jest wówczas konieczne przedstawienie zobowiązania do oddania tych osób do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 kwietnia 2017 r.; sygn. akt KIO 650/17).
Odwołujący również trafnie zauważał, że o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a Prawa zamówień publicznych, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie. Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia, w sytuacji gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych.
Rację ma Odwołujący, zwracając uwagę na opisane wyżej różnice pomiędzy dysponowaniem pośrednim a bezpośrednim. Niezależnie od powyższego, oferta jest oświadczeniem woli, i jako taka, powinna być interpretowana zgodnie z wolą osoby składającej ofertę. Interpretacja nie może być dowolna, ani prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jednak w tak nakreślonych granicach Zamawiający może interpretować tak ofertę, jak i dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym, ponieważ Odwołujący jako podstawę dysponowania osobą fizyczną wskazał umowę zlecenia (stosunek cywilnoprawny, którego zasadnicza treść wynika z przepisów kodeksu cywilnego), a równocześnie podał, że jest to dysponowanie ,,pośrednie" (brak definicji legalnej takiego dysponowania, a wynika ono jedynie z interpretacji i orzecznictwa). Zamawiający powinien wyjaśnić powyższą kwestię (oraz jakie - w tym kontekście - ma znaczenie zobowiązanie ,,podmiotu trzeciego"). W ocenie składu orzekającego możliwe jest wyjaśnienie powyższych zagadnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych; nie można wykluczyć, że ustalenia w tych kwestiach doprowadzą Zamawiającego do konieczności poprawienia omyłki polegającej na błędnym dookreśleniu rodzaju dysponowania osobą, posiadająca odpowiednie doświadczenie."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 30/19 wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp

„Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo skarbowe. Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 13 lit. a-c i pkt 14, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach została skazana za przestępstwo wymienione w ust. 1 pkt 13 lit. a-c, jeżeli nie upłynęło 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia.

Zgodnie z art. 53 § 1 zdanie drugie kodeksu karnego skarbowego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.), zwanego dalej „kks", określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może nastąpić tylko w niniejszym kodeksie. Zgodnie z art. 53 § 2 kks przestępstwo skarbowe jest to czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności.

Zgodnie z art. 107 § 4a kodeksu karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), zwanego dalej „kk", w razie skazania na grzywnę zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. Zgodnie z art. 106 kk, z chwilą zatarcia skazania uważa się je za niebyłe; wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych.

Analizując powyższe przepisy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że z rt. 53 § 1 i 2 kks wyraźnie wynika, że przestępstwami skarbowymi są wyłącznie czyny zabronione określone w tymże kodeksie (kodeksie karnym skarbowym). Tak określona definicja przestępstwa skarbowego nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, tym samym do przestępstw skarbowych nie mogą być zaliczane czyny zabronione określone w innych aktach prawnych. W konsekwencji nie można przyjąć, że czyn, za który został skazany odwołujący, tj. czyn, o którym mowa w art. 79 pkt 4 ustawy o rachunkowości, jest przestępstwem skarbowym.

W szczególności nie można zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że treść rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.10.2015 r. *w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom* (Dz.U. poz. 1725 ze zm.) stanowi podstawę do uznania, że czyn z art. 79 ustawy o rachunkowości jest przestępstwem skarbowym. Zgodnie z § 2 ust. 2a ww. rozporządzenia: Uprawnienia do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach o przestępstwa określone w art. 77–79 ustawy z dnia 29 września1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2016 r. poz. 1047 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 61 i 245) przysługują także:

1) naczelnikowi urzędu celno-skarbowego – w sprawach z zakresu kontroli celno-skarbowej;
2) naczelnikowi urzędu skarbowego – w pozostałych sprawach.

Po pierwsze, należy jednak zauważyć, że akt prawny, jakim jest rozporządzenie, nie może

zmienić treści aktu wyższego rzędu, jakim jest ustawa, tym samym nie może rozszerzać definicji przestępstwa skarbowego zawartej w art. 53 § 2 kks. Po drugie, sam fakt, że ww. rozporządzenie wskazuje jako organy właściwe w sprawach o przestępstwa z zakresu rachunkowości m.in. urzędy skarbowe, nie przesądza o tym, że przestępstwa te automatycznie stają się przestępstwa skarbowymi. Należy bowiem zwrócić uwagę, że art. 28 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 508 ze zm.) wymienia zadania naczelnika urzędu skarbowego i wśród tych zadań w ust. 1 punkcie 10 i 11 odrębnie wymienia:
10) rozpoznawanie, wykrywanie i zwalczanie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, zapobieganie tym przestępstwom i wykroczeniom oraz ściganie ich sprawców, w zakresie określonym w Kodeksie karnym skarbowym;
11) rozpoznawanie, wykrywanie i zwalczanie przestępstw określonych w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2017 r. poz. 2342 oraz z 2018 r. poz. 62), zapobieganie tym przestępstwom oraz ściganie ich sprawców.
Tym samym z art. 28 ust. 1, a zwłaszcza pkt 10 i 11 tego przepisu ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej wynika, że nie wszystkie przestępstwa, których rozpoznawaniem, wykrywaniem i zwalczaniem zajmują się urzędy skarbowe, są przestępstwami skarbowymi. W szczególności wyraźnie wyodrębnione zostały przestępstwa określone w ustawie o rachunkowości, co potwierdza, że są one przestępstwami odrębnymi od przestępstw skarbowych. W konsekwencji ww. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, na które powołuje się zamawiający i przystępujący, zwłaszcza w świetle art. 28 ust. 1 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej, nie stanowi podstawy do uznania, że czyn z art. 79 ustawy o rachunkowości jest przestępstwem skarbowym.
Reasumując, raz jeszcze należy powtórzyć, że w myśl art. 53 § 1 i 2 kks, przestępstwami skarbowymi są czyny zabronione określone w kks, a nie w innych aktach prawnych. Tym samym odwołujący, który był skazany za czyn określony w ustawie o rachunkowości, nie może ostać uznany za skazanego za przestępstwo skarbowe. Oznacza to, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp, a w konsekwencji wobec odwołującego nie zachodziła także podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.
Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że z przesłanej zamawiającemu przez przystępującego informacji z KRK wyraźnie wynika, że kara grzywny, na którą został skazany odwołujący, została przez niego wykonana w dniu 30.09.2016 r. Zgodnie z przytoczonym wyżej art. 107 § 4a kk, w razie skazania na grzywnę zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem roku od wykonania kary. Oznacza to, że w dniu 30.09.2017 r. nastąpiło zatarcie skazania odwołującego, co potwierdza także przedstawiona przez niego na rozprawie informacja z KRK, zgodnie z którą w dniu 10.01.2019 r. nie figurował on w kartotece karnej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jego prawomocne skazanie za wymienione w tym przepisie przestępstwa. Skoro zatarcie skazania odwołującego nastąpiło ponad rok temu, to nie można przyjąć, że w czasie prowadzenia niniejszego postępowania odwołujący był w ogóle „skazany". Zatem niezależnie od faktu, że czyn, którego się dopuścił odwołujący, nie jest przestępstwem skarbowym,

dodatkowo uznać należy, że w dniu składania ofert i później odwołujący w ogóle nie może być już uznany za osobę skazaną, ponieważ jego skazanie uległo zatarciu. Tym samym nie ma znaczenia w niniejszej sprawie treść art. 24 ust. 7 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten ma zastosowanie, jeżeli wykonawca w ogóle może być uznany za „skazanego". W konsekwencji, brak możliwości uznania, że odwołujący jest osobą skazaną, również skutkuje koniecznością stwierdzenia, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 13 marca 2019r. sygn. akt KIO 320/19 wezwanie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp

„Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 2f i ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stanowi art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

*Izba stwierdziła, iż Zamawiający był uprawniony do wystosowania do wykonawców wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów p*otwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Jest to przepis o charakterze dyspozytywnym, którego zastosowanie jest uzależnione od oceny dokonanej przez Zamawiającego na określonym etapie postępowania. *Jak wskazuje się w orzecznictwie określenie „etap postepowania" funkcjonuje w stosunku do pojęcia postępowania przetargowego i nie ma znaczenia, w jakim trybie postepowanie to będzie prowadzone - nie ma znaczenia czy będzie to tryb jednoetapowy jak np. przetarg*

nieograniczony czy wieloetapowy, jak np. przetarg ograniczony (por. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 44/18).
*Natomiast niewątpliwie norma ta nabiera szczególnego znaczenia w postępowaniach wieloetapowych, gdzie wcześniejsza dokładna weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia dokonywana przed przystąpieniem do kolejnego „etapu postępowania," sprzyja w rezultacie ekonomice całego postępowania. Podobnie, w ocenie Izby, rzecz się ma w przypadku przetargu nieograniczonego, w którym przewidziano aukcję elektroniczną. W takiej sytuacji nie budzi wątpliwości Izby, iż wezwanie przez Zamawiającego wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów p*otwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu przed zaproszeniem ich do aukcji elektronicznej może być uznane za działanie obiektywnie niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Zmierza ono bowiem do weryfikacji czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia aukcji elektronicznej opisane w pkt 21.5. SIWZ oraz do zapobieżenia sytuacji, w której w aukcji elektronicznej brałby udział podmiot podlegający wykluczeniu, a zatem podmiot, którego ofertę uznawano by za odrzuconą.
Izba miała także na uwadze, iż Zamawiający wystosował wezwanie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, zachowując tym samym zasadę równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.
W konsekwencji Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 grudnia 2018 r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, miał obowiązek złożyć m.in. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r. sygn. akt KIO 397/19 - wolna ręka

„W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zastosowanie tego trybu w zaistniałych okolicznościach faktycznych jest ewidentnie nieprawidłowe, same zaś powołane okoliczności nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający nie wykazał więc wyjątkowości i nieprzewidywalności zaistniałej sytuacji oraz braku przyczyny powstania tej sytuacji po jego stronie, nie wykazał też, iż w danym przypadku wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia oraz że nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
Typowymi sytuacjami, których nie można było wcześniej przewidzieć, a do których odnosi się przedmiotowy przepis, są zdarzenia losowe lub inne zdarzenia podobnego typu niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. W orzecznictwie wskazuje się także, iż cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia

gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Sama konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia nie musi być jednak powiązana wyłącznie z wydarzeniami nadzwyczajnymi, może odnosić się też do zapewnienia bieżącego funkcjonowania zamawiającego, zwłaszcza w zakresie pełnionych przez niego funkcji publicznych, jak np. nieprzerwany odbiór odpadów czy dostawa leków, prądu itp.

Sytuacja, na którą powołał się Zamawiający jako podstawę faktyczną do udzielania zamówienia z wolnej ręki w żadnym wypadku nie miała takiego charakteru, było nią bowiem odstąpienie od umowy z Odwołującym – co więcej, w okolicznościach, które nie miały przymiotu ani nagłości, ani nieprzewidywalności, ani wyjątkowości. Przy czym Izba nie odnosi się do kwestii, czy odstąpienie to było w ogóle uzasadnione, gdyż w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Izba bada wyłącznie prawidłowość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a stosunki pomiędzy Stronami z umowy z 31 sierpnia 2018 r. tylko w zakresie mającym wpływ na zastosowanie tego trybu. Podobnie umowa zawarta przez Zamawiającego 27 lutego 2019 r. wykracza poza zakres rozpoznania objęty niniejszym postępowaniem odwoławczym.

Jak wynika z treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 18 lutego 2019 r., złożonego przez Zamawiającego, podstawą odstąpienia było postanowienie § 7 ust. 8 tej umowy, zgodnie z którym obowiązkiem wykonawcy było przekazanie Zamawiającemu, najpóźniej w terminie na 14 dni przed terminem rozpoczęcia realizacji usługi, pisemnej informacji o: a) pojazdach, którymi będzie realizowana umowa (w tym daty ich produkcji, nr rejestracyjnego, daty ważności przeglądu technicznego), b) osobach realizujących umowę jako kierowcy i opiekunowie, c) kopii licencji na podejmowanie i wykonywanie krajowego transportu drogowego wydanej na podstawie art. 5 ust. 1 o transporcie drogowym (oryginał do wglądu). § 9 ust. 3 pkt 2 tej umowy stanowi, że w razie naruszenia innych jej postanowień (w tym załączników do umowy) i nieusunięcia stwierdzonych uchybień mimo udzielenia wykonawcy dodatkowego, 7-dniowego terminu na jego usunięcie, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, a Zamawiający może wykonać swoje umowne uprawnienie do odstąpienia w terminie do 60 dni od daty uzyskania informacji o okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia, przy czym odstąpienie zostanie poprzedzone wezwaniem do zmiany sposobu realizacji umowy przez wykonawcę. Jeśli po otrzymaniu wezwania wykonawca zaprzestał naruszania umowy, uprawnienie do odstąpienia nie przysługuje.

Zatem, jak stwierdził dalej Zamawiający, obowiązkiem wykonawcy w ramach zawartej umowy było przedstawienie na 14 dni przed rozpoczęciem jej wykonywania wskazanych w treści § 7 dokumentów, tj. informacji o pojazdach, którymi będzie realizowana umowa, osobach realizujących umowę, kopii licencji. Pomimo powyższego wykonawca nie dopełnił swojego obowiązku we wskazanym terminie, bowiem rzeczonych dokumentów Zamawiającemu nie przekazał.

Pismem z 17 stycznia 2019 r. (biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4 Zamawiający wezwał Odwołującego do spełnienia ww. obowiązku wyznaczając mu dodatkowy 7-dniowy termin na spełnienie zobowiązania. Wezwanie to zostało wysłane 18 stycznia 2019 r.

i odebrane 24 stycznia 2019 r., zatem zakreślony 7-dniowy termin do usunięcia naruszeń upłynął 31 stycznia 2019 r. Odwołujący na wezwanie odpowiedział dopiero 6 lutego 2019 r. nadając w palcówce pocztowej pismo datowane na 1 lutego 2019 r., zatem uchybił obowiązkom wynikającym z umowy. Poza tym Odwołujący nie sprostał także obowiązkowi zawartemu w treści § 7 ust. 8 lit. c umowy, bowiem nie przedstawił do wglądu oryginału licencji wydanej na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym, co również stanowi naruszenie obowiązków umowy uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od niej. Odwołujący oświadczył, że przedmiotowe dokumenty Zamawiającemu po zawarciu umowy dostarczył zgodnie z umową, jak też przedstawił do wglądu oryginał licencji. Zwrócił również uwagę, że – nawet gdyby to nie nastąpiło – były to okoliczności, które Zamawiający mógł podnosić już we wrześniu 2018 r.

W związku z powyższym należy przyznać rację Odwołującemu, iż stwierdzona po stronie Zamawiającego potrzeba udzielenia zamówienia innemu wykonawcy nie wynikała z wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdyż była skutkiem odstąpienia przez Zamawiającego od dotychczasowej umowy. Wypowiedzenie to nie było nagłe ani pilne – wykonawca planowo realizował zamówione przewozy (w tym zakresie Zamawiający nie przedstawiał żadnych zastrzeżeń), a żądane dokumenty zostały mu dostarczone co najmniej na kilkanaście dni przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy lub znajdowały się w posiadaniu Gminy w innym trybie (administracyjnym). Nie było także wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia – w tym wypadku w postaci przejęcia realizacji zamówienia przez innego wykonawcę, ponieważ Odwołujący przewozy realizował regularnie i zgodnie z umową (Zamawiający nie przedstawiał żadnych zastrzeżeń).

Nawet zaś w przypadku samej dokonywanej czynności odstąpienia od umowy okresy pomiędzy poszczególnymi działaniami Zamawiającego (upływem terminu złożenia dokumentów na wezwanie z 17 stycznia 2019 r., złożenia tych dokumentów, przekazania oświadczenia o odstąpieniu, zaproszenia wykonawcy do negocjacji z wolnej ręki) były na tyle długie, że Zamawiający rzeczywiście byłby w stanie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Okoliczności te potwierdzają także fakt, że natychmiastowe wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę nie było konieczne.

Tym samym Zamawiający nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 137/19 - algorytm SHA

„Odnosząc się do podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 10a ust.5 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 2 i 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE1 nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającym dyrektywę 1999/93/WE

(rozporządzenie eIDAS), Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający niezasadnie uznał, że złożony przez wykonawcę w postępowaniu dokument JEDZ podmiotu użyczającego zasoby (trzeciego), podpisany został w sposób nieprawidłowy, albowiem dokument opatrzony został ważnym podpisem kwalifikowanym, zgodnie z wymogami prawa. Potwierdza to ustalenie Zamawiającego na które wskazał w decyzji z dnia 18.01.2019 r. dotyczącej wykluczenia wykonawcy z Postępowania. W treści pisma przedstawił bowiem – jak już wskazano - rzut ekranu z programu proCentrum, którym poddał weryfikacji złożony podpis elektroniczny, co prawda dla potwierdzenia zastosowania w podpisie algorytmu SHA-1, jednakże w oknie dotyczącym wyniku końcowego co do podpisu znajduje się informacje, że podpis został pozytywnie zweryfikowany. Izba zwraca także uwagę, że wskazywane rozporządzenie eIDAS w art. 32 ust.1 określa wymagania rozstrzygające o uznaniu podpisu elektronicznego za kwalifikowany podpis elektroniczny. Przepis ten nie wymaga (podobnie art. 10a ust.5 ustawy Pzp) dla ważności i uznania kwalifikowanego statusu podpisu elektronicznego, aby podpis ten musiał spełniać konkretnie wskazane standardy techniczne, ani też nie wskazuje żadnych „zabronionych" czy „dopuszczonych" algorytmów kryptograficznych (w tym spornego SHA-2), których zastosowanie (lub brak) uniemożliwia uznanie podpisu za podpis kwalifikowany, a w konsekwencji za ważny podpis.

Tym samym stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy Pzp (w tym wskazanego art. 10a ust.5 ustawy Pzp) powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji — przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji — danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W stanie faktycznym sprawy wynik walidacji był pozytywny.

Także odnośnie trzeciego z naruszeń art. 137 ust.1 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, Izba zgodziła się z Odwołującym, że przepis ten nie nakłada sankcji nieważności na podpisy złożone po dniu 1 lipca 2018 r. z uwierzytelnieniem wyłącznie przy użyciu algorytmu SHA-1. Z brzmienia tego przepisu nie można także wywieźć podstaw dla nieuznawania podpisu utworzonego z zastosowaniem funkcji skrótu SHA-1. Izba zwraca uwagę, że ustawa ta w art. 18 ust.1 stanowi, że: „Podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu". Z kolei w jej art. 132 ust.1 ustawodawca stwierdza, że: „Zaświadczenia certyfikacyjne, poświadczenia elektroniczne i certyfikaty wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym zachowują ważność przez okres w nich wskazany, o ile nie zostaną unieważnione".

Nie można zatem odmówić podpisowi elektronicznemu statusu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a już tym bardziej jego ważności wyłącznie na podstawie oceny Zamawiającego, że podpis nie poddaje się walidacji przy zastosowaniu algorytmu SHA-2 – w sytuacji gdy taki podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu. Wytyczna, aby przejść na weryfikację z użyciem SHA-2, nie rodzi, zdaniem Izby, skutku w postaci nieważności podpisu, tym bardziej, że wg obecnej wiedzy technicznej nadal uznaje się ten podpis za wystarczająco bezpieczny. Wydaje się, że o ważności podpisu weryfikowanego algorytmem

SHA-1 wypowiedział się Minister Cyfryzacji, w Komunikacie z dnia 1 marca 2018 r., wskazując: „algorytm SHA-1 nadal będzie mógł być używany przy weryfikacji". Izba wskazuje także na argumentację Odwołującego i wskazane w odwołaniu stanowisko Powszechnego Centrum Certyfikacji, zamieszczone na oficjalnej stronie internetowej [„Interpretacja wchodzących w życie przepisów określone w ustawie o identyfikacji elektronicznej oraz usługach zaufania w zakresie stosowania funkcji skrótu SHA-1 i SHA-2”] w myśl którego kwalifikowane certyfikaty podpisów i pieczęci wydane do 1 lipca 2018 r. można po tej dacie stosować przy składaniu podpisów aż do daty terminu ważności wskazanej w certyfikacie. Także wskazuje się, że wszystkie kwalifikowane podpisy oraz pieczęcie elektroniczne złożone do 1 lipca 2018 r. nie utracą ważności po tej dacie oraz, że po 1 lipca 2018r. nie ma potrzeby „aktualizacji" wydanych wcześniej i ważnych certyfikatów. Może również warto zwrócić uwagę, że art. 137 w ust.2 - dodanym ustawą z dnia 5.07.2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1544) - definiuje podmioty wobec których ten przepis ma zastosowanie. W myśl tego przepisu: „2. Dostawcy usług zaufania, producenci oprogramowania oraz podmioty publiczne obowiązani są do odpowiedniego dostosowania oprogramowania oraz systemów teleinformatycznych do zmian i terminu określonych w ust. 1.” To oznacza, że tylko wskazane podmioty zobowiązane są do przestrzegania zobowiązań z ust. 1 art. 137 ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej. Warto zauważyć, że wśród wskazanych podmiotów przedsiębiorcy, jedni z kluczowych podmiotów na rynku (z wyjątkiem dostawców usług zaufania) nie zostali w tym przepisie wymienieni.

Tym samym należy stwierdzić, że żaden z przepisów ustawy o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej jak również ustawy Pzp nie przewiduje sankcji dla przedsiębiorcy za stosowanie skrótu SHA-1, w szczególności sankcji nieważności kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co podnosił Odwołujący.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 1 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 55/19 - kryteria oceny ofert

„Wg ustalonych zasad Zamawiający przyzna 30 pkt za jedną dodatkową śmieciarkę ponad wymaganą w opisie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zakwestionowała to kryterium wskazując, iż nie będzie miało wpływu na jakość świadczonej usługi (z uwagi na zaniżone wymagania minimalne, jakie powinni spełniać wykonawcy składając ofertę). Ponadto, jako naruszające art. 91 ust. 3 Ustawy nie powinno być stosowane (dotyczy wiarygodności technicznej wykonawcy). Odwołujący wniósł o jego usuniecie z zapisów siwz oraz ogłoszenia.

Uwzględniając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze treść art. 91 ust. 3 Ustawy, w którym wyłączono możliwość oceny wiarygodności technicznej wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z zapisem Ustawy *Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.* W sprawie nie budziło sporu, iż opisany w rozdziale XIII siwz pkt 3.3 siwz sprzęt – pojazdy specjalne (śmieciarki), opisane w ramach warunku udziału w postępowaniu, miały potwierdzać zdolności techniczną wykonawcy do świadczenia usługi odbioru odpadów

komunalnych. Zamawiający ustalając na poziomie minimalnym warunek udziału w postępowaniu wymaga dysponowania łącznie trzema pojazdami, które nie muszą spełniać normy emisji spalin Euro IV, co stanowi dodatkowe kryterium oceny oferty opisane jako „Aspekt środowiskowy". Słusznie wskazał Odwołujący, iż przyjęcie jako kryterium oceny oferty, dysponowania dodatkowym pojazdem specjalnym (śmieciarką), prowadziło wprost do naruszenia art. 91 ust. 3 Ustawy, a ponadto faktycznie nie miało przełożenia na ocenę jakości świadczenia usługi. Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób dodatkowy pojazd miałby wpływać na podniesienie standardu przedmiotu zamówienia. Faktycznie ilość sprzętu niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy nie została w sposób sztywny narzucona i pozostawiona została do indywidualnej oceny wykonawcy na etapie realizacji umowy, z tym zastrzeżeniem że usługa ma być świadczona w sposób prawidłowy. Przyjmując stanowisko Zamawiającego, w którym przekonywał, iż warunek udziału w postępowaniu uwzględnia minimalną ilość sprzętu potrzebną do wykonania usługi, zaoferowanie dodatkowego pojazdu mogłoby mieć wyłącznie znaczenie na etapie oceny oferty. Jeżeli bowiem w praktyce pojazd ten nie będzie musiał być wykorzystany dla zapewnienia właściwego świadczenia usługi, to rozsądnie kalkulujący koszty wykonawca nie będzie miał potrzeby angażowania dodatkowego sprzętu, który w tym samym czasie mógłby być skierowany do realizowania innej umowy. Ustalenie kryterium oceny ofert powinno mieć przełożenie na wyższy walor otrzymanego świadczenia. Element związany z infrastrukturą sprzętową, który może mieć realne znaczenie dla podniesienia jakości usługi, został ujęty przez Zamawiającego w kryterium związanym ze spełnieniem normy emisji spalin „Euro IV" lub wyższej. W tym zakresie zapisy siwz nie budziły zastrzeżeń Odwołującego.
Podsumowując stanowisko Izby w tej części należy wskazać, iż błędnym w świetle ograniczeń wynikających z art. 91 ust. 3 Ustawy, było ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszącego się do wiarygodności technicznej wykonawcy. Wiarygodność tą Zamawiający ocenia w ramach wyznaczonego warunku udziału w postępowaniu w trybie oceny jego spełniania. Jak wskazano powyżej, istota kryterium oceny ofert powinna sprowadzać się do oceny dokonywanej pod kątem waloru, jakie niesie ono dla przedmiotu zamówienia. Przyjęcie, iż warunki udziału w postępowaniu mają gwarantować udział wykonawców zdolnych do jego realizacji, ich spełnienie stanowi niezależny od oceny oferty element weryfikacji podmiotowej wykonawcy. W świetle powyższego Izba uwzględniał odwołania i nakazała usunięcie z kryterium oceny ofert – *Dodatkowy sprzęt*, co ma dalszy skutek w postaci konieczności zmodyfikowania wag pozostałych kryteriów oceny."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 401/19 interes/aukcja elektroniczna

„Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie są legitymowani do wniesienia odwołania, ponieważ dążą jedynie do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy. W ocenie zamawiającego, w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. chodzi jedynie o interes nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W myśl art. 179 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy ”

Odnosząc się do konieczności wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia wskazać należy, że odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w postępowaniu ma potrzebę uzyskania zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania. W rozpoznawanym przypadku sama potrzeba uzyskania przez odwołujących przedmiotowego zamówienia nie była kwestionowana przez zamawiającego.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Szkoda może być rozumiana zarówno jako strata (szkoda majątkowa), jak i krzywda (szkoda niemajątkowa). Zauważyć należy, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego *(damnum emergens)*, oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego *(lucrum cessans),* stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z braku możliwości uzyskania realizacji tego zamówienia, ale nie jest to jedyna sytuacja, w której sytuacja majątkowa wykonawcy pogorszy się. W rozpoznawanym przypadku, w wyniku przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej, oferta odwołujących po raz drugi okazała się najkorzystniejsza, jednakże była mniej korzystna niż oferta złożona w pierwszym postępowaniu. W ocenie Izby, uzyskanie zamówienia na warunkach zapewniających wykonawcy niższe wynagrodzenie, wypełnia przesłankę poniesienia szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż w dniu 22 lutego 2019 r. podczas aukcji elektronicznej doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji, co w konsekwencji doprowadziło do kontynuowania prawidłowo zakończonej aukcji w dniu 27 lutego 2019 r. w sytuacji, gdy nie zaistniała „awaria" w rozumieniu ww. przepisu, bowiem wskazywany jednostkowy problem wystąpił jednorazowo tylko po stronie jednego z oferentów, a z informacji przesłanej przez podmiot administrujący serwerami, na których odbyła się aukcja nie wynika, iż doszło do awarii systemu teleinformatycznego i przerwania aukcji w rozumieniu art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p. tylko doszło do nieprawidłowości po stronie funkcjonowania jednego z oferentów, co nie pozwalało na zasadne pod względem prawnym wyznaczenie nowego terminu aukcji przez zamawiającego.
W myśl art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., w przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.
Izba podziela stanowisko odwołującego, że awaria, o której mowa w art. 91d ust. 1 ustawy P.z.p., musi nastąpić z przyczyn nieleżących po stronie któregokolwiek z uczestników. Odwołujący podnosili, że do awarii nie doszło, a wykonawca X Sp. z o.o. nie złożył oferty w czasie przewidzianym na podstąpienie. Odwołujący na tę okoliczność złożyli jako dowód w sprawie zdjęcie z ekranu obrazującego zakończenie etapu licytacji na okoliczność wykazania, że system działał prawidłowo.
W ocenie Izby przedłożony dowód nie świadczy, że nie doszło do awarii. Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego wykazało, że wykonawca X Sp. z o.o. nie mógł złożyć kolejnego postąpienia, ponieważ system trzykrotnie nie przyjął podpisania oferty. Po bezskutecznym upływie czasu na postąpienie, system potraktował to jako niezłożenie oferty i zakończył licytację."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2700/18 – aukcja elektroniczna

„Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 91c ust. 3 Pzp w zw. z pkt 29.1.12 IDW poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu w sposób, który nie gwarantował przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty, co skutkowało wprowadzeniem Odwołującego w błąd w zakresie aktualnego przebiegu aukcji oraz pozycji jego oferty, a tym samym uniemożliwiło złożenie kolejnego postąpienia, a w konsekwencji powyższego naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w ocenie Izby zarzuty zostały potwierdzone.
Podkreślić należy, iż aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą „dogrywką elektroniczną", która następuje

po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91a ust. 1 Pzp, a jej celem jest zwiększenie konkurencyjności złożonych ofert.

Instytucja aukcji elektronicznej w dyrektywie 2014/24/UE została uregulowana w art. 35. Zgodnie z jego ust. 1 i 2 *„instytucje zamawiające mogą stosować aukcje elektroniczne, w których przedstawiane są nowe, obniżane ceny lub nowe wartości dotyczące niektórych elementów ofert. W tym celu instytucje zamawiające organizują aukcje elektroniczne w formie powtarzalnego procesu elektronicznego realizowanego po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiającego ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny. W przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami instytucje zamawiające mogą postanowić, że udzielenie zamówienia publicznego zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji technicznych. W tych samych okolicznościach aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w przypadku ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy stronami umowy ramowej, jak przewidziano w art. 33 ust. 4 lit. b lub c, oraz w przypadku otwarcia na konkurencję zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów, o którym mowa w art. 34".*

Wskazać należy, iż w postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja elektroniczna, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych w terminie ofert, lecz jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a Zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty.

W takim przypadku mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia podejmowaną przez Zamawiającego, w stosunku do której przysługują środki ochrony prawnej. W przypadku dokonania przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisów prawa, podlegać ona będzie unieważnieniu lub powtórzeniu.

Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że unieważnienie aukcji elektronicznej jest synonimem unieważnienia postępowania, które można zastosować w sytuacji, kiedy wystąpiłaby wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Unieważnienie aukcji a unieważnienie postępowania to dwie odrębne i niezależne od siebie instytucje, których nie należy utożsamiać. Przesłanki unieważnienia postępowania zostały ściśle określone w art. 93 ust. 1-1d Pzp i nie można ich stosować analogicznie wobec innych czynności w postępowaniu. Unieważnienie postępowania skutkuje jego zakończeniem, natomiast unieważnienie czynności w postępowaniu nie oznacza zakończenia postępowania, lecz powrót etapu poprzedzającego podjęcie wadliwej czynności i daje możliwość jego przeprowadzenia zgodnie z wymaganymi przepisami. Zatem przeprowadzenie aukcji elektronicznej jako czynności w postępowaniu podlega takim samym regułom, jak każda inna czynność w postępowaniu, a w przypadku kiedy wykonana została z naruszeniem prawa, podlega unieważnieniu lub powtórzeniu.

Aukcja elektroniczna prowadzona jest za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego

połączenia z tą stroną, a wykonawcy składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Zamawiający zobowiązany jest na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni i składać postąpienia. To Zamawiający odpowiedzialny jest również za prawidłowe funkcjonowanie formularza umieszczonego na stronie, bowiem to on przygotowuje i przeprowadza aukcje elektroniczną.

Urządzenia Zamawiającego powinny samoczynnie szeregować, oceniać i klasyfikować oferty, przeliczając postąpienia na ocenę punktową według sposobu oceny ofert określonego w zaproszeniu do aukcji. Zakaz ingerencji przez Zamawiającego świadczy o dbałości ustawodawcy o to, aby aukcja elektroniczna decydująca o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której następuje ustalenie kluczowych elementów ofert była niezakłócona, transparentna i odbywała się bez udziału Zamawiającego.

Obowiązkiem występującym po stronie każdego wykonawcy, jest natomiast zapewnienie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak i sprawnego połączenia internetowego oraz kwalifikowalnego podpisu elektronicznego, a także odświeżanie ekranu za pomocą odpowiedniego przycisku przeglądarki lub wciskając klawisz „F5" na klawiaturze, w celu zapewnienia aktualności informacji na ekranie.

Z dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego wynika, iż urządzenia informatyczne, którymi posługiwał się Odwołujący przy przeprowadzeniu aukcji elektronicznej spełniały wymagania techniczne stawiane przez Zamawiającego, były właściwie zainstalowane i przez cały czas trwania aukcji pozostawały w pełnej aktywności w sieci lokalnej oraz z systemem Zamawiającego. Odwołujący wykazał powyższe, poprzez zaprotokołowanie przebiegu przeglądania raportu aktywności użytkowników komputera oraz urządzeń zalogowanych do wewnętrznej sieci komputerowej wykorzystanych w biurach Odwołującego oraz zaprotokołowanie przebiegu danych zgromadzonych w systemach informatycznych wykorzystywanych w biurach Odwołującego sporządzonych w formie aktów notarialnych z dnia 14 stycznia 2019 roku i 24 stycznia 2019 roku. Sporządzenie powyższych protokołów w formie aktów notarialnych stanowi dowód potwierdzający zawartą w nich treść, w tym przypadku informacje i dane techniczne dotyczące urządzeń informatycznych, którymi posługiwał się Odwołujący podczas aukcji elektronicznej. (…)

Zgodnie z treścią art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp, w toku aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Określenie "na bieżąco" oznacza, iż aktualne informacje powinny być dostępne dla każdego wykonawcy, po każdym złożonym postąpieniu, w czasie rzeczywistym. W sytuacji, gdy w toku aukcji zostanie złożona oferta korzystniejsza, wykonawcy o tym fakcie muszą zostać poinformowani niezwłocznie po jej złożeniu, aby móc wykonać kolejne postąpienie. W niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego Odwołujący, (jak i drugi

wykonawca) nie otrzymał informacji o zmianie pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Tym samym Odwołujący nie widział aktualnej informacji o rankingu ofert a przyczyną tej sytuacji były okoliczności, które leżały wyłącznie po stronie Zamawiającego (co zostało również stanowczo przyznane przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 25 stycznia 2019 roku).

Podkreślić należy, iż jakiekolwiek trudności natury technicznej powodujące zakłócenie prawidłowego prowadzenia aukcji stanowią wadę postępowania przetargowego i tak zorganizowana aukcja nie może być podstawą udzielenia zamówienia publicznego (…).

W związku z powyższym potwierdził się zarzut naruszenia art. 91c ust. 3 Pzp poprzez brak przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 20 marca 2019 r. sygn. akt KIO 410/19 - informacja o wykluczeniu

„Zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, *w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające.*

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego, polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w części I postępowania, została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym wcześniej art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informując wykonawcę o wykluczeniu z udziału w postępowaniu ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Ponieważ zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w części I postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, powinien zawrzeć w uzasadnieniu faktycznym swej czynności odniesienie się do wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu, które powinny być spełnione łącznie. Uzasadnienie to powinno przedstawiać fakty, jakie zdaniem zamawiającego przemawiają za wypełnieniem dyspozycji wszystkich przesłanek tego przepisu. Zamawiający w analizowanej sprawie powinien zatem odnieść się w swym uzasadnieniu faktycznym do następujących okoliczności:

a) wykonawca zawarł wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę w sprawie koncesji,
b) umowa ta została zawarta z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp,
c) umowa ta została niewykonana lub wykonana nienależycie w stopniu istotnym,
d) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
e) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,
f) nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Dodatkowo, z mocy art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający powinien wyjaśnić powody, dla których uznał za niewystarczające dowody przedstawione przez wykonawcę w ramach tzw. „procedury samooczyszczenia".

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania*.

Izba podzieliła w całości swe dotychczasowe orzecznictwo co do konieczności szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia przez zamawiającego każdej z przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, trafnie przywołane przez odwołującego w odwołaniu (por. m.in. wyroki KIO wydane w sprawach o sygn. akt KIO 70/18 i KIO 434/18).

Odnosząc przedstawione powyżej rozważania do uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego z 5 marca 2019 r. Izba stwierdziła, że zamawiający nie sprostał ww. wymaganiom. Podkreślenia wymagało, że w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający skupił się jedynie na ocenie skuteczności procedury samooczyszczenia (art. 92 ust. 1a ustawy Pzp). Natomiast w odniesieniu do kwestii podlegania wykluczeniu (art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że „*odwołujący miał złożyć w dokumencie JEDZ oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp*".

Zdaniem Izby zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego swej czynności wykluczenia powołując się na fakt wypełnienia przez wykonawcę odpowiedniej części dokumentu JEDZ. Uszło uwadze zamawiającego, że wykonawca wypowiada się w dokumencie JEDZ jedynie o pewnych faktach. Natomiast ustalenie czy, a jeżeli tak, to jakie fakty przemawiają za spełnieniem przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może się zwolnić, w świetle art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i przywołanego orzecznictwa TS UE. Interpretacja tych faktów i towarzyszący jej wywód prawny musi znaleźć się w uzasadnieniu czynności wykluczenia, sporządzonym przez zamawiającego. Na marginesie należało wskazać, że oświadczenia złożone przez odwołującego w dokumencie JEDZ odnosiły się jedynie do niektórych przesłanek wykluczenia, a mianowicie wcześniejszego rozwiązania jakiejś bliżej niesprecyzowanej umowy zawartej z X. Sam ten fakt nie wypełnia jeszcze dyspozycji wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może

zatem utrzymywać, że *„odwołujący miał złożyć w dokumencie JEDZ oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp”.*

Izba stwierdziła, że czynność wykluczenia odwołującego z 5 marca 2019 r., nie odnosiła się do żadnej z przesłanek tego przepisu. Po pierwsze, należało przyznać rację odwołującemu, że zamawiający nie podał w uzasadnieniu, jaka konkretnie umowa miała zostać niewykonana lub niewykonana należycie. Zamawiający ograniczył się zaledwie do stwierdzenia, że chodzi o jakąś umowę z X. Odwołujący trafnie również zarzucił, że zamawiający nie wskazał, czy ta bliżej niesprecyzowana umowa została niewykonana lub nienależycie wykonana z przyczyn leżących po stronie odwołującego. W konsekwencji, nie wiadomo zatem było, dlaczego zamawiający uważa, że odpowiedzialność za wcześniejsze rozwiązanie umowy ponosi wykonawca, a nie np. X. Ma także rację odwołujący gdy twierdzi, że nie wiadomo dlaczego zamawiający uważa, że nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Wywodów na ten temat próżno było szukać w uzasadnieniu sporządzonym przez zamawiającego.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie może rozszerzać uzasadnienia faktycznego swej czynności wykluczenia w trakcie postępowania odwoławczego. W tym kontekście Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, który wskazał, iż z powodu związania odwołującego zarzutami odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron byłoby dopuszczenie rozszerzania przez zamawiającego podstawy faktycznej czynności wykluczenia.

W tym kontekście na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że pisząc o rozwiązaniu umowy miał na myśli umowę nr 12.41.RZ/50.2016 z 13 grudnia 2016 r. zawartą między X a odwołującym. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający uargumentował, że ww. umowa została niewykonana należycie w stopniu znacznym, gdyż nie zrealizowano 80% jej zakresu. Także dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że uważa odstąpienie od ww. umowy dokonane przez odwołującego za nieskuteczne i że przyczyny odstąpienia obciążają odwołującego. Jednakże, z powodów wskazanych wcześniej, powyższe działania zamawiającego musiały zostać uznane za spóźnione. Kierując się przedstawionymi rozważaniami Izba uznała za zbyteczne odnoszenie się do okoliczności towarzyszących realizacji umowy nr 12.41.RZ/50.2016. r. z 13 grudnia 2016 r. zawartej między X a odwołującym. Okoliczności te pozostawały bowiem bez związku z uzasadnieniem faktycznym zaskarżonej czynności wykluczenia z dnia 5 marca 2019 r.

Reasumując Izba stwierdziła, że czynność wykluczenia odwołującego została niedostatecznie uzasadniona w piśmie z dnia 5 marca 2019 r. i musi zostać wyeliminowana z obrotu prawnego jako rażąco naruszająca przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 7 czerwca 2018 r. sygn. akt IX Ga 739/17

tekst orzeczenia

Wyrok Sąd Okręgowego w Warszawie z dnia 27 września 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 750/18

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1228/18

tekst orzeczenia

Wyrok Sad Okręgowego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1429/18

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 1909/18

tekst orzeczenia

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 3/2019

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2019 – 31.03.2019

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	25 982	5 331	**31 313**
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	25	65	**90**
O udzieleniu zamówienia	25 282	7 035	**32 317**
O konkursie	12	4	**16**
O wynikach konkursu	9	50	**59**
O zmianie ogłoszenia	10 388	4 433*	**14 821**
O zamiarze zawarcia umowy	748	229	**977**
O zmianie umowy	708	199	**907**
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	383	**383**
O profilu nabywcy	-	61	**61**
Razem	**63 154**	**17 790**	**80 944**
Koncesje			
O koncesji	0	0	**0**
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	**0**
O zmianie ogłoszenia	1	0	**1**
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	1	0	**1**
O zawarciu umowy koncesji	1	1	**2**
O zmianie umowy koncesji	0	0	**0**
Razem	**3**	**1**	**4**

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	38,95%	9,62%	33,91%
Dostawy	34,72%	49,02%	37,18%
Usługi	26,33%	41,36%	28,91%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,51%	98,31%	99,30%
Przetarg ograniczony	0,21%	1,32%	0,40%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,02%	0,30%	0,07%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,07%	0,03%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,00%	0,00%
Licytacja elektroniczna	0,24%	-	0,20%

Kryteria oceny ofert – BZP

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	23%	12%	12%
Cena i inne kryteria	98%	77%	88%	88%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	18%	28%	30%	28%
Cena i inne kryteria	82%	72%	70%	72%

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	120	1,19%
Dostawy	12	0,13%
Usługi	25	0,37%
Razem	**157**	**0,60%**

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	18	0,18%
Dostawy	25	0,28%
Usługi	48	0,70%
Razem	**91**	**0,35%**

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	736	7,27%
Dostawy	333	3,69%
Usługi	309	4,52%
Razem	**1 378**	**5,30%**

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	9 500	93,87%
Dostawy	6 997	77,55%
Usługi	5 716	83,57%
Razem	**22 213**	**85,49%**

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	8	0,08%
Dostawy	11	0,12%
Usługi	13	0,19%
Razem	**32**	**0,12%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	23,22%	6,71%	19,63%
Dostawy	41,04%	43,27%	41,52%
Usługi	35,74%	50,02%	38,85%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	87,79%	87,64%	87,75%
Przetarg ograniczony	0,30%	2,38%	0,75%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,04%	0,64%	0,17%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,10%	9,09%*	2,06%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,24%	0,07%
Wolna ręka	10,36%	-	8,10%
Zapytanie o cenę	1,21%	-	0,95%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,01%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,18%	-	0,14%

* - 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	odrzucanych
Roboty budowlane	3,62	1,71
Dostawy	2,02	1,32
Usługi	2,25	1,43
Średnio	**2,28**	**1,44**

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,21%
Administracja rządowa terenowa	2,05%
Administracja samorządowa	34,78%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	7,50%
Podmiot prawa publicznego	15,26%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,08%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	3,56%
Inny	34,56%

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	13,43%	29,51%	57,06%
Administracja rządowa terenowa	12,69%	43,81%	43,50%
Administracja samorządowa	34,68%	20,90%	44,42%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	22,03%	45,30%	32,67%
Podmiot prawa publicznego	8,37%	60,97%	30,66%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	19,23%	34,62%	46,15%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	15,38%	27,11%	57,52%
Inny	10,17%	55,01%	34,82%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień według kategorii zamawiających

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

Kategorie zamawiających	Tryb [%]								
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	PI	LE
Administracja rządowa centralna	82,85	0,87	0,00	0,00	0,00	14,83	1,16	0,00	0,29
Administracja rządowa terenowa	80,12	4,77	0,00	0,20	0,00	12,92	1,19	0,00	0,80
Administracja samorządowa	87,43	0,14	0,04	0,04	0,02	11,12	0,87	0,00	0,35
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	87,96	0,04	0,04	0,04	0,00	9,17	2,67	0,00	0,08
Podmiot prawa publicznego	85,60	0,41	0,03	0,36	0,00	13,01	0,56	0,00	0,03
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	92,31	0,00	0,00	0,00	0,00	7,69	0,00	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	89,33	0,00	0,00	0,00	0,00	9,33	1,33	0,00	0,00
Inny	89,68	0,25	0,04	0,10	0,04	8,39	1,49	0,00	0,02

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	410 000 EUR
Belgia	6	6 x usługi	7 161 100 EUR
Czechy	1	1 x usługi	884 178 EUR
Francja	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 848 533 EUR
Grecja	1	1 x usługi	300 000 EUR
Litwa	3	2 x dostawy 1 x usługi	1 035 975 EUR
Mołdawia	1	1 x usługi	4 943 340 EUR
Niemcy	4	2 x dostawy 2 x usługi	924 128 EUR w części ogłoszeń brak danych
Słowacja	1	1 x dostawy	303 500 EUR
Szwecja	1	1 x dostawy	632 604 EUR
Wlk. Brytania	1	1 x usługi	210 022 EUR
Włochy	1	1 x dostawy	546 285 EUR
Razem	**23**	**8 x dostawy** **15 x usługi**	**19 199 665 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			
Australia					1	24 576 690			**1**	**24 576 690**
Austria	1	39 980 000	4	9 532 626					**5**	**49 512 626**
Belgia	1	141 548 711	13	8 331 204	1	6 876 350			**15**	**156 756 265**
Czechy	1	6 946 535	12	39 084 529	1	156 950			**14**	**46 188 014**
Cypr			1	45 841 500					**1**	**45 841 500**
Dania					3	2 088 615			**3**	**2 088 615**
Francja	2	115 188 713	6	3 701 655	11	48 553 633			**19**	**167 444 001**
Grecja					1	668 470			**1**	**668 470**
Hiszpania	1	76 592 220	1	862 340					**2**	**77 454 560**
Holandia			6	10 915 402	3	3 798 627			**9**	**14 714 029**
Irlandia			55	9 442 351					**55**	**9 442 351**
Korea Południowa			1	320 115					**1**	**320 115**
Luksemburg					6	116 415 900			**6**	**116 415 900**
Niemcy	3	333 595 804	16	12 086 669	3	8 407 322			**22**	**354 089 795**
Rosja			1	47 428 700					**1**	**47 428 700**
Szwajcaria			11	15 518 585					**11**	**15 518 585**
Szwecja			2	7 681 000	1	472 088			**3**	**8 153 088**
Turcja			1	16 505 188					**1**	**16 505 188**
USA			1	215 935 545	4	16 550 661			**5**	**232 486 206**
Węgry			1	1 926 101	1	b.d.			**2**	**1 926 101**
Wielka Brytania			46	22 489 794	5	20 921 088			**51**	**43 410 882**
Włochy			1	3 287 671	2	213 877 238	1	200 000	**4**	**217 364 909**
Razem	**9**	**713 851 983**	**179**	**470 890 976**	**43**	**463 363 632**	**1**	**200 000**	**232**	**1 648 306 591**

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Sprawy	**Liczba**	
Wszczęte	57	
Zakończone	55	
Wyniki	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Odstąpiono od kontroli	21	38%
Nie stwierdzono naruszeń	12	22%
Stwierdzono naruszenia	22	40%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	14%
zalecenie usunięcia naruszeń	5	23%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	14	63%

Kontrole doraźne

Sprawy	**Liczba**	
Wszczęte	23	
Zakończone	22	
Wyniki	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy Pzp	0	0%
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	22	100%
W tym: zawiadomienie RDFP	13	-

Kontrole doraźne zawiadomień

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

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

Postępowania wyjaśniające

Sprawy	**Liczba**	
Wszczęte	52	
Zakończone	174	
Wynik	**Liczba**	**Struktura procentowa**
przekazane do kontroli	16	9%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

Odwołania	**Liczba**	
Wniesiono ogółem	561	
Rozpatrzono ogółem	610	
Sposób rozpatrzenia	**Liczba**	**Rozkład procentowy**
Zwrócone	48	8%
Odrzucone	10	2%
Umorzone postępowanie	136	22%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	147	24%
Oddalone	154	25%
Uwzględnione	115	19%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	**2019 r.**	**2018 r.**
Roboty budowlane	17%	24%
Dostawy	36%	31%
Usługi	47%	45%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	**2019 r.**	**2018 r.**
Liczba wniesionych skarg	33	53
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	9%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Izabela Fundowicz *Joanna Orzeł*

Wojciech Michalski *Martyna Mieszkowska*

Magdalena Olejarz *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