

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 3/2019

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	2
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH REGULACJE PRAWNE	2
Nowe Prawo zamówień publicznych opublikowane w Dzienniku Ustaw	2
Tekst jednolity ustawy - Prawo zamówień publicznych	2
Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego	3
Wytyczne w zakresie udziału wykonawców	3
INFORMACJE	4
Porozumienie o dofinansowanie projektu „e-Zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne” realizowanego w ramach POPC na lata 2014-2020	4
O proekologicznych rozwiązaniach w nowym Prawie zamówień publicznych	5
Zamówienia publiczne dostępne dla wszystkich	6
Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 roku	7
Nowa Rada Zamówień Publicznych	8
Gala XXV-lecia Urzędu Zamówień Publicznych	8
EDUKACJA	9
Dziś i jutro w zamówieniach publicznych - XII Konferencja Naukowa	9
Konferencje dot. umów koncesji na roboty budowlane lub usługi	10
Szkolenia nt. społecznych zamówień publicznych	10
PRAWO EUROPEJSKIE	11
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	11
OPINIE PRAWNE	20
Sposób postępowania z ofertą elektroniczną, z którą zamawiający nie jest w stanie się zapoznać	20
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	22
Poleganie na zasobach podmiotów trzecich – błędy wykrywane w trakcie kontroli Prezesa UZP	22
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	36
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	36
ANALIZY SYSTEMOWE	55
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2019 – 31.08.2019	55

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH REGULACJE PRAWNE

Nowe Prawo zamówień publicznych opublikowane w Dzienniku Ustaw

24 października 2019 r. w Dzienniku Ustaw RP zostały ogłoszone :

- ustawa z dnia 11 września 2019 r. – [Prawo zamówień publicznych \(Dz. U. poz. 2019\)](#)
- ustawa z dnia 11 września 2019 r. – [Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych \(Dz. U. poz. 2020\)](#)

Zgodnie z przepisami wprowadzającymi nowe Prawo zamówień publicznych zacznie obowiązywać 1 stycznia 2021 r.

Ustawa Prawo zamówień publicznych została uchwalona przez Sejm RP 11 września 2019 r., Senat przyjął ją bez poprawek 26 sierpnia 2019 r., a Prezydent RP Andrzej Duda podpisał 14 października 2019 r.

Najważniejsze kierunki zmian ujęte w nowym Prawie zamówień publicznych to w szczególności:

- Rozwiązania kładące nacisk na lepsze przygotowanie zamówienia;
- Wprowadzenie uproszczeń proceduralnych, w szczególności w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów unijnych;
- Zwiększenie konkurencyjności i dostępu do rynku zamówień;
- Zrównoważenie pozycji zamawiających i wykonawców;
- Większa transparentność postępowań;
- Zaproponowanie mechanizmu pozasądowego rozwiązywania sporów;
- Zmiany dotyczące umów o zamówienia publiczne, w tym regulacja kwestii waloryzacji kontraktów.

Tekst jednolity ustawy - Prawo zamówień publicznych

27 września 2019 r., w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod poz. 1843, zostało opublikowane obwieszczenie Marszałka Sejmu RP z dnia 11 września 2019 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

Aktualny tekst jednolity ustawy Pzp uwzględnia zmiany wprowadzone:

1. ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),

2. ustawą z dnia 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 53),
3. ustawą z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. U. poz. 730),
4. ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1655)

oraz zmiany wynikające z przepisów ogłoszonych przed dniem 11 września 2019 r.

[Tekst obwieszczenia wraz z tekstem jednolitym ustawy dostępny na stronie internetowej Dziennika Ustaw](#)

[Tekst jednolity na stronie internetowej UZP](#)

Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego

Na stronie UZP została opublikowana opinia dotycząca dopuszczalności zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Opinia dotyczy zagadnień:

1. Dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonywanej na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Prawo Zamówień publicznych
2. Dopuszczalności zmiany umowy zawartej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Opinia koncentruje się na dopuszczalności waloryzacji umów o udzielenie zamówienia publicznego zawartych w obowiązującym stanie prawnym, jak i przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

[Treść opinii](#)

Wytyczne w zakresie udziału wykonawców

24 lipca 2019 r. Komisja Europejska opublikowała wytyczne dotyczące udziału wykonawców i towarów pochodzących z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich. Celem wytycznych jest wyjaśnienie unijnych i międzynarodowych zasad regulujących udzielanie zamówień publicznych, w tym reguł dotyczących rażąco niskich cen, oraz zapewnienie przestrzegania norm bezpieczeństwa, pracy i norm środowiskowych oraz zasad pomocy państwa.

W wytycznych Komisja wyjaśnia w szczególności, że tylko przedsiębiorstwa z państw trzecich, z którymi UE podpisała wiążące międzynarodowe lub dwustronne umowy o wolnym handlu

obejmujące zamówienia publiczne, mają zagwarantowany dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych.

[Wytyczne w języku polskim dostępne na stronie Komisji Europejskiej](#)

INFORMACJE

Porozumienie o dofinansowanie projektu „e-Zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne” realizowanego w ramach POPC na lata 2014-2020

25 września 2019 r. Centrum Projektów Polska Cyfrowa oraz Urząd Zamówień Publicznych, działający w partnerstwie z Ministerstwem Cyfryzacji, podpisali *Porozumienie o dofinansowanie projektu „E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”*. Projekt będzie realizowany w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020, II oś priorytetowa E-administracja i otwarty rząd, Działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”.

Celem Projektu e-Zamówienia jest zapewnienie efektywnego, ujednoliconego, spełniającego potrzeby i oczekiwania interesariuszy zelektronizowanego procesu udzielenia zamówień publicznych w Polsce. Zbudowane w ramach Projektu e-usługi ułatwią i skrócą przebieg czynności podejmowanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego zgodnie z ustawą Pzp. Dodatkowo projekt przyczyni się do zwiększenia dostępu do informacji dla wykonawców o prowadzonych postępowaniach krajowych i unijnych oraz dostarczy narzędzi analitycznych i raportowych.

Projekt e-Zamówienia obejmuje:

- Budowę Platformy e-Zamówienia udostępniającej e-usługi w fazie pre-award procesu udzielania zamówienia publicznego;
- Zbudowanie i udostępnienie API do realizowanych usług i danych, co umożliwi ich integrację z innymi systemami;
- Implementację i udostępnienie formularzy dokumentów, co przyczyni się do ich ujednolicenia i standaryzacji.

W wyniku realizacji Projektu zostaną udostępnione usługi składania i otwierania ofert, komunikacji elektronicznej i wymiany informacji przez uczestników postępowania na Platformie e-Zamówienia na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Projekt obejmuje udostępnienie nowych usług elektronicznych, a także poprawę funkcjonalności oraz dojrzałości istniejących usług w obszarze zamówień publicznych.

Realizacja Projektu przewidziana jest na lata 2019-2022. Całkowita wartość Projektu wynosi 34 607 304,00 zł

[e-Zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne – informacje na stronie internetowej UZP](#)

O proekologicznych rozwiązaniach w nowym Prawie zamówień publicznych

Proekologiczne rozwiązania podejmowane przez Urząd oraz znajdujące się w podpisanym przez Prezydenta RP nowym Prawie zamówień publicznych zaprezentowali w trakcie konferencji prasowej 24 września Prezes Rady Ministrów - Mateusz Morawiecki oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - Hubert Nowak.

W zakresie proekologicznych działań realizowanych przez Urząd wskazano w szczególności prowadzenie działań edukacyjnych, promocji dobrych praktyk, wzorów kryteriów proekologicznych czy wymagań proekologicznych. Prezes Urzędu odwołał się do [strony internetowej](#), na której można znaleźć wszystkie dokumenty w tym zakresie.

Podkreślono również, że nowe PZP wprowadza istotne zmiany wzmacniające zakupy proekologiczne. W szczególności polegają one na:

1. wprowadzeniu podstawy prawnej do uchwalenia dokumentu pn. **Polityka zakupowa państwa**, który opiera się na potrzebie wdrożenia inteligentnego modelu zarządzania zakupami w ramach realizowanych zamówień publicznych z uwzględnieniem m.in. aspektów środowiskowych (art. 21 i art. 22 nowej ustawy Pzp);
2. **wprowadzeniu zasady efektywności ekonomicznej**, zgodnie z którą zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów środowiskowych (art. 17 ust. 1 nowej ustawy Pzp);
3. obowiązku dokonania przez zamawiających publicznych przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, **analizy potrzeb i wymagań**, uwzględniającej rodzaj i wartość zamówienia, w tym możliwość uwzględnienia aspektów środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia (art. 83 ust. 1 i ust. 3 pkt 4 nowej ustawy Pzp);
4. możliwości **określenia przez zamawiającego wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriami, opisem przedmiotu zamówienia, czy niektórymi warunkami, które mogą obejmować aspekty środowiskowe.**

Ponadto w ramach działań prowadzonych przez UZP we współpracy z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej przygotowywane są rozmaite narzędzia, które mają pomóc zamawiającym m.in. w planowaniu postępowań. Takimi narzędziami będą przykładowo:

1. interaktywna mapy inwestycji budowlanej, która będzie wskazywać najistotniejsze elementy budynku, które mogą – w zależności od zastosowanych rozwiązań – wywierać określony wpływ na środowisko;
2. materiał, który ma stanowić swego rodzaju wytyczne/wyjaśnienie dotyczące tego jak w praktyce zastosować metodę oceny kosztów cyklu życia budynku określoną w Rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie

metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposobu przedstawiania informacji o tych kosztach (Dz. U. poz. 1357);

3. kalkulator elektroniczny - który ma stanowić pomoc dla zamawiających w ocenie i porównaniu wpływu środowiskowego (LCA) różnych pojazdów oferowanych przez wykonawców w ramach zamówień publicznych. Przygotowywane narzędzie, pozwoli po wprowadzeniu odpowiednich danych na porównanie pod tym kątem pojazdów, które w konkretnym postępowaniu zostaną zaoferowane zamawiającemu.

Zamówienia publiczne dostępne dla wszystkich

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości ogłosiła konkurs poświęcony zamówieniom publicznym. W terminie do 28 października br. można zgłaszać wnioski o dofinansowanie projektów szkoleniowo-doradczych skierowanych do mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw, które chcą ubiegać się o zamówienia publiczne w Polsce. W puli konkursu „Zamówienia publiczne dostępne dla wszystkich” znajduje się 15 mln zł.

Zwiększenie liczby małych i średnich firm, które startują w przetargach; efektywne wydawanie pieniędzy w systemie zamówień publicznych, tak by uzyskiwać produkty jak najlepszej jakości w konkurencyjnych cenach; wzrost innowacyjności polskiej gospodarki – takie mają być najważniejsze efekty nowego Prawa zamówień publicznych.

W te cele wpisuje się nowy konkurs PARP w ramach działania 2.2 Wsparcie na rzecz zarządzania strategicznego przedsiębiorstw oraz budowy przewagi konkurencyjnej na rynku (typ projektu 2) POWER.

Projekty powinny zakładać przygotowanie, zorganizowanie i przeprowadzenie:

- szkoleń z zakresu ubiegania się o zamówienia publiczne w Polsce, uwzględniających specyfikę zamówień z zakresu usług, dostaw i robót budowlanych, w tym tematyki partnerstwa publiczno-privatnego;
- szkoleń, połączonych z formą warsztatową z zakresu przygotowania do wykorzystywania instrumentów e-zamówień;
- szkoleń z zakresu prawnych aspektów prowadzenia działalności w związku z funkcjonowaniem na rynku zamówień publicznych;
- doradztwa związanego bezpośrednio z tematyką działań szkoleniowych, o których mowa w pkt. 1-3;
- doradztwa z zakresu ubiegania się o zamówienia publiczne w Polsce.

[Komplet informacji dot. konkursu](#)

Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 roku

7 sierpnia 2019 r. Rada Ministrów przyjęła Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.

Dokument ten zawiera informacje dotyczące stanu prawnego w dziedzinie zamówień publicznych oraz charakterystykę rynku zamówień publicznych, w tym liczbę i wartość udzielonych zamówień, tryby, w jakich zamówienia były udzielane, czas trwania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto informacje na temat działań realizowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w roku 2018 oraz informacje dotyczące Krajowej Izby Odwoławczej, w tym liczby rozpatrywanych przez Izbę odwołań.

Z danych zawartych w sprawozdaniach przekazanych przez zamawiających Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że w 2018 r. zostało udzielonych 143 881 zamówień (w 2017 r. były to 139 133 zamówienia).

Wartość rynku zamówień publicznych w 2018 r. wyniosła 202,1 mld zł i była wyższa o 23% od wartości rynku w 2017 r., w którym zamawiający udzielili zamówień o wartości 163,2 mld zł.

Pod względem wartości wydatkowanych środków w zamówieniach publicznych, podobnie jak w latach ubiegłych, dominowały roboty budowlane, które stanowiły 46% ogólnej kwoty udzielonych zamówień. W przypadku dostaw kwota wydatków stanowiła 30%, a usług – 24% wartości udzielonych zamówień.

W 2018 r. nieznacznie wydłużył się przeciętny czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku postępowań o wartości zamówienia poniżej progów unijnych było to 40 dni w stosunku do 38 dni w roku 2017, a w przypadku postępowań o wartości zamówienia powyżej progów unijnych - 96 dni w stosunku do 93 dni w 2017 r.

Średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych wyniosła 2,19, a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE - 2,09.

Zamawiający dokonywali wyboru oferty najtańszej spośród wszystkich ofert złożonych w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych w przypadku 85,32% (w 2017 r. – 83,16%) udzielonych zamówień, a w postępowaniach o wartościach powyżej progów UE cena stanowiła jedyne kryterium w przypadku 11% udzielonych zamówień (w 2017 r. – 10%).

Za pośrednictwem udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych platformy zamawiający przeprowadzili 75 aukcji elektronicznych, osiągając w sumie ponad 23 mln zł oszczędności w stosunku do pierwotnie złożonych ofert.

Przy wykorzystaniu udostępnionego przez Urząd Zamówień Publicznych systemu miniPortal (bezpłatnego narzędzia do elektronicznej komunikacji pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami w procesie udzielenia zamówienia publicznego, umożliwiającego składanie

ofert i wniosków w postaci elektronicznej) w roku 2018 były prowadzone 1522 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

[Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.](#)

Nowa Rada Zamówień Publicznych

Minister Przedsiębiorczości i Technologii powołał 15 członków Rady Zamówień Publicznych.

Rada jest organem doradczo-opiniodawczym Prezesa Urzędu. Do kompetencji Rady należy m.in. wyrażanie opinii w szczególnie istotnych sprawach systemu zamówień, opiniowanie projektów aktów normatywnych, opiniowanie rocznego sprawozdania Prezesa Urzędu o funkcjonowaniu systemu zamówień, a także ustalanie etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień określone w ustawie Prawo zamówień publicznych. Obecna Rada Zamówień Publicznych liczyć będzie 15 członków – specjalistów z zakresu zamówień publicznych.

Skład Rady:

Marek Adam Kowalski - Przewodniczący Rady Zamówień Publicznych

prof. dr hab. Przemysław Drapała

Przemysław Grosfeld

Mariusz Haładaj

Balbina Kacprzyk

Dariusz Paweł Koba

dr Paweł Henryk Nowicki

Agnieszka Olszewska

Jerzy Pieróg

Michał Rogalski

Jan Styliński

Anna Szymańska

Ewa Wiktorowska

prof. dr hab. Tadeusz Włudyka

Arkadiusz Zieliński

Gala XXV-lecia Urzędu Zamówień Publicznych

Kilkuset gości reprezentujących rozmaite instytucje, firmy, uczelnie uczestniczyło w uroczystej Gali z okazji XXV-lecia istnienia Urzędu Zamówień Publicznych. Wydarzenie zorganizowane w Filharmonii Narodowej odbywało się pod Honorowym Patronatem Prezydenta RP. Okolicznościowy list do uczestników skierował również Prezes Rady Ministrów.

Gala była okazją do podziękowania za wkład jaki poszczególne osoby, firmy oraz instytucje wniosły w rozwój rynku zamówień publicznych. Dlatego też specjalna kapituła złożona

z wybitnych ekspertów w zakresie zamówień publicznych przyznała nagrody LUX CLARA IN CONTRACTIS PUBLICIS. Zamawiający oraz wykonawcy otrzymali pamiątkowe statuetki w dowód uznania za stosowanie dobrych praktyk w postępowaniach, w których biorą udział. Specjalne wyróżnienie trafiło do Pana Mariana Lemke jako osobowości systemu zamówień publicznych.

Lista wszystkich wyróżnionych nagrodami LUX CLARA IN CONTRACTIS PUBLICIS

Gala stała się również okazją do uhonorowania wszystkich byłych Prezesów oraz Wiceprezesów Urzędu Zamówień Publicznych. Otrzymali oni pamiątkowe statuetki w dowód wdzięczności za zaangażowanie i wysiłek jaki włożyli w rozwój Urzędu w trakcie swojej służby na tych stanowiskach.

XXV-lecie Urzędu Zamówień Publicznych to również okazja do spojrzenia w przyszłość. W ramach konkursu na najlepszą pracę magisterską z zakresu zamówień publicznych, kapituła złożona z przedstawicieli UZP oraz reprezentantów środowiska akademickiego pod przewodnictwem prof. dr hab. Krzysztofa Surówki z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie przyznała 3 nagrody. Miejsce 1. zajął Pan Mariusz Kacperkiewicz, 2. miejsce – Pani Maria Hejda, a miejsce 3. – Pani Anna Body.

W części artystycznej wystąpił Chór i Orkiestra Symfoniczna Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych nr 1 w Warszawie. Młodzi muzycy porwali swoim talentem i wirtuozerią liczną zgromadzoną publiczność. Nie zabrakło repertuaru klasycznego, a uczniowie i absolwenci ZPSM nr 1 udowodnili, że doskonale czują się również we współczesnych aranżacjach.

[Galeria zdjęć na stronie UZP](#)

EDUKACJA

Dziś i jutro w zamówieniach publicznych - XII Konferencja Naukowa

Przedstawiciele świata nauki oraz eksperci-praktycy z dziedziny zamówień publicznych spotkali się w dniach 7-8 października 2019 r. w Olsztynie na dwunastej już konferencji naukowej UZP pt. „Dziś i jutro zamówień publicznych”. Przedsięwzięcie zostało zorganizowane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

Obrady konferencji podzielono na pięć paneli tematycznych. Przedmiotem obrad były zagadnienia aktualnej kondycji systemu zamówień publicznych, omówiono też interesujące kwestie związane z praktyką udzielania zamówień, w tym planowaniem, udzielaniem i realizacją zamówień publicznych. W programie znalazły się również zagadnienia dotyczące konkurencyjności na rynku zamówień publicznych oraz profesjonalizacji kadr zajmujących się szeroko rozumianym procesem udzielania zamówień publicznych.

Główny punkt ciężkości obrad konferencji przypadł na tematy dotyczące przyszłości zamówień publicznych. Zagadnienia nowego Prawa zamówień publicznych (uchwalonego 11.09.2019 r.)

i aktualnych kierunków rozwoju zamówień publicznych w Polsce i Europie były poruszane nie tylko w ramach panelu przebiegającego pod hasłem „przyszłość zamówień publicznych”, ale przewijały się w trakcie obrad całej konferencji, stanowiąc jednocześnie przedmiot ożywionej dyskusji.

[Prezentacje konferencyjne na stronie UZP](#)

[Relacja z konferencji w Radiu UWM](#)

Konferencje dot. umów koncesji na roboty budowlane lub usługi

9 lipca 2019 r. oraz 24 września 2019 r. w Warszawie odbyły się konferencje dotyczące umów koncesji na roboty budowlane lub usługi zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Ministerstwem Inwestycji i Rozwoju.

Relacje z konferencji wraz z prezentacjami wygłoszonymi podczas obrad dostępne są na stronie internetowej UZP:

[Skuteczne zawieranie umów koncesji na roboty budowlane lub usługi](#) – 9 lipca 2019 r.

[Umowy koncesji na roboty budowlane i usługi – regulacje i praktyka](#) – 24 września 2019 r.

Szkolenia nt. społecznych zamówień publicznych

9 i 16 września 2019 r. w Warszawie odbyły się szkolenia nt. społecznych zamówień publicznych. Szkolenia poświęcone były dostępności architektonicznej w zamówieniach publicznych. W trakcie szkoleń zostały omówione w pierwszej kolejności aspekty i klauzule społeczne w zamówieniach publicznych a następnie została przekazana wiedza na temat sposobu projektowania przestrzeni w taki sposób, by mogła służyć jak najszerszemu gronu odbiorców, ze szczególnym uwzględnieniem osób niepełnosprawnych.

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Wyrok z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 *Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Sviluppo Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per l'Italia SpA (Infratel Italia SpA)*

Włoski naczelny sąd administracyjny zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem mającym na celu ustalenie, czy art. 28 ust. 2 zdanie pierwsze dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że ze względu na wymóg tożsamości prawnej i materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, przepis ten stoi na przeszkodzie temu, by w ramach przetargu ograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego wybrany w ramach preselekcji kandydat, który zobowiązuje się do przejścia drugiego kandydata wybranego w ramach preselekcji na podstawie umowy o połączeniu zawartej między etapem preselekcji a etapem przedstawienia ofert, a wykonanej po etapie przedstawienia ofert, mógł przedstawić ofertę.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności podkreślił, że zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucję zamawiającą, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm prawa unijnego regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. Następnie Trybunał przypomniał, że we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie C-396/14 *MT Højgaard i Züblin* orzekł, iż w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, w przypadku rozwiązania wybranego w preselekcji konsorcjum wykonawców, w której skład wchodzi dwaj wykonawcy, jeden z nich może zastąpić to konsorcjum i kontynuować udział w postępowaniu bez naruszenia zasady równego traktowania, pod warunkiem że zostanie wykazane, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone początkowo przez instytucję zamawiającą i że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów. Podobnie w tej sprawie Trybunał doszedł do wniosku, że pomimo braku tożsamości materialnej wykonawców wybranych w ramach preselekcji z wykonawcami, którzy złożą ofertę, można uznać, że zasada równości nie została naruszona. W konsekwencji w ocenie Trybunału przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie sprzeciwiają się takim zmianom podmiotowym po stronie wykonawcy.

Pełen tekst wyroku w tej sprawie można znaleźć pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/41474/orzeczenie-z-dnia-11-lipca-2019-r.-w-sprawie-C-697_17-Telecom-Italia-SpA.pdf

2. Orzeczenie z dnia 29 lipca 2019 r. w sprawie C-620/17 *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*

Węgierski sąd zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczenia dotyczącego wykładni art. 4 ust. 3 TUE, art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, art. 49 TFUE, art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. zmienionej dyrektywą 2007/66, dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. W tym celu zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami: 1) Czy podstawowe zasady oraz przepisy prawa Unii (a w szczególności art. 4 ust. 3 TUE oraz wymóg jednolitej wykładni) należy interpretować tak, jak uczynił to Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku C 224/01 *Köbler*, to znaczy w ten sposób, że orzeczenie o odpowiedzialności sądu państwa członkowskiego rozstrzygającego sprawę w ostatniej instancji za wyrok, który narusza prawo Unii Europejskiej, może opierać się wyłącznie na prawie krajowym lub na kryteriach ustanowionych przez prawo krajowe, a jeśli nie to czy podstawowe zasady i przepisy prawa Unii, a w szczególności trzy kryteria ustanowione przez TSUE w w/w wyroku dla stwierdzenia odpowiedzialności „państwa” należy interpretować w ten sposób, że spełnienie przesłanek odpowiedzialności państwa z tytułu naruszenia prawa Unii przez sądy wspomnianego państwa powinno być oceniane na podstawie prawa krajowego? 2) Czy przepisy i podstawowe zasady prawa Unii (a w szczególności art. 4 ust. 3 TUE oraz wymóg skutecznej ochrony sądowej), zwłaszcza wyroki Trybunału Sprawiedliwości w dziedzinie odpowiedzialności państwa członkowskiego C6/90 i C 9/90, *Francovich i in.*, C 46/93 i C 48/93 *Brasserie du pêcheur i Factortame*, C 224/01 *Köbler*, należy interpretować w ten sposób, że powaga rzeczy osądzonej wyroków naruszających prawo Unii wydanych przez sądy państwa członkowskiego rozstrzygające w ostatniej instancji wyłącza stwierdzenie odpowiedzialności państwa członkowskiego za szkody i krzywdy? 3) Czy w świetle dyrektywy [89/89] i dyrektywy [92/13] mają znaczenie w rozumieniu prawa Unii postępowanie odwoławcze w zakresie zamówień publicznych dotyczące zamówień publicznych o wartości przekraczającej progi wspólnotowe oraz kontrola decyzji administracyjnej wydanej w tym postępowaniu, a jeśli tak, to czy mają znaczenie prawo Unii i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C 453/00 *Kühne & Heitz*, C 234/04 *Kapferer* a zwłaszcza wyrok w sprawie C 213/13 *Impresa Pizzarotti* w odniesieniu do konieczności dopuszczenia rewizji jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia, która wynika z prawa krajowego w związku z sądową kontrolą decyzji administracyjnej przyjętej we wspomnianym postępowaniu odwoławczym w dziedzinie zamówień publicznych? 4) Czy dyrektywy w sprawie postępowań odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że jest z nimi zgodne uregulowanie krajowe, zgodnie z którym sądy krajowe rozpoznające sprawę w postępowaniu głównym mogą nie uwzględnić okoliczności, którą należy ocenić zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości – wydanym w postępowaniu w sprawie odesłania prejudycjalnego w ramach postępowania odwoławczego w dziedzinie zamówień publicznych –

okoliczności, której ponadto nie uwzględniają sądy krajowe orzekające w postępowaniu wszczętym w wyniku skargi rewizyjnej wniesionej przeciwko decyzji wydanej w sprawie głównej? 5) Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 i 2 dyrektywy 92/13, należy interpretować – w świetle wyroków C 2/06 *Kempter*, C 243/08 *Pannon GSM*, C 453/00 *Kühne & Heitz*, C 234/04 *Kapferer*, C 213/13 *Impresa Pizzarotti*, – w ten sposób, że jest zgodne ze wspomnianymi dyrektywami oraz z wymogiem skutecznej ochrony sądowej, a także z zasadami równoważności i skuteczności uregulowanie krajowe, zgodnie z którym, pomimo że wyrok Trybunału Sprawiedliwości wydany w postępowaniu w trybie prejudycjalnym przed wydaniem wyroku w drugiej instancji ustanawia stosowaną wykładnię przepisów prawa Unii, sąd rozpoznający sprawę oddala ją z powodu braku zastosowania w czasie, a następnie sąd, który rozpoznaje skargę rewizyjną, uznaje rewizję za niedopuszczalną? 6) Czy jeżeli na podstawie prawa krajowego należy dopuścić rewizję w ramach przywrócenia konstytucyjności na podstawie nowego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, to czy nie należy dopuścić rewizji zgodnie z zasadą równoważności i zasadą ustanowioną w wyroku w sprawie C 118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, w przypadku, gdy nie można było uwzględnić wyroku TS w postępowaniu głównym z powodu postanowień prawa krajowego w dziedzinie terminów procesowych? 7) Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, oraz art. 1 i 2 dyrektywy 92/13, należy interpretować w świetle wyroku w sprawie C 2/06 *Kempter*, zgodnie z którym jednostka nie musi powołać się specjalnie na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, rozumiane w ten sposób, że postępowania odwoławcze w dziedzinie zamówień publicznych regulowane przez wspomniane dyrektywy mogą zostać wszczęte tylko w drodze odwołania, które będzie zawierało wyraźny opis powoływanego naruszenia w dziedzinie zamówień publicznych, a ponadto będzie wskazywało w precyzyjny sposób naruszony przepis z dziedziny zamówień publicznych – konkretny artykuł i ustęp – to znaczy, że w postępowaniu odwoławczym w dziedzinie zamówień publicznych mogą być oceniane jedynie naruszenia, które skarżący wskazał poprzez powołanie się na naruszony przepis z dziedziny zamówień publicznych – konkretny artykuł i ustęp – podczas gdy w każdym innym postępowaniu administracyjnym i cywilnym wystarczające jest, aby jednostka przedstawiła okoliczności faktyczne i dowody na ich poparcie, a organ lub sąd rozstrzygnie odwołanie zgodnie z jego treścią? 8) Czy przesłankę opisaną naruszenia w wystarczający sposób ustanowioną w wyrokach w sprawach C 224/01 *Köbler* oraz C 173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, należy interpretować w ten sposób, że do takiego naruszenia nie dochodzi, gdy sąd orzekający w ostatniej instancji, naruszając w sposób otwarty utrwalone i przytoczone w szczegółowy sposób orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości – które opiera się ponadto na różnych opiniach prawnych – odmawia uznania wniosku podmiotu prywatnego skierowania pytania prejudycjalnego odnośnie do dopuszczalności rewizji, opierając się na absurdalnym uzasadnieniu, że uregulowanie Unii – w tym przypadku w szczególności dyrektywy [89/665] i [92/13] – nie zawierają przepisów regulujących rewizję, pomimo że w tym zakresie równie szczegółowo przytoczono stosowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w tym również wyrok w sprawie C 213/13

Impresa Pizzarotti, które wyraźnie stwierdza konieczność rewizji w stosunku do postępowania w sprawie zamówień publicznych? Z uwagi na wyrok w sprawie 283/81 *Cilfit i in.*, w jakim stopniu szczegółowości sąd krajowy powinien uzasadnić niedopuszczenie rewizji, kiedy odchodzi on od mającej wiążący charakter wykładni prawnej ustalonej przez Trybunał Sprawiedliwości? 9) Czy zasady skutecznej ochrony sądowej i równoważności z art. 19 TUE i art. 4 ust. 3 TUE, swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług ustanowionych w art. 49 TFUE, a także dyrektywę [93/93] oraz dyrektywy [89/665], [92/13] i [2007/66] należy interpretować w ten sposób, że [nie sprzeciwiają się one] temu, aby właściwe sądy, w oczywisty sposób naruszając właściwe prawo Unii, odrzucały jeden za drugim środki zaskarżenia wnoszone przez skarżącą, dotyczące uniemożliwienia jej uczestnictwa w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, przy czym w przypadku owych środków zaskarżenia konieczne jest przygotowanie w tym przypadku licznych dokumentów, co wymaga poświęcenia dużej ilości czasu i pieniędzy lub uczestniczenia w rozprawach, i pomimo iż wiadomo, że istnieje teoretycznie możliwość stwierdzenia odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy sprawowaniu funkcji sądowniczych, to właściwe uregulowanie pozbawia skarżącą możliwości dochodzenia przed sądem odszkodowania za szkody poniesione w konsekwencji owych bezprawnych środków? 10) Czy zasady ustanowione w wyrokach w sprawach C 224/01 *Köbler*, C 173/03 *Traghetti del Mediterraneo*, 199/82 *San Giorgio* należy interpretować w ten sposób, że nie można wypłacić odszkodowania za szkodę wyrządzoną tym, iż naruszając utrwalone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, sąd państwa członkowskiego orzekający w ostatniej instancji nie dopuścił wniesionej we właściwym czasie przez prywatny podmiot rewizji, w ramach której podmiot ten mógł dochodzić odszkodowania za spowodowane wydatki?

W odniesieniu do pytań pierwszego, drugiego, ósmego i dziesiątego, powołując się na dotychczasowe orzecznictwo, Trybunał przypominał, że spełnienie trzech przesłanek - naruszony przepis prawa Unii przyznaje prawa jednostkom, naruszenie jest wystarczająco istotne oraz istnieje bezpośredni związek przyczynowy między tym naruszeniem a szkodą poniesioną przez te jednostki - jest niezbędne i wystarczające do powstania po stronie jednostek prawa do odszkodowania, co nie wyklucza możliwości pociągnięcia państwa członkowskiego do odpowiedzialności na mniej restrykcyjnych zasadach na podstawie prawa krajowego. Trybunał powtórzył, że odpowiedzialność państwa członkowskiego za szkody spowodowane orzeczeniem sądu orzekającego w ostatniej instancji, które narusza przepis prawa Unii, jest oparta na tych samych przesłankach. Następnie Trybunał wskazał, że ponieważ naruszenia praw wywodzonych z prawa Unii, spowodowanego orzeczeniem korzystającym z powagi rzeczy osądzonej nie można już naprawić, jednostki nie mogą być pozbawione możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności państwa w celu uzyskania w ten sposób sądowej ochrony swoich praw. Trybunał wyjaśnił też, że to sądy krajowe powinny zajmować się stosowaniem przesłanek odpowiedzialności państwa. Przypominał przy tym, że odpowiedzialność państwa członkowskiego za szkody spowodowane orzeczeniem sądu krajowego orzekającego w ostatniej instancji, które narusza przepis prawa Unii, może powstać jedynie w wyjątkowym przypadku, gdy sąd

krajowy orzekający w ostatniej instancji naruszy w sposób oczywisty mające zastosowanie prawo. W razie spełnienia powyższych przesłanek odpowiedzialności państwa, naprawienie przez państwo członkowskie konsekwencji wyrządzonej szkody powinno nastąpić zgodnie z krajowym prawem odszkodowawczym, przy czym warunki ustalone w prawie krajowym w odniesieniu do naprawienia szkody nie mogą być mniej korzystne niż warunki dotyczące podobnych krajowych środków prawnych (zasada równoważności) ani nie mogą być tak skonstruowane, by w praktyce uniemożliwiały lub nadmiernie utrudniały uzyskanie naprawienia szkody (zasada skuteczności). Naprawienie szkody wyrządzonej jednostkom wskutek naruszenia prawa Unii musi być adekwatne do poniesionej szkody, aby zapewnić skuteczną ochronę praw jednostek. Trybunał stwierdził, że przepis prawa krajowego, zgodnie z którym w przypadku, gdy odpowiedzialność państwa członkowskiego powstaje wskutek naruszenia normy prawa Unii przez orzeczenie sądu tego państwa rozpoznającego sprawę w ostatniej instancji, koszty poniesione przez stronę na skutek tego orzeczenia są w sposób ogólny wyłączone z zakresu szkody podlegającej naprawieniu, może w praktyce nadmiernie utrudniać lub nawet uniemożliwić uzyskanie odszkodowania adekwatnego do poniesionej przez tę stronę szkody.

Odnosząc się do pytań od trzeciego do szóstego Trybunał przywołał dotychczasowe orzecznictwo, zgodnie z którym, jeżeli obowiązujące krajowe normy proceduralne obejmują możliwość, z zachowaniem pewnych warunków, dokonania przez sąd krajowy zmiany orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej w celu doprowadzenia do sytuacji zgodnej z prawem krajowym, wówczas rozwiązanie to, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności, stosowane na takich samych warunkach, musi przeważać, jeśli warunki te zostały spełnione, w celu przywrócenia tej sytuacji do stanu zgodnego z uregulowaniami Unii. Trybunał wskazał, że to do sądu odsyłającego należy sprawdzenie, czy węgierskie normy proceduralne zawierają możliwość zmiany wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej, aby doprowadzić do zgodności sytuacji stworzonej wskutek tego wyroku z wcześniejszym prawomocnym orzeczeniem sądowym, które było już znane sądowi, który wydał ten wyrok, jak również stronom postępowania w którym on zapadł. Trybunał powtórzył, że w szczególności ze względu na okoliczność, że naruszenie praw wynikających z prawa Unii na mocy prawomocnego orzeczenia sądowego nie można już zwykle naprawić, jednostki nie mogą być pozbawione możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności państwa w celu uzyskania w ten sposób sądowej ochrony swoich praw.

W przedmiocie pytań siódmego i dziesiątego Trybunał odmówił wydania orzeczenia, stwierdzając, że te pytania nie mają żadnego związku z przedmiotem postępowania głównego.

Podsumowując, trybunał orzekł, że odpowiedzialność państwa członkowskiego za szkody spowodowane orzeczeniem sądu krajowego orzekającego w ostatniej instancji, które narusza przepis prawa Unii, podlega przesłankom określonym przez Trybunał, w szczególności w pkt 51 wyroku w sprawie C 224/01 *Köbler*, co nie wyklucza możliwości powstania odpowiedzialności państwa na podstawie mniej restrykcyjnych przesłanek na

gruncie prawa krajowego. Odpowiedzialności tej nie wyłącza fakt nabrania przez to orzeczenie powagi rzeczy osądzonej. W ramach stosowania zasad tej odpowiedzialności sąd krajowy, do którego wniesiono o naprawienie szkody, powinien ocenić, biorąc pod uwagę wszelkie czynniki charakteryzujące rozpatrywaną sytuację, czy sąd krajowy orzekający w ostatniej instancji dopuścił się wystarczająco istotnego naruszenia prawa Unii, w sposób oczywisty naruszając mające zastosowanie prawo Unii, w tym właściwe orzecznictwo Trybunału. Prawo Unii stoi natomiast na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który w takim wypadku wyłącza w sposób ogólny z zakresu podlegającej naprawieniu szkody koszty poniesione przez stronę na skutek wyrządzającego szkodę orzeczenia sądu krajowego. Ponadto, w ocenie Trybunału, Prawo Unii, a w szczególności dyrektywę Rady 89/665/EWG zmienioną dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE oraz dyrektywę Rady 92/13/EWG zmienioną dyrektywą 2007/66, a także zasady równoważności i skuteczności, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania państwa członkowskiego, które nie dopuszcza zmiany mającego powagę rzeczy osądzonej wyroku sądu tego państwa członkowskiego, który orzekł w przedmiocie skargi o stwierdzenie nieważności aktu instytucji zamawiającej, bez rozpatrzenia kwestii, której zbadanie przewidywał wcześniejszy wyrok Trybunału, wydany w odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony w ramach postępowania w przedmiocie tej skargi o stwierdzenie nieważności. Jednakże jeśli obowiązujące krajowe normy proceduralne obejmują możliwość dokonania przez sąd krajowy zmiany orzeczenia mającego powagę rzeczy osądzonej, aby doprowadzić do zgodności sytuacji stworzonej wskutek tego wyroku z wcześniejszym prawomocnym krajowym orzeczeniem sądowym, które było już znane sądowi, który wydał ten wyrok, jak również stronom w postępowaniu, w którym on zapadł, wówczas rozwiązanie to, zgodnie z zasadami równoważności i skuteczności, stosowane na takich samych warunkach, musi przeważać, aby doprowadzić do zgodności sytuacji z prawem Unii w wykładni nadanej wcześniejszym wyrokiem Trybunału.

Pełen tekst wyroku w tej sprawie można znaleźć pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/41526/Orzeczenie-z-dnia-29-lipca-2019-r.-w-sprawie-C-620_17-Hochtief-Solutions-AG-Magyarorszagi-Fioktelepe.pdf

3. Wyrok z dnia 5 września 2019 r. w sprawie C-333/18 *Lombardi Srl przeciwko Comune di Auletta i in.*

Włoski sąd chciał się dowiedzieć, czy art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by skarga główna wniesiona przez oferenta mającego interes w uzyskaniu danego zamówienia, który został lub mógł zostać poszkodowany w wyniku podnoszonego naruszenia prawa unijnego

w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów transponujących to prawo, a której celem jest wykluczenie innego oferenta, została uznana za niedopuszczalną na podstawie krajowych norm lub praktyk procesowych dotyczących rozpatrywania skarg wzajemnych o wykluczenie, niezależnie od liczby uczestników przetargu, a także liczby uczestników, którzy wnieśli skargę.

Stanowisko, jakie Trybunał zajął w tej sprawie, wpisuje się w linię orzeczniczą zapoczątkowaną wyrokiem w sprawie C-249/01 *Hackermüller* i rozwijaną w orzeczeniach w sprawie C-100/12 *Fastweb*, w sprawie C-689/13 *PFE*, w sprawie C-355/15 *Bietergemeinschaft* i w sprawie C-131/16 *Archus i Gama*. Zgodnie z tym stanowiskiem interes, którym kierują się strony w skargach wzajemnych o wykluczenie, uznaje się za co do zasady równoważny. Dla sądów rozpoznających takie skargi oznacza to obowiązek nieuznania skargi głównej o wykluczenie za niedopuszczalną na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, które przewidują priorytetowe rozpatrzenie skargi wzajemnej wniesionej przez innego oferenta.

Podsumowując, Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy 89/665/EWG sprzeciwiają się uznaniu takiej skargi czy odwołania za niedopuszczalne, niezależnie od liczby uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także liczby uczestników postępowania odwoławczego.

Pełen tekst wyroku w tej sprawie można znaleźć pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/41684/orzeczenie-z-dnia-5-wrzesnia-2019-r.-w-sprawie-C-333_18-Lombardi.pdf

4. Wyrok z dnia 25 września 2019 r. w sprawie C-63/18 *Vitali SpA przeciwko Autostrade per l'Italia SpA*

Włoski sąd dążył do ustalenia, czy art. 49 i 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz dyrektywę 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które ogranicza do 30% część zamówienia, której wykonanie oferent może podzlecić podmiotom trzecim. Odpowiadając na przedstawione pytanie, Trybunał w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i jak wynika z motywu 78 dyrektywy 2014/24/UE, w interesie Unii leży, by w dziedzinie zamówień publicznych wzmocnić otwarcie postępowania przetargowego na konkurencję. Korzystanie z podwykonawstwa, które może sprzyjać przystępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu. Co więcej, już w wydanym na gruncie dyrektywy 2004/18/WE wyroku w sprawie C-406/14 *Wrocław – miasto na prawach powiatu* Trybunał stwierdził, że klauzula specyfikacji warunków zamówienia, która nakłada ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej istotnego charakteru odnośnych zadań, jest niezgodna z przepisami prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych. Podobnie w tym orzeczeniu, orzekając na gruncie dyrektywy

2014/24/UE, Trybunał nie znalazł uzasadnienia dla przyznania państwom członkowskim uprawnienia do ograniczenia możliwości korzystania z podwykonawstwa do ustalonej abstrakcyjnie określonej części zamówienia.

W konsekwencji Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE sprzeciwiają się procentowemu ograniczaniu podwykonawstwa.

Pełen tekst wyroku w tej sprawie można znaleźć pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0024/41865/orzeczenie-w-sprawie-C-63_18-.pdf

5. Postanowienie z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie C-424/18 *Italy Emergenza Cooperativa Sociale i Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza „Croce Verde” przeciwko Ulss 5 Polesana Rovigo i Regione del Veneto*

Regionalny sąd administracyjny dla Wenecji Euganejskiej zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami zmerającymi do ustalenia, czy art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE w związku z motywem 28 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, zgodnie z którym z jednej strony, usługi transportu sanitarnego, dla których wymagana jest w pojeździe obecność kierowcy pojazdów ratunkowych i co najmniej jednego ratownika, posiadającego kwalifikacje i kompetencje wynikające z zaliczenia kursu i egzaminu w przedmiocie ratownictwa, a z drugiej strony, usługi transportowe świadczone na podstawowych poziomach pomocy medycznej, wykonywane przy użyciu pojazdów ratowniczych, objęte są w braku akcji ratowniczej wyłączeniem określonym w tym przepisie.

Kierując się zasadą ścisłej interpretacji wyłączeń, Trybunał stwierdził, że zarówno usługi transportu sanitarnego, dla których uregulowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym wprowadza obowiązek obecności w pojeździe kierowcy pojazdów ratunkowych i co najmniej jednego ratownika, jak i usługi transportowe świadczone na podstawowych poziomach pomocy medycznej, wykonywane przy użyciu pojazdów ratowniczych, nie mogą być automatycznie objęte zakresem wyłączenia, o którym mowa w art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24. Skorzystanie z tego wyłączenia zakłada bowiem, poza obecnością odpowiednio przeszkolonego personelu w zakresie udzielania pierwszej pomocy, że usługi transportu sanitarnego są świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym w rozumieniu tego przepisu i ma miejsce pilna sytuacja.

Konkludując, Trybunał uznał, że art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE w związku z motywem 28 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, zgodnie z którym z jednej strony, usługi transportu sanitarnego, dla których wymagana jest w pojeździe obecność kierowcy pojazdów ratunkowych i co najmniej jednego ratownika, posiadającego kwalifikacje i kompetencje wynikające z zaliczenia kursu i egzaminu w przedmiocie ratownictwa, a z drugiej strony, usługi transportowe świadczone na podstawowych poziomach pomocy medycznej, wykonywane

przy użyciu pojazdów ratowniczych, są objęte w braku akcji ratowniczej wyłączeniem określonym w tym przepisie.

Pełen tekst postanowienia w tej sprawie można znaleźć pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0013/41431/orzeczenie-z-dnia-20-czerwca-2019-r.-w-sprawie-C-424_18-Italy-Emergenza-Cooperativa-Sociale.pdf

OPINIE PRAWNE

Sposób postępowania z ofertą elektroniczną, z którą zamawiający nie jest w stanie się zapoznać

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 ze zm.) wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I (art. 10a – art. 10g) ustawy Pzp, obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcą w powyższy sposób w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje również przesyłanie ofert., wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Ich przekazanie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia spełnienie wymagań przewidzianych dla systemu teleinformatycznego w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 oraz z 2018 r. poz. 650) (§ 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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)

Otwarcie ofert następuje w sposób określony w art. 86 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 86 ust. 2 ustawy Pzp, otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. Z art. 86 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, tj. w tym samym dniu, w którym termin ten upłynął, zobowiązany jest do otwarcia złożonych ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Otwarcie ofert powinno nastąpić najpóźniej do końca dnia w którym upłynął termin ich składania tj. do godziny 24:00. Zamawiający nie może odroczyć otwarcia ofert w czasie ani przedłużyć terminu otwarcia. Nie jest również możliwe dokończenie przerwane, czy nie w pełni przeprowadzonego otwarcia ofert. Publiczne otwarcie ofert nie może zostać powtórzone w danym postępowaniu, jest to bowiem czynność faktyczna oraz jednokrotna. Otwarcie ofert polega na ich rozpakowaniu i odczytaniu informacji wymaganych przepisami. W postępowaniach, w których oferty składane są elektronicznie, za pośrednictwem miniPortalu, zamawiający pobiera przesłane pliki, następnie je odszyfrowuje i otwiera, a po otwarciu odczytuje informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. podaje nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

W sytuacji, w której podczas czynności otwarcia ofert okazuje się, że zamawiający nie jest w stanie otworzyć przesłanych przez wykonawców plików, mogących zawierać ofertę w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest do podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie, jaka jest przyczyna niemożności otwarcia tych plików. Wyjaśnienie powyższego

ma kluczowe znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania i determinuje dalsze czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że w świetle zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalne zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności weryfikacyjnych w ww. zakresie.

Jeśli w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia przesłanych plików leży po stronie zamawiającego i spowodowana jest np. brakiem odpowiedniego oprogramowania do otwarcia plików, czy problemami technicznymi w infrastrukturze informatycznej zamawiającego, zamawiający zobowiązany jest do rozważenia zaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W opisywanej sytuacji może bowiem zachodzić przypadek, w którym postępowanie będzie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jeżeli natomiast w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających okaże się, że przyczyna braku możliwości otwarcia plików leży po stronie wykonawcy, zamawiający jest uprawniony do uznania, że oferta nie została przez tego wykonawcę złożona. Możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli przez adresata jest warunkiem sine qua non złożenia takiego oświadczenia. W świetle art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi bowiem dopiero wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Należy przy tym podkreślić, że nie jest dopuszczalne, po upływie terminu składania ofert, uzupełnienie pliku zawierającego ofertę.

Należy podkreślić, że na zamawiającym ciąży obowiązek przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania, który w tym przypadku przejawia się obowiązkiem poinformowania wykonawcy w sposób jasny i niebudzący wątpliwości o uznaniu, że jego oferta nie została złożona, a także o przyczynach, które legły u podstaw takiej decyzji tj. o braku możliwości otwarcia pliku oraz o ustalonych przyczynach takiej sytuacji, leżących po stronie wykonawcy. Działanie takie, stanowiące realizację wskazanych wyżej fundamentalnych zasad udzielania zamówień, zabezpiecza interesy wykonawcy w postępowaniu, umożliwiając mu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że wykonawca winien uzyskać od zamawiającego jasną informację dotyczącą losów jego oferty w postępowaniu.

Przypomnieć także należy, że realizacja obowiązku przestrzegania zasady jawności i przejrzystości postępowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) wymaga również, aby zamawiający niezwłocznie po otwarciu ofert zamieścił na stronie internetowej informację nie tylko dotyczące firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie (art. 86 ust. 5 ustawy Pzp), ale także informacje dotyczące przesłanych plików, z których treścią podczas czynności otwarcia ofert nie był w stanie się zapoznać.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Poleganie na zasobach podmiotów trzecich – błędy wykrywane w trakcie kontroli Prezesa UZP

Błędy popełniane podczas przygotowywania treści SIWZ, a także na etapie badania i oceny ofert, dotyczące polegania na zasobach podmiotów trzecich, na podstawie wyników kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustawodawca w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”, przewidział możliwość, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Jak precyzuje ustawa, zdolności innych podmiotów na, których może polegać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, mogą przybrać postać zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Oznacza to, iż wykonawca nie może, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegać na kompetencjach lub uprawnieniach do prowadzenia działalności zawodowej, posiadanych przez podmioty trzecie. W tym celu wykonawca, który sam nie posiada wymaganych kompetencji lub uprawnień może ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą, który posiada niezbędne kompetencje lub uprawnienia. Jednak i w tym przypadku zamawiający na podstawie art. 25 ust. 5 ustawy Pzp może zastrzec szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegający na spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak taki warunek musi być skonstruowany z zachowaniem zasady proporcjonalności, a także musi być obiektywnie uzasadniony charakterem zamówienia.

Zamawiający nie może bezpodstawnie ograniczyć lub zakazać wykonawcom, polegania na zasobach innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jediną podstawą do ograniczenia polegania na zdolnościach innych podmiotów jest art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Na podstawie art. zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach dostaw, tym samym wykluczając możliwość polegania na zasobach innego podmiotu. Tylko w ww. przypadkach wykonawca musi samodzielnie lub wraz z innym wykonawcą, z którym wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia, potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca może polegać na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów zarówno w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich warunków jak i tylko do poszczególnych warunków, a także w odniesieniu do całego postępowania lub jego części.

Wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że podczas realizacji zamówienia będzie realnie dysponował tymi zasobami. W tym celu wykonawca musi przedłożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji swoich zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Wykonawca musi także wykazać, że wobec podmiotu, na zasobach którego polega, nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania.

Zobowiązanie, z którego wynika podstawa prawna umożliwiająca wykonawcy poleganie na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi precyzyjnie określić jakie zasoby, na jaki okres, w jaki sposób, w jakiej formie, w jakim celu, jakiemu wykonawcy i przez kogo są udostępniane. Treść zobowiązania musi także jednoznacznie wskazywać zamawiającego oraz przedmiot zamówienia. Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów powinno być złożone w oryginale wraz z ofertą.

Natomiast po stronie zamawiającego leży obowiązek oceny, czy udostępnione wykonawcy zasoby pozwalają mu na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenia również, czy udostępnione zasoby umożliwiają wykonawcy należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający bada także czy wobec podmiotu trzeciego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp podmiot, który udostępnia swoje zasoby w postaci sytuacji finansowej lub ekonomicznej odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów. Podmiot udostępniający swoje zasoby może zwolnić się od odpowiedzialności poprzez udowodnienie, iż nie ponosi winy za nieudostępnienie zasobów.

Poniżej zostały przedstawione przykłady naruszenia art. 22a ustawy Pzp, stwierdzone w wyniku przeprowadzenia przez Prezesa Urzędu kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład nr 1:

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 40 000 000,00 mln zł. Dodatkowo zamawiający wskazał w SIWZ, iż *„Przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Wykonawca może polegać na potencjale innych podmiotów niezależnie od stosunków łączących je z tymi podmiotami. (...) Jeżeli zasobem udostępnianym przez inny podmiot jest*

Polisa OC (która jest zasobem nieprzenaszalnym na inny podmiot) to zostanie ona uznana tylko pod warunkiem udziału danego podmiotu w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie Podwykonawstwa lub jako członka Konsorcjum. Wówczas zamawiający aby wykazać pełną kwotę ubezpieczenia OC może połączyć swoją polisę z polisą OC podmiotu udostępniającego ten zasób. Zakres Polisy podmiotu udostępniającego ten zasób w relacji do minimalnych wymagań zamawiającego musi być jednak proporcjonalny do udziału danego podmiotu w realizacji Zamówienia (odszkodowanie musi być bowiem możliwe do wyegzekwowania w razie spełnienia się stosownych przesłanek)”.

Zgodnie z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego (§ 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej jako „Rozporządzenie”.

W art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Celem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w zakresie jego zdolności finansowych takich jak ubezpieczenie działalności, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł polegać na tych zdolnościach w trakcie realizacji zamówienia. Pociąga to za sobą konieczność wykazania przez wykonawcę, że odwołanie się do tych zdolności podmiotu trzeciego ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykazanie powyższej okoliczności następuje przede wszystkim, tak jak w przypadku powoływania się przez wykonawcę na potencjał techniczny i osobowy, czy powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w tym zakresie na potrzeby realizacji zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie. Zamawiający może badać szczegółowo zdolność finansową podmiotu trzeciego, w sytuacji powoływania się na nią przez wykonawcę, poprzez żądanie przedłożenia przez wykonawcę dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, tj. polisy OC. Zamawiający będzie mógł uznać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, poprzez treść przedstawianych dokumentów, realny sposób, w jaki jest

przewidziane korzystanie z potencjału finansowego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału finansowego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

W opisywanym postępowaniu zamawiający wskazał, iż jeżeli zasobem udostępnianym przez inny podmiot jest polisa OC, to zostanie ona uznana tylko pod warunkiem udziału danego podmiotu w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa lub jako członka konsorcjum. Nie ulega przy tym wątpliwości, że udostępnienie zasobów finansowych przez podmiot trzeci najpełniej oddaje podwykonawstwo (udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia publicznego), tym niemniej nie można realności udostępnienia zasobu sprowadzać wyłącznie do problematyki podwykonawstwa, bowiem w przepisach brak jest obowiązku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w powyższej formie. Należy bowiem podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp odróżniają te dwie kategorie podmiotów, tj. podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby oraz podwykonawców (np. art. 36a ust. 1, art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp). Należy również wskazać, iż zamawiający nie może formułować warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby wykonawcy, którzy samodzielnie nie spełniają warunków, a są zainteresowani udziałem w postępowaniu, zobowiązani byli do zawierania konsorcjum, w celu ich spełnienia.

Zamawiający może wymagać od podmiotu udostępniającego swoje zasoby, uczestnictwa w realizacji zamówienia publicznego w roli podwykonawcy, tylko w przypadku udostępnienia swoich zasobów w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Natomiast wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego jest konieczne tylko w przypadku wykazania spełnienia warunków odnośnie wymaganych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne należy stwierdzić, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, w sytuacji gdy wykonawca polega na potencjale innych podmiotów, poprzez określenie wymogu udziału podmiotu trzeciego w bezpośredniej realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa lub jako członka konsorcjum. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 22c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 2:

Zamawiający wskazał w SIWZ, iż „Przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawca może polegać na potencjale innych podmiotów niezależnie od stosunków łączących je z tymi podmiotami. W takiej sytuacji wykonawca oceniony najwyżej zobowiązany będzie udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował określonym zasobem przedstawiając zobowiązanie danego podmiotu zobowiązującego się do współpracy.(...) Dodatkowo wykonawca którego

oferta zostanie oceniona najwyżej przedłoży na żądanie zamawiającego (w ciągu 10 dni od wezwania) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów”.

Ponadto w następnym rozdziale SIWZ zamawiający wskazał, iż wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona o „*deklaracje tego podmiotu do udostępnienia zasobu zgodnie z pouczeniem (czas, zakres oraz charakter udostępnienia)*”.

W toku postępowania, pismem z dnia 02.05.2018 r. zamawiający wezwał lidera konsorcjum, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenie ww. dokumentu odnośnie podwykonawcy, na zasobach, którego wykonawca polegał.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu JEDZ.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności o formularz JEDZ, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, zamawiający wskazując w SIWZ, iż będzie wymagał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego – w sytuacji kiedy wykonawca będzie się powoływał na jego zasoby – na etapie wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wraz ze składaną ofertą, stanowi naruszenie art. 22a ust. 1 w zw. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 3:

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w SIWZ wskazał, iż „*w sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów zamawiający zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu*

podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 15 i 21 ustawy Pzp. Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, złoży dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy w pkt 7.3.1-7.3.3 SIWZ”.

W pkt 7.3.1-7.3.3 SIWZ zamawiający żądał złożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 (w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp), 2 - 3 rozporządzenia.

Stosownie do dyspozycji art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbadać, czy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. W świetle przepisów ustawy Pzp ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać w oparciu o takie same zasady, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Tym samym, jeżeli zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bada podstawy do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, nie może ograniczyć badania podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał jedynie do przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 15 i 21 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Ponadto, zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wprowadzając w SIWZ zapis, iż zamawiający w odniesieniu do podmiotów trzecich będzie badał, czy nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1

pkt 13, 14, 15 i 21 ustawy Pzp, tj. pomijając obligatoryjne podstawy wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16-20 i 22 ustawy Pzp zamawiający de facto dopuścił możliwość wypełnienia formularza JEDZ przez podmioty trzecie w węższym niż wymagany zapisami art. 22a ust. 3 ustawy Pzp zakresie, czym naruszył przywołany przepis oraz art. 25 ust. 1 w zw. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Przykład nr 4:

Zamawiający wskazał w SIWZ, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wykonawcy było dysponowanie „nie mniej niż 4 zespołami układowymi. Każdy taki zespół układowy winien składać się co najmniej z:

a) 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 74,99 ton udźwigu (każda dźwigowa jednostka sprzętowa), lub

b) 4 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych o udźwigu równym lub wyższym niż 75 ton (każda dźwigowa jednostka sprzętowa).

W przypadku, gdy wykonawca dysponuje w ramach jednego zespołu układowego, dźwigowymi jednostkami sprzętowymi zarówno określonymi w pkt. a) i b), wówczas zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował lub zapewnił dysponowanie 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych”.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wykaz winien był potwierdzać spełnianie ww. warunku.

Ponadto, zgodnie z SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca wykazując spełnianie warunków może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy. Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca X składając ofertę w ramach przedmiotowego postępowania, wykazując spełnianie ww. warunku częściowo posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego Y.

Na potwierdzenie powyższej okoliczności wykonawca przedłożył zobowiązanie Y do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego postępowania m.in. w zakresie:

- 6 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 75,49 tony udźwigu (każda jednostka dźwigowa),

- 2 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych o udźwigu równym lub wyższym niż 75 ton (każda jednostka dźwigowa).

Tym samym stwierdzić należy, iż wykonawca zaznaczając w załączonym do oferty formularzu JEDZ sekcję α (zgodnie z uwagą informacyjną sformułowaną w Rozdziale IX SIWZ) zadeklarował się, iż w pozostałym zakresie spełnia ww. warunek zdolności udziału w postępowaniu samodzielnie (dysponowanie pozostałymi wymaganymi jednostkami dźwigowymi).

Pismem z dnia 26.04.2018 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy X o przedłożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ww. wykonawca przedłożył wymagany wykaz urządzeń technicznych, w którym m.in. wskazał, jakimi zespołami układowymi będzie dysponować (łącznie 6 zespołów układowych na które składa się 26 szt. jednostek dźwigowych) oraz podstawę dysponowania – zobowiązanie do udostępnienia zasobów/umowa dzierżawy. Konsorcjum przedłożyło jednocześnie m.in. następujące dokumenty:

- deklarację wystawioną przez wydzierżawiającego, tj. Z, gdzie wskazano, że wydzierżawiający oświadcza, iż dysponuje dźwigami bocznymi o udźwigu min. 75 ton i jednocześnie deklaruje, że w przypadku pozyskania przez X przedmiotowego zamówienia wydzierżawi mu na czas całkowitego wykonania prac łącznie 8 sztuk sprecyzowanych dźwigów;
- deklarację wystawioną przez wydzierżawiającego, tj. W, gdzie wskazano, że wydzierżawiający oświadcza, iż dysponuje dźwigami bocznymi o udźwigu min. 75 ton i jednocześnie deklaruje, że w przypadku pozyskania przez X przedmiotowego zamówienia wydzierżawi mu na czas całkowitego wykonania prac łącznie 10 sztuk sprecyzowanych dźwigów.

Biorąc pod uwagę ww. informacje oraz informacje wynikające z treści wykazu urządzeń technicznych dotyczące podstawy dysponowania ww. urządzeniami, zamawiający stwierdził, iż X, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych podmiotów, które wystawiły ww. deklaracje, tj. Z oraz W, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy.

W związku z tym zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy X z prośbą o udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów m.in. w zakresie:

- formularza JEDZ dotyczącego podmiotu trzeciego, tj. Z w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby — warunków udziału w postępowaniu;
- formularza JEDZ dotyczącego podmiotu trzeciego, tj. W w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia,

w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby — warunków udziału w postępowaniu;

- pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Z potwierdzającego, że do dnia składania ofert, rzeczony podmiot oddał wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby (zdolność techniczna) na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie z treści ww. dokumentu powinien wynikać zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu, tj. Z, sposób wykorzystania zasobów podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą;
- pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. W potwierdzającego, że do dnia składania ofert, rzeczony podmiot oddał wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby (zdolność techniczną) na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie z treści ww. dokumentu powinien wynikać zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu, tj. W, sposób wykorzystania zasobów podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wezwał do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia dotyczących każdego z ww. podmiotów.

Wykonawca X udzielił wyjaśnień, jednocześnie nie przedkładając wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotów Z oraz W. Wykonawca X już na wstępie swojego pisma wskazał, że wypełnił wykaz urządzeń technicznych mając na względzie fakt, iż część sprzętu stanowią urządzenia, które będą udostępnione przez podmioty trzecie (dla których załączył stosowne dokumenty) a część zostanie przekazana na mocy umowy dzierżawy. Odnośnie sprzętu, który będzie mu wdzierżawiany przez Z oraz W, wykonawca poinformował, iż dysponowanie przez niego w sposób bezpośredni sprzętem wymaganym przez zamawiającego nie jest udostępnieniem potencjału w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp. Dysponowanie sprzętem na mocy umowy dzierżawy jest dysponowaniem bezpośrednim, niewymagającym jego udostępnienia przez podmiot trzeci. Nadto wykonawca zwrócił uwagę, iż zgodnie z wzorem wykazu urządzeń technicznych wskazany miał zostać sprzęt wchodzący w skład zespołów układowych. Wykonawcy mogą więc dysponować takim sprzętem samodzielnie (własność, dzierżawa, leasing) albo w trybie użyczenia potencjału zgodnie z art. 22a ustawy Pzp. Wykonawca

podkreślił jednocześnie, że podmioty Z i W nie są podmiotami, na których zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy realizacji robót budowlanych. Ich rola ogranicza się tylko i wyłącznie do wydzierżawienia wykonawcy sprzętu – dźwigów bocznych, bez ich obsługi. Sprzęt ten będzie wykorzystywany przez zespoły układowe, brygady prowadzące spawanie montażowe zarówno wykonawcy jak i podwykonawców wskazanych w ofercie. Z uwagi na powyższe, zdaniem wykonawcy, złożenie dokumentów o których mowa w wezwaniu z dnia 21.05.2018 r. nie było konieczne.

W związku z powyższym, pismem z dnia 14.06.2018 r. zamawiający uznał, iż w odniesieniu do ww. podmiotów Z i W zachodzą podstawy do wykluczenia zgodnie z ustawą Pzp, skoro podmioty te nie wykazały ich braku. Działając na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp zażądał od wykonawcy zastąpienia ww. podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami oraz przedłożenia w odniesieniu do innego podmiotu lub podmiotów stosownych dokumentów.

Wykonawca przedłożył nowy wykaz sprzętu.

Mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp określa działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania owe polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia – samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim. W tym celu należy najpierw przybliżyć procedurę uzupełniania dokumentów, którą określa art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonuje weryfikacji wykonawcy pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert.

Przedłożenie przez wykonawcę X – w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp – dokumentów niepotwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub dokumentów niepotwierdzających niepodleganie wykluczeniu, lub nieprzedłożenie wszystkich lub niektórych z tych dokumentów aktualizuje obligatoryjny wymóg wezwania przez zamawiającego o uzupełnienie tych dokumentów lub przekazanie stosownych wyjaśnień. Powyższe reguluje przepis z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który jest jedyną regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego).

Co istotne, jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach. Omawiany art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza bowiem odrębnej od art. 26 ust. 3 zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich. Umożliwia on wykonawcy, na okoliczność uzupełnienia dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się w tym zakresie na zdolnościach podmiotów trzecich. Nie jest natomiast dopuszczalna sytuacja w której dochodzi do rozszerzenia potencjału, tj. nie ma takiej możliwości, ażeby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania oferty, na późniejszym etapie postępowania (uzupełnianie dokumentów) powoływał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego.

Przenosząc powyższe na grunt opisanego postępowania, w pierwszej kolejności podkreślić należy, iż wykonawca X wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w SIWZ, polegał na potencjale podmiotu trzeciego jedynie w zakresie 8 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych. Wykazując warunek w pozostałym zakresie wykonawca bazował na potencjale własnym – w załączonym do oferty formularzu JEDZ zaznaczył sekcję α . Powyższe znalazło potwierdzenie w przekazanym na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazie urządzeń oraz wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 28.05.2018 r. w ramach których wyraźnie wskazał, iż sprzęt przewidziany do wydzierżawienia od Z i W stanowi jego potencjał własny. Jak wynika bowiem z powyższych ustaleń, wykonawca w ramach przedmiotowej procedury nie mógł polegać na potencjale podmiotów trzecich w zakresie szerszym, niż wynikający pierwotnie z treści oferty (8 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych).

Zważywszy, że z treści dokumentów przedłożonych przez wykonawcę X na wezwanie zamawiającego sformułowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, iż wykonawca X wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, uznać należy, iż zamawiający nie miał podstaw do żądania przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokumentów oraz wyjaśnień określonych w piśmie z dnia 21.05.2018 r. oraz żądania zastąpienia przez wykonawcę, na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami, sformułowanego w piśmie z dnia 14.06.2018 r.

Dlatego też, zamawiający formułując żądania w powyższym zakresie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

W opisanym przypadku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale potwierdziła słuszność stanowiska Prezesa Urzędu.

Przykład nr 5:

Zamawiający w SIWZ wskazał katalog dokumentów, które wykonawca był zobowiązany przedstawić na żądanie zamawiającego w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania. Następnie zamawiający wskazał, iż *„wykonawca zobowiązany będzie przedstawić na wezwanie zamawiającego dokumenty, o których mowa w ust. 3 pkt 1–9 SIWZ (dokumenty na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia) w odniesieniu do podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp”*.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę X do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, w tym na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Jednocześnie zamawiający odstąpił od żądania od wykonawcy ww. dokumentów, dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Wykonawca X, w formularzu JEDZ zamieścił również informacje o podmiocie Y, na zasoby którego się powoływał w celu wykazania braku istnienia wobec tego podmiotu podstaw wykluczenia. Jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w toku kontroli, uzyskał on *„wypełnione i podpisane oświadczenie wykonawcy X o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu, w tym zawierające informacje o podmiocie udostępniającym zasoby (...). Stosownie do treści art. 26 ust. 2 ustawy Pzp pozostałych dokumentów zamawiający nie żądał”*.

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 3 zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 2 Rozporządzenia *„zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 Rozporządzenia”*.

Z powyższych przepisów wynika m.in. obowiązek zamawiającego do przeprowadzenia weryfikacji podmiotowej podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby pod kątem braku podstaw wykluczenia. Tym samym należy stwierdzić, iż weryfikacja podmiotu udostępniającego zasoby musi zostać przeprowadzone w takim samym zakresie, jak weryfikacja wykonawcy, któremu podmiot ten zasoby udostępnia. Inne stanowisko prowadziłoby do odmiennego traktowania wykonawców powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego i tych, którzy z pomocy takiego podmiotu nie korzystają, co stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji zamawiający badając, czy wobec podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp, powinien na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do

przedstawienia takiego samego zakresu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp i § 9 ust 2 Rozporządzenia, dotyczących tego podmiotu, jakiego wymagał od samego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę X do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, w tym dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, wskazanych w SIWZ. Jednocześnie zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia ww. dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającemu wykonawcy zasoby, tj. Y, co doprowadziło do nieuprawnionego różnicowania sytuacji wykonawców powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego i wykonawców nie korzystających z zasobów tych podmiotów, niedopełnienia ciężących na zamawiającym obowiązków, określonych w art. 22a ust. 3 ustawy Pzp i § 9 ust. 2 Rozporządzenia, oraz przeprowadzenia weryfikacji tego podmiotu w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Poprzez powyższe zamawiający naruszył art. 26 ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp i § 9 ust. 2 Rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W opisanym przypadku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale potwierdziła słuszność stanowiska Prezesa Urzędu.

Przykład nr 6:

Przedmiotem kontrolowanego postępowania były roboty budowlane.

Podmiot Y zobowiązał się do oddania wykonawcy X zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazany podmiot oświadczył, iż udostępnienie ww. zasobów oznacza konsultacje, tj. doradztwo w zakresie sposobu realizacji zamówienia, w okresie wykonywania zamówienia, w sytuacjach wymagających takowych konsultacji i doradztwa przy wykonywaniu prac. Stosownie do treści oferty złożonej przez wykonawcę X, niniejsze zobowiązanie zostało złożone wraz z ww. ofertą.

W toku kontroli zamawiający wyjaśnił, iż ww. podmiot udostępniający zasoby nie miał charakteru podwykonawcy robót, a jego udział w postępowaniu sprowadzała się do nadzoru i konsultacji prac prowadzonych przez wykonawcę.

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp *„w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”*. Z kolei zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 ustawy Pzp *„jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1”.

Z powyższego wynika, iż w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż realizacja robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia nie może polegać na jakimkolwiek uczestnictwie w wykonywaniu zamówienia, lecz musi przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności się wymagane.

W związku z powyższym, na gruncie obowiązujących przepisów, w zaistniałej sytuacji zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy X, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez Y o wskazanie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, lub – stosownie do art. 26 ust. 6 ustawy Pzp – do zastąpienia ww. podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, czego zamawiający nie uczynił. Powyższe stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

W opisanym przypadku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale potwierdziła słuszność stanowiska Prezesa Urzędu.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2019 r. sygn. KIO 1318/19 zasada jawności i przejrzystości

„Również za niezasadne Izba uznała zarzuty odnoszące się do braków w przekazywaniu przez Zamawiającego Odwołującemu informacji.

Na wstępie należy wskazać, że zakres informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcom – został wskazany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynikający z ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek informacyjny zamawiającego można – w ogólności – podzielić według kryterium grona odbiorców oraz według sposobu ujawnienia.

W kryterium grona odbiorców można rozróżnić trzy grupy informacji: informacje przekazywane konkretnym wykonawcom i ich dotyczące, informacje przekazywane wszystkim wykonawcom oraz informacje przekazywane ogółowi zainteresowanych (niekoniecznie będących wykonawcami). W kryterium sposobu ujawniania można rozróżnić informacje, które zamawiający musi ujawnić z własnej inicjatywy (np. ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, informacje wskazane w art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia) oraz informacje przekazywane na wniosek wykonawcy – będą to, w uproszczeniu, informacje nie należące do grupy pierwszej, a nie objęte tajemnicą.

Pomimo istniejącego od października 2018 r. obowiązku elektronizacji zamówień, a w konsekwencji posługiwania się przez zamawiających platformami zakupowymi, sam zakres informowania wykonawców nie uległ zasadniczej zmianie. Tym samym zamawiający nadal nie mają obowiązku przekazywania wszystkim wykonawcom „do wiadomości” informacji o czynnościach podejmowanych przez siebie podczas badania ofert, korespondencji toczonych z innymi wykonawcami, jak też przesyłania im innych dokumentów – poza tymi, co do których wyraźnie wskazano na taki obowiązek, np. w art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał obowiązku przesyłania Odwołującemu kopii korespondencji z Przystępującym czy X S.A., np. wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny czy udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień ani informowania go, że do takich wyjaśnień wzywał. Nie można więc mówić tu o jakimkolwiek zaniechaniu ze strony Zamawiającego, czy uchybieniu zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, jak też równemu traktowaniu wykonawców i uczciwej konkurencji.

Nie było też sporne, że Odwołujący nie występował do Zamawiającego o przekazanie mu jakichkolwiek dokumentów z dokumentacji postępowania, a tym samym nie zaistniała

okoliczność, by Zamawiający odmówił mu przekazania tych dokumentów, również z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa (jedynym zidentyfikowanym w ramach niniejszego sporu dokumentem objętym tajemnicą przedsiębiorstwa był załącznik nr 5 do wyjaśnień Przystępującego z 23 maja 2019 r.).

Tym samym również w tym zakresie Izba nie stwierdziła zaniechania ze strony Zamawiającego, czy uchybienia zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, jak też równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 30 września 2019 r. sygn. akt KIO 1830/19 zawarcie niedozwolonego porozumienia

„Za przyjęciem faktu przynależności do grupy kapitałowej należy rozumieć każdą więź między wykonawcami, która prowadzić może do zakłócenia konkurencji w postępowaniu (tak wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 885/19). Zdaniem Izby już samo podpisanie formularzy ofertowych przez jedną osobę, a więc znajomość parametrów cenowych drugiej oferty świadczy niezbitcie o zakłócaniu konkurencji. W sytuacji, w której współnikiem oraz podmiotem jednoosobowo prowadzącym działalność gospodarczą jest jedna i ta sama osoba, więź tego rodzaju jest więcej niż oczywista. Konkludując, w świetle udzielonych przez obu wykonawców wyjaśnień Izba jest przekonana, że nie można uznać, iż Wykonawcy Ci wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, zdaniem składu orzekającego Izby jednoznacznie wykazano i potwierdzono wręcz, że takie działania prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu - np. poprzez podpisanie dokumentów w postępowaniu przetargowym dla dwóch Wykonawców - przez tą samą osobę. Każda z okoliczności opisanych w niniejszym uzasadnieniu, uwzględniana odrębnie nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego. Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności przy uwzględnieniu powiązań osobowo-kapitałowych między przedsiębiorcami prowadzi do wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego doszło do zakłócenia konkurencji.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1274/19 dokumenty podmiotowe

„Podnieść należy, że „źródłem” informacji o podmiocie, który wykonał/wykonuje referencyjne zamówienie, jego zakresie czy odbiorcy miał być – wedle wyartykułowanych przez zamawiającego w SIWZ reguł – złożony przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej dokument „Wykaz – doświadczenie”. Bezsparnie dokument „Wykaz – doświadczenie” złożony przez przystępującego zawierał kompletne informacje w ww.

zakresie. Natomiast rolą dokumentów załączonych do wykazu, pochodzących od wskazanych w wykazie podmiotów (C. C. C. oraz B. N. Z.) miało być potwierdzenie, że wskazane w „Wykazie – doświadczenie” zamówienia o opisanym zakresie (dostawa, wdrożenie, serwis), przypisane konkretnemu podmiotowi (C. L.) zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Kwestią wymagającą weryfikacji zamawiającego, w świetle postanowień SIWZ, było zatem to, czy treść dokumentów z C. C. C. oraz B. N. Z. potwierdzały należyte wykonanie/wykonywanie zamówień.

W ocenie składu orzekającego Izby treść dokumentów od ww. odbiorców pozwalała zamawiającemu na przyjęcie, że odbiorcy ci potwierdzili należyte wykonywanie zamówień wskazanych w wykazie.

W przypadku zamówienia z pozycji 2 „Wykazu – doświadczenie” dokument B. N. Z. potwierdza należyte wykonywanie zamówienia opisanego w kolumnie 2, ponieważ potwierdza używanie aplikacji C. przez ten bank, nie zawierając jednocześnie jakichkolwiek zastrzeżeń (negatywnych sformułowań). Uwzględnić także należy sam fakt wydania tego dokumentu oraz to, że zostało skierowane do Pana E. G., tj. osoby ze strony C. (co nie było kwestionowane przez odwołującego) będącego wykonawcą zamówienia.

W przypadku zamówienia z pozycji 1 „Wykazu – doświadczenie” dokument C. C. C. potwierdza należyte wykonywanie zamówienia opisanego w kolumnie 2, ponieważ potwierdza używanie rozwiązania C. przez tegoż odbiorcę, nie zawierając jednocześnie jakichkolwiek zastrzeżeń (negatywnych sformułowań). Co więcej, dokument ten wskazuje wprost swój charakter, tj. dokumentu referencyjnego. Zgodzić należy się z przystępującym (pismo z dnia 8 lipca 2018 r. str. 4), że w języku polskim „referencje” to dokument polecający kogoś – w tym przypadku polecający C. jako podmiot, który w referencjach jest wskazany.

Odnosząc się do tego, że w złożonych przez przystępującego dokumentach nie znalazły się „elementy ocenne” (pkt 20, str. 4 odwołania) – brak sformułowania „wykonywane prawidłowo” czy znaczeniowo tożsamy – skład orzekający Izby wskazuje, że brak tego rodzaju sformułowań nie dyskwalifikuje dokumentu jako potwierdzającego należyte wykonanie dostawy lub usługi. Podnieść należy, że potwierdzenie przez odbiorcę, że używa aplikacji / rozwiązania stanowi potwierdzenie realizacji celu zamówienia, a fakt, że potwierdzenie to nie zawiera zastrzeżeń pozwala uznać, że zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym należycie.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe ma znaczenie nadrzędne (realizacja zgodnie z wymaganiami) wobec „zadowolenia odbiorcy” (nawiązanie do pkt 20, str. 5 odwołania). Dostrzec bowiem należy, że „niezadowolenie” może być konsekwencją nie tego, że zamówienie nie zostało zrealizowane prawidłowo, ale tego, że ustalone przez zamawiającego wymagania okazały się być dla tegoż zamawiającego – po odbiorze odpowiadającego wymaganiom produktu – niezbyt satysfakcjonujące.

Skład orzekający Izby za nietrafny uznał przykład odwołującego – „*To jakby zamawiający żądał wykazania dostawy, instalacji i serwisu np. pieca, a na potwierdzenie tego jakiś użytkownik oświadczył, że taki piec ma.*” (pkt 15, str. 4 odwołania), ponieważ (abstrahując nawet od tego, który dokument ma być źródłem informacji o zakresie zamówienia) używanie

aplikacji/rozwiązania wymaga niewątpliwie uprzedniego jego dostarczenia, wdrożenia i serwisowania (zwłaszcza w sytuacji, gdy używane jest od kilku lat – odpowiednio od 2014 i 2016 roku), podczas gdy sam fakt potwierdzenia posiadania pieca nie przesądza, czy piec został zainstalowany.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego korelacji złożonych przez przystępującego dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania/wykonywania dostaw i usług skład orzekający Izby zauważa, że z jednej strony odwołujący przyznaje, że „w referencjach nie muszą być wyspecyfikowane wszystkie szczegóły dostaw/usług, to jednak muszą one odnosić się do postawionego warunku” (pkt 18, str. 4 odwołania), z drugiej strony kontestuje brak wskazania w dokumentach „okresu trwania zamówienia („niezbędne było wykazanie się dostawą, wdrożeniem i serwisem o okresie trwania nie krótszym niż jeden rok (...)” (pkt 16, str. 4 odwołania).

Podnieść należy, że oba złożone przez przystępującego dokumenty odnoszą się do warunku w zakresie wielkości infrastruktury IT – pozycja 1 dotyczy ponad 5 tys. urządzeń, druga dotyczy ponad 9 tys. urządzeń.

Nie sposób zatem odmówić korelacji ww. dokumentów z ustanowionym warunkiem. Odwołujący nie uzasadniał przy tym w żaden sposób dlaczego niezbędnym elementem ujętym w dokumentach potwierdzających miał być okres trwania zamówienia, a nie np. wielkość infrastruktury IT.

Odnosząc się do tego, czy zamówienia zrealizowane na rzecz C. C. C. i B. N. Z. zostało wykonane przez C. skład orzekający Izby raz jeszcze podkreśla, że wskazanie podmiotu, który wykonał/wykonuje zamówienie nastąpiło w „Wykazie – doświadczenie”, jak oczekiwał tego zamawiający (podobnie jak opis zamówienia).

Co do kwestionowania przez odwołującego okresów realizacji zamówień z „Wykazu – doświadczenie” („Jedno zamówienie jest rzekomo wykonywane od grudnia 2014 roku (...) a drugie – od stycznia 2016 r. (...)” – pkt 12, str. 3 i 4 odwołania) oraz istnienia oryginału dokumentu pochodzącego z B. N. Z. podnieść należy, że twierdzenia te odwołujący pozostawił gołosłownym, nie prezentując nawet na jakich podstawach swoje podejrzenia oparł.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1551/19 – aktualność dokumentów

„Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego – podjętym zresztą w ślad za przywołanymi orzeczeniami Izby – że w aktualnym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to pogląd w pewnym uproszczeniu, ponieważ ostatecznie zależy to od rodzaju oraz sposobu sformułowania warunku (inaczej będzie np. w przypadku wymogu doświadczenia liczonego „wstecz”, czy złożenia nieprawdziwych informacji, również później mogą nastąpić podstawy do wykluczenia) – natomiast ma wprost zastosowanie w niniejszej

sprawie: Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia OC na stosowną kwotę i takie ubezpieczenie powinno być posiadane w chwili składania oferty, jak i w chwili przedstawiania dokumentów na potwierdzenie (polis).

Należy przy tym zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy – wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia, na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści (lub dokument o innej nazwie, lecz tym samym charakterze). Bez owej umowy (polis), ubezpieczenie nie istnieje, albo nie istnieje na danych warunkach.

Jest to inna sytuacja niż wydanie zaświadczenia przez organ skarbowy, ZUS czy informacji z KRK – tam dany stan (niezaleganie z podatkami i składkami, niekaralność) istnieje niezależnie od uzyskania zaświadczenia. Dlatego też data zaświadczeń tego typu w praktyce jest traktowana w nieco inny sposób.

W ocenie Izby również treść art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.”) nie stanowi podstawy do „przesunięcia” terminu spełniania warunku udziału w postępowaniu na późniejszy niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Owszem, składane zamawiającemu dokumenty mają być „aktualne” na dzień ich złożenia, ale (poza całą kwestią wystawiania zaświadczeń czy informacji z KRK, która nie dotyczy niniejszej sprawy) oznacza to m.in., że nie mogły się one „dezaktualizować” przed ich złożeniem w tym znaczeniu, że pomimo prawidłowej daty ich wystawienia przestały przedstawiać prawdziwy stan faktyczny, np. osoba przestała być osobą niekaraną lub wykonawca posiada zaległości podatkowe po dniu wystawienia zaświadczenia. Podobnie wezwanie do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi podstawy do stwierdzenia możliwości zmiany daty spełniania wymogów – jest to tylko dodatkowy termin na przedstawienie prawidłowego dokumentu.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1252/19 art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

„W ocenie składu orzekającego naruszenie przez zamawiającego zasady jednokrotnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp miałyby miejsce w sytuacji, gdyby wykonawca wbrew jasnym wymaganiom SIWZ i jednoznacznej treści wezwania nie podał wymaganych informacji. Nie miało to miejsca w okolicznościach sporu, gdzie ani IDW, ani wzór formularza nie zawierały jednoznacznego wskazania co do zakresu prezentowanych danych. Zarzut odwołania ogniskuje się wokół obowiązku podania w wykazie wszystkich wymaganych informacji, czego w świetle przedstawionych ocen nie można oczekiwać od wykonawcy, gdyż

jego działanie było adekwatną odpowiedzią na opis wymagań zamawiającego. Gdyby zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje podania w wykazie stanowiska taką informację otrzymałby w treści wykazu. Skorzystanie przez zamawiającego z art. 26 ust. 4 Pzp Izba uznała nie za powtórne wezwanie w trybie art., 26 ust. 3 Pzp, lecz za uzyskanie wyjaśnień, które okazało się konieczne z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie jest bowiem obecnie możliwe skorygowanie postanowień IDW, czy doprecyzowanie treści formularza, tak aby jasno wynikał z nich zakres informacji, które powinny być zawarte w wykazie. Na obecnym etapie postępowania możliwe jest jedynie potwierdzenie przez uzyskanie stosownych wyjaśnień, że wskazana umowa odpowiada wymaganiom zamawiającego.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1082/19 podwykonawcy

„Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Trafnie zauważył przystępujący, że zarzut naruszenia tego przepisu nie został skonkretyzowany przez odwołującego, jednak analiza jego stanowiska bez trudu pozwala na ustalenie, że odwołujący referuje do przepisów art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba Pzp. Ta konstatacja jest wystarczająca do uznania zarzutu za chybiony. Przepisy te nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty. Przeciwnie, ich brzmienie literalne jasno wskazuje, że zamawiający jest uprawniony jedynie do ustalenia w SIWZ obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców, którzy nie udostępniają wykonawcy swych zasobów, jedynie w sytuacji, gdy podwykonawcy ci są znani wykonawcy w dniu przygotowania i składania ofert. Również ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania przez podwykonawcę zgodnie z art. 36a ust. 2 Pzp, ma charakter informacyjny. Skoro bowiem – jak wynika z art. 36b ust. 1 oraz art. 36a ust. 1a Pzp - decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (*arg. a maiori ad minus*). (...)

(...) Nie znalazł również potwierdzenia zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia, budowany na dwóch tezach. Po pierwsze: przystępujący nie może powołać się na doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu umowy, gdyż umowa ta była realizowana przez konsorcjum przystępującego i Pracowni Projektowej M. C.. Z orzeczenia w sprawie C-387/14 ESAPROJEKT wynika dopuszczalność powołania się na doświadczenie wyłącznie w zakresie prac realnie wykonanych przez dany podmiot. Po drugie: część zamówienia referencyjnego

było wykonana przez podwykonawcę, co oznacza, że również w tym zakresie przystępujący nie uzyskał doświadczenia, gdyż sam zamówienia tej części nie wykonał.

Izba nie podziela tej argumentacji. W pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Ze stanowiska TS nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (*vide* pkt 62 i 63 orzeczenia C-387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku.

W okolicznościach sprawy Izba nie dopatrzyła się podstaw do odmowy powołania się przez przystępującego na doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu umowy wspólnie z Pracownią Projektową M.C.. Dostrzec trzeba, że Pani M. C. jest udziałowcem i prokurentem przystępującego, a oba podmioty są ściśle powiązane również organizacyjnie i sprzętowo. Izba uznała wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie za godne wiary. Uwzględniono również to, że przedmiot umowy referencyjnej miał charakter pewnej całości i jego podział, której to możliwości i sposobu jej realizacji *nota bene* odwołujący nie wskazał, miałby charakter formalny. W tym stanie rzeczy brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że doświadczenie Pani M. C. nie może być uznane za własne doświadczenie przystępującego. Izba uznała, że przez osobę Pani M. C. realne doświadczenie w odniesieniu do całości prac jest związane z przystępującym.

Również ustalenie, że część zamówienia była wykonana przez podwykonawcę, nie skutkuje odmową powołania się przez przystępującego na doświadczenie wynikające z umowy wykonanej w części przez podwykonawcę. Żaden przepis ustawy nie daje ku temu stosownej podstawy. Co więcej, nie można tracić z pola widzenia, że szerokie dopuszczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych ma na celu rozszerzenie liczby uczestników tego rynku i coraz szersze otwieranie go na konkurencję. Podwykonawstwo jest instytucją, która sprzyja osiągnięciu tego celu. Podwykonawca nabywa doświadczenie w zakresie prac wykonanych na rzecz wykonawcy i pod jego nadzorem, natomiast wykonawca odpowiadający za działania i zaniechania podwykonawcy jak za własne, uzyskuje doświadczenie w odniesieniu do całości prac wynikających z umowy zawartej z zamawiającym. Do wniosku przeciwnego nie składają również tezy wynikające z orzeczenia w sprawie C-387/14, które dotyczyło warunków powołania się na doświadczenie uzyskane w ramach wykonania umowy wspólnie z innymi podmiotami, nie zaś relacji wykonawca-podwykonawca."

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1206/19 przedłużenie wadium

„Analizując jednocześnie przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, iż w przepisie tym sformułowanie „z jednoczesnym” nie należy interpretować w ten sposób,

że wykonawca składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w tym samym czasie (dniu, godzinie) ma obowiązek złożyć wadium przedłużone na nowy okres związania ofertą lub nowe wadium. Istotą omawianego przepisu, zdaniem Izby, jest bowiem okoliczność, aby oferta wykonawcy, której związanie zostało wydłużone o dodatkowy okres, pozostawała w tym okresie związania, zabezpieczona wadium.

Skoro zatem odwołujący, zarówno w okresie podstawowym, jak i tym dodatkowym, pozostawał związany ofertą (okoliczność bezsporna) i jednocześnie oferta odwołującego nieprzerwanie pozostawała zabezpieczona wadium, to brak jest możliwości do stwierdzenia podstaw skutkujących odrzuceniem oferty odwołującego. Izba dopuszcza bowiem sytuację, która występuje w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy, tj. że wadium (pierwotne) złożone w postępowaniu obejmuje okres dłuższy niż pierwotnie ustalony termin związania ofertą, a wykonawca przedłużający termin związania ofertą, informując jednocześnie zamawiającego o takim zamiarze, przedłuża wadium (dodatkowe) na dodatkowy okres, dopiero w chwili, kiedy wadium (pierwotne) przestaje zabezpieczać ofertę, z zastrzeżeniem, że wadium ma mieć charakter ciągły, tj. ma zabezpieczać ofertę bez żadnej przerwy. Takie rozumienie „jednoczesności” w ocenie Izby ma swoje racjonalne uzasadnienie i w pełni wpisuje się w normę prawną omawianego przepisu, albowiem zarówno oferta wykonawcy, jej związanie zostaje przedłużone i jednocześnie wadium zabezpieczające tę ofertę również zostaje przedłużone, czyli jednocześnie zostają spełnione dwa wymagania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1205/19 błąd w obliczeniu ceny, inna omyłka

„W odniesieniu do przedstawionych twierdzeń Izba wskazuje, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia żaden przepis Pzp nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w przypadkach, w których – jak w tej sprawie – wykonawcy zobligowani byli do przedstawienia dokumentów stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. Nadmienić należy, że przepis art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp, zgodnie z którym w przypadku oferty z ceną ryczałtową przyjmowało się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony w wyniku nowelizacji z 2008 r.

Wyrażone powyżej zapatrywanie znajduje potwierdzenie w treści formularza oferty i powoduje, że pogląd o niewiążącym charakterze kosztorysów jest chybiony. Nie zmienia go okoliczność, że zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtu, ponieważ – zgodnie z przywołanym przez Odwołującego przepisem art. 632 Kc – wywiera ona co do zasady jedynie ten skutek, że wykonawca nie może domagać podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Przepis ten nie oddziałuje na sferę spoczywających na zamawiającym obowiązków w zakresie badania oferty, w wyniku którego powstać może konieczność, przykładowo, poprawienia występujących w ofercie omyłek, czy przeanalizowania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. *Nota bene* nie trudno zauważyć,

że przyjęcie poglądu o niewiążącym charakterze kosztorysów utrudniałoby, o ile nie uniemożliwiłoby zamawiającemu skuteczne przeprowadzenie procedury z art. 90 Pzp (która *ad casum* miała miejsce), której dopuszczalność nie jest ograniczona przyjętym w danej sprawie modelem wynagrodzenia wykonawcy.

Reasumując, pogląd, jakoby zamawiający, ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy, był zwolniony z obowiązku weryfikowania poprawności obliczenia ceny oferty jest nietrafny i nie wynika *ipso iure* z istoty i charakteru ryczałtu.

W konsekwencji ocenie poddać należało prawidłowość podjętych przez Zamawiającego czynności wyjaśniających, w których Izba nie dopatrzyła się naruszenia zakazu prowadzenia z Przystępującym negocjacji dotyczących złożonej oferty. Lektura skierowanych do Wykonawcy T wezwań prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było ustalenie przyczyn różnicy pomiędzy wysokością ceny całkowitej wskazanej w treści formularza oferty a sumą cen za realizację robót w poszczególnych branżach, wynikających z załączonych do oferty kosztorysów. Zamawiający, uzyskawszy w dniu 4 i 10 czerwca br., wyjaśnienia w powyższym zakresie, znajdujące, co należy podkreślić, potwierdzenie w treści kosztorysów dla branży drogowej i energetycznej, dokonał poprawienia ujawnionych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, informując o tym Przystępującego i uzyskując jego zgodę na dokonanie tej czynności. *Ergo* nie sposób twierdzić, że działanie Zamawiającego było samowolne, czy samodzielne. Zdaniem Izby, wprowadzone zmiany nie były również istotne w rozumieniu wspomnianego powyżej przepisu, o czym świadczy ich niewielka wartość w stosunku do ceny całkowitej oferty po dokonanej korekcie (poniżej 0,5%), a także fakt, że nie miały one na celu wprowadzenia do treści oferty nowego elementu, czy dokonania modyfikacji świadczenia wykonawcy, a jedynie usunięcie wewnętrznej nieścisłości w treści oferty.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Wywodzony był on z okoliczności przyznania się przez Wykonawcę T, w wyjaśnieniach z 4 czerwca br., do zastosowania błędnej stawki VAT dla robót w branży zieleń. Niewątpliwie obaj wykonawcy zastosowali do wskazanych robót 23-procentową stawkę VAT, do czego byli uprawnieni, jako że przepisy podatkowe nie przewidują negatywnych skutków zastosowania podstawowej stawki podatku. Zachowanie Wykonawcy T było zatem prawidłowe, tym bardziej że treść wspomnianych wyjaśnień potwierdza, że określeniu przez Przystępującego stawki VAT towarzyszyły wątpliwości.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1593/19 oferta najkorzystniejsza, kwota na sfinansowanie zamówienia

„Zamawiający jest bowiem związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp odczytał przed otwarciem ofert ale jedynie w tym znaczeniu, że nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że jest zobowiązany udzielić zamówienia wykonawcy, który wskazał w ofercie cenę mieszczącą się w

kwocie pierwotnie podanej. Jeśli jednak stwierdzi, że cena oferty najkorzystniejszej (w tym wypadku oferty przystępującego) przekracza kwotę, którą wstępnie przewidział na realizację zamówienia, może dowolnie, a co najwyżej ograniczany jest przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Sformułowanie „może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków na dany cel.

Należy również zauważyć, że odwołujący, formułując swoje żądania, w istocie oczekuje, że zamawiający odrzuci ofertę złożoną przez przystępującego pomimo, że jak sam przyznaje w ustawie Pzp nie ma podstawy prawnej dla dokonania przez zamawiającego takiej czynności. Odwołujący twierdzi, że istnieje luka w przepisach w tym zakresie. Tymczasem stwierdzić należy, że o istnieniu w tym przypadku jakiegokolwiek luki nie może być mowy. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty, co oznacza, że podstawą prawną tej czynności nie może być inna okoliczność niż wymieniona w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Również z tego powodu zarzuty podniesione przez odwołującego należy uznać za niezasadne.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1524/19– rażąco niska cena

„W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że przedstawione przez X wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Nie są one przekonujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Co więcej, wyjaśnienia te wskazują, że wykonawca X nie wycenił całego zakresu zamówienia określonego w SIWZ. Izba doszła do przekonania, że taki sposób wyceny nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII SIWZ cena oferty musiała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Udostępnienie przez Zamawiającego Przedmiaru robót nie zwalniało wykonawcy od obowiązku skalkulowania ceny oferty w oparciu o Dokumentację projektową, Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i Projekt umowy, jak również uwzględnienia wszystkich robót i kosztów.

Natomiast sam wykonawca X przyznał, że w istocie nie dokonał pełnej wyceny świadczenia, wskazując jednocześnie, że stwierdził znikomą ilość humusu (pkt 8 wyjaśnień) czy mniejszą ilość mas ziemnych (pkt 10 wyjaśnień). Próżno szukać takiego postanowienia SIWZ, które umożliwiłoby określenie innych ilości niż te wskazane w dokumentacji przetargowej. Należy podkreślić, że nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SIWZ jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy X zawartych w pkt 10, iż to oferent decyduje za jaką kwotę wykona daną pozycję z przedmiaru należy wskazać, że profesjonalny wykonawca,

ubiegający się o zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Wykonawca winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody, a nie poprzestać na stwierdzeniu, że to oferent decyduje za jaką kwotę wykona daną pozycję z przedmiaru. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty. Wykonawca X nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych dowodów dotyczących kosztów kanalizacji deszczowej (choć zgodnie z pkt 11 wyjaśnień - pozycja odwodnienie korpusu drogowego, o którą pytał Zamawiający, została wyceniona na podstawie oferowanych cen kontrahentów i dostawców), kosztów transportu urobku na składowisko (sama nazwa pozycji znajdującej się w kosztorysie ofertowym mówi o wykonaniu wykopów z transportem urobku na składowisko), czy też kosztów utylizacji (mimo iż zgodnie z pkt 9 wyjaśnień - pozycja rozbiórka nawierzchni zjazdów, o którą pytał Zamawiający, zawiera w sobie również wywiezienie na składowisko i utylizację). Izby nie przekonała również argumentacja wykonawcy X o posiadaniu 85% zmagazynowanych zapasów materiałowych. Fakt posiadania znacznej części niezbędnych materiałów na stanie wykonawcy nie oznacza, że materiały nie generują kosztu, jaki wykonawca musi ponieść w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia i w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym. Zmagazynowanie może usprawnić wykonanie całości zadania, ale koszt zakupu, magazynowania, przewozu, wbudowania, robocizny należałoby uwzględnić w cenie. Jeśli zmagazynowane materiały miałyby świadczyć o oszczędnościach to wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach na czym dokładnie te oszczędności byłyby poczynione.

To wykonawca broniący swojej oferty, a w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dowodzenie to powinno prowadzić do wykazania, iż wykonawca złożył odpowiednie wyjaśnienia na żądanie i jaka była ich treść. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę X potwierdzają, że nie wycenił wszystkich elementów, choć szczegółowy zakres został określony w dokumentacji postępowania, której nie kwestionował na wcześniejszym etapie. Wchodzenie w polemikę z Zamawiającym w trakcie udzielania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zakresu przedmiotowego zamówienia jest w niniejszym stanie faktycznym bezpodstawne. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, a dotyczącej jednokrotności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Izba nie podziela poglądu Zamawiającego. Ustawodawca nie określił ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być

skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1203/19 rażąco niska cena, opcje

„Izba ustaliła, że Zamawiający podzielił zamówienie na podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji. Przedmiotem zamówienia podstawowego jest świadczenie usług Software assurance dla posiadanych licencji i subskrypcji Microsoft oraz świadczenie usług towarzyszących w ramach umów Microsoft na podstawie zawartej umowy z wybranym wykonawcą – firmą posiadającą status Microsoft Licensing Solution Provider (LSP).

W ramach zamówienia opcjonalnego Zamawiający będzie uprawniony do zakupu nowych licencji, subskrypcji i usług opisanych w OPZ. Zamawiający poinformował że prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach zamówienia. Skorzystanie z prawa opcji, w całości lub części, jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji Zamawiającego. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w całości lub części wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie ani jakiegokolwiek roszczenie.

W pkt 3 Zakres zamówienia Zamawiający wskazał, iż przedmiotem jest zakup i zapewnienie aktualizacji licencji Microsoft. Zamówienia podstawowe to: 1. kontynuacja posiadanych (dostarczenie uaktualnień, software assurance) produktów w ramach umowy Microsoft (Enterprise Agreement) - wymienione w Załączniku A tabela nr 1, 2. Kontynuacja posiadanych (dostarczenie uaktualnień, software assurance) produktów w ramach umowy Microsoft SCE (Service and Cloud Enrollment) – wymienione w Załączniku A, tabela nr 2.

W ramach zamówienia podstawowego Zamawiający wymagał dostawy szkoleń wyspecyfikowanych w Załączniku A – pkt D wg Pakietu wybranego przez wykonawcę. Zamówienie opcjonalne TrueUP dotyczyło produktów wymienionych w Załączniku A, tabela 3. W pkt 5.1 SIWZ zamawiający wskazał, że w trakcie trwania umowy przewiduje możliwość udzielenia zamówień opcjonalnych (TrueUp) i pozostałych zamówień opcjonalnych w kwocie łącznej do 4 523 864,36zł brutto. Zamówienia będą realizowane wg cen i upustów zaoferowanych przez wykonawcę w Formularzu cenowym. W ramach obsługi trzyletniego programu licencyjnego Microsoft Enterprise i Microsoft Product and Services Agreement wykonawca zobowiązany został do m.in. obsługi zamówień opcjonalnych, wsparcia

merytorycznego i okresowych szkoleń (nie rzadziej niż raz na pół roku) w zakresie efektywnego korzystania z usług Microsoft, dostępnych dla klientów w ramach programu software Assurance, przeprowadzenia szkoleń dla pracowników Zamawiającego w ramach zamówień opcjonalnych, zgodnie ze złożoną ofertą. W pkt XI Opis sposobu obliczenia ceny oferty, Zamawiający wskazał, że cena brutto podana w formularzu oferta wykonawcy musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie pozycje ujęte w formularzu cenowym tabela nr 1, nr 2 i nr 3 (zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne).

Kryteriami oceny oferty były: cena brutto (łącznie cena za przedmiot zamówienia określony w tabeli nr 1, nr 2 i nr 3 z załącznika 3a do SIWZ) – 94%, suma upustów procentowych oferowanych przez Microsoft i wykonawcę na zamówienia inne niż wycenione w TrueUp, dla zamówień składanych w okresie obowiązywania umowy – 4%, ilość oferowanych przez wykonawcę dni szkoleń w każdym roku obowiązywania umowy – 2%.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wyniosła 14 572 070,05zł, cena oferty Odwołującego w zakresie zamówienia podstawowego to 13 167 053,26zł, zaś oferty A.P.N – 12 872 058,50zł.

Z powyższego zestawienia wynika, że różnica w cenie oferty A.P.N w stosunku do oferty Odwołującego dla zamówień podstawowych to zaledwie ok. 2%, zaś w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia - 12%. Już samo stwierdzenie tej okoliczności dowodzi, iż cena zaproponowana przez wykonawcę A.P.N w ramach zamówienia podstawowego nie jest ceną rażąco niską. W orzecznictwie przyjmuje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. W analizowanej sytuacji z całą pewnością takie okoliczności nie zachodzą.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty A.P.N. z uwagi to, że oferta tego wykonawcy w ramach zamówień podstawowych zawiera rażąco niską cenę. Zauważyć trzeba, że ewentualne naruszenie tego przepisu może mieć miejsce jedynie w sytuacji uprzedniego przeprowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, które mają charakter obligatoryjny. W zaistniałym stanie faktycznym, Zamawiający takiej procedury nie przeprowadził, a co więcej nie zaistniały przesłanki ustawowe do jej przeprowadzenia.

Izba nie podzieliła argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego, iż w przypadku zamówień podstawowych istnieje konieczność zwrócenia się o wyjaśnienie elementów, mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień – poza przypadkami, gdy rozbieżność w cenach wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia – w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,

jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jak wskazano wyżej niewielkie procentowe różnice w cenach ofert jak również w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, spowodowały, że brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę A.P.N kalkulacji w ramach zamówienia podstawowego. Jak sam wskazał Odwołujący wykonawca A.P.N. zaoferował Zamawiającemu w tym pakiecie zamówienia cenę produktów Microsoft wyższą o 5 528,67Euro od łącznej ceny zakupów Microsoft. Na tę okoliczność Odwołujący przedstawił jako dowody w sprawie: zestawienia cenników Microsoft odnoszące się do produktów ujętych w ofercie A.P.N oraz zestawienie cen dla zamówienia podstawowego obliczonych na podstawie oferty Microsoft z cenami A.P.N. Skoro wykonawca A.P.N. oferuje produkty powyżej cen ich zakupu u producenta, przewidując marżę na poziomie ponad 5, 5 tys. euro, to, zdaniem Izby, nie można twierdzić, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Izba nie podzieliła przy tym argumentacji Odwołującego, iż przy takiej marży, jaką przewidział A.P.N. realizacja całego zamówienia podstawowego, w tym szkoleń, będzie deficytowa. Wyliczenia przedstawione przez Odwołującego dotyczące realizacji szkoleń i zmierzające do wykazania, iż ceny tych usług nie znajdują pokrycia w marży przewidzianej przez wykonawcę A.P.N. nie znajdują oparcia w treści samej SIWZ jak i ofercie A.P.N. Po pierwsze - Zamawiający nie wymagał wyspecyfikowania odrębnej ceny za szkolenia realizowane w ramach wybranego przez wykonawcę Pakietu, stąd trudno porównać ceny tychże usług. Po drugie - wykonawca A.P.N. oświadczył w treści oferty, że szkolenia przeprowadzi siłami własnymi za pośrednictwem zatrudnionych u niego pracowników, co oznacza, że koszty pracodawcy, jakie przedstawił Odwołujący w kalkulacji na poziomie ponad 9 tys. zł (wynagrodzenie miesięczne), jak również koszty usług wsparcia na poziomie miesięcznej pensji 7tys. są nieadekwatne w stosunku do ilości świadczonych usług. Zauważyć trzeba, że szkolenia, jakie mają być przeprowadzone przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia mają charakter sporadyczny i towarzyszący w stosunku do świadczonych usług Software Assurance oraz subskrypcji Microsoft: Zgodnie z Pakietem nr 3, wybranym przez A.P.N wykonawca ma przeprowadzić szkolenia: 14 dni w każdym roku obowiązywania umowy – dla średniozaawansowanych użytkowników produktu Microsoft i 12 dni w każdym roku – dla zaawansowanych użytkowników produktu Microsoft. Z tych względów Izba uznała, że przedstawiona jako dowód w sprawie kalkulacja kosztów szkoleń jest nieadekwatna w stosunku do zakresu, objętego przedmiotem zamówienia jak i deklaracji wykonawcy A.P.N co do samodzielnej realizacji całego przedmiotu umowy.

Odnosnie zamówień opcjonalnych, Izba ustaliła, że wykonawca A.P.N zaproponował kwotę za produkty z tabeli nr 3 – 1 738 609,71 zł brutto, zaś Odwołujący – 2 237 158,25 zł brutto. Izba uznała, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, brak jest podstaw do wezwania wykonawcy A.P.N do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa

o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W zaistniałym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki z art. 90 ust. 1 a pkt 1 Pzp, bowiem cena oferty A.P.N. nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert. Odwołujący wskazywał, że powodem do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp jest to, że wykonawca A.P.N. zaoferował ceny produktów w poz. 6, 8, 14 i 21 o 30% niższe niż średnie arytmetyczne cen dla tych samych produktów zaoferowanych przez Odwołującego czy wykonawcę I. S. sp. z o.o. Izba zwraca uwagę, że przepis art. 90 ust. 1a pkt 1Pzp, którego naruszenie podnosi Odwołujący, nakazuje wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty a nie jest składniki cenowe są niższe o co najmniej 30% do wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Jedynie przepis art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sytuacji, gdy istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Niezależnie do tego, że przepis ten nie został wskazany jako podstawa prawna zarzutu, zawartego w odwołaniu, to zdaniem Izby, nie ziszczyły się przesłanki do jego zastosowania. Zauważyć bowiem trzeba, że Odwołujący kwestionuje zaniżenie o co najmniej 30% czterech spośród dwudziestu dziewięciu pozycji kosztorysowych, nie wykazując przy tym iż stanowią one istotne elementy składowe tego zamówienia. Ponadto należy wziąć pod uwagę okoliczność, że kwestionowane pozycje dotyczą zamówień opcjonalnych, których Zamawiający może w ogóle nie udzielić w trakcie realizacji zamówienia.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 10 września 2019 r. sygn. akt KIO 1654/19 odwrócony VAT

„Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia, czy w przypadku stosowania procedury odwróconego VAT, brak wskazania przez wykonawcę wysokości stawki podatku VAT, przy jednoczesnym dopełnieniu obowiązków informacyjnych wynikających z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, czynił ofertę wykonawcy niezgodną z treścią SIWZ lub zawierającą błąd w obliczeniu ceny, jak również to, czy brak ten mógł stanowić przedmiot wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Z powyższego przepisu wynika zatem, iż obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę, jest poinformowanie zamawiającego, czy wybór oferty wykonawcy będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe, wykonawca obowiązany jest dopełnić jeszcze dwóch obowiązków informacyjnych, tj. po pierwsze wskazać zamawiającemu nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego oraz po drugie wskazać ich wartość bez kwoty podatku. Z analizowanego przepisu nie wynika obowiązek wykonawcy polegający na wskazaniu zamawiającemu właściwej stawki podatku VAT dla dostawy lub usługi będącej przedmiotem konkretnego zamówienia publicznego. Skoro bowiem w celu oceny oferty, której wybór będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, w świetle ww. przepisu zamawiający zobowiązany jest doliczyć do przedstawionej w ofercie kwoty podatek VAT, to obowiązek ustalenia właściwej stawki tego podatku obciąża zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 18 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 385/19, w wyroku z dnia 5 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1085/16). Inaczej mówiąc, analizowany przepis nie zwalnia zamawiającego ze znajomości przepisów ustawy o VAT i nie daje podstaw do przerwania na wykonawcę odpowiedzialności w zakresie ustalenia prawidłowej stawki podatku.

Mechanizm uregulowany w ww. przepisie polega na tym, iż to nabywca usługi lub towaru (zamawiający), a nie usługodawca lub dostawca towaru (wykonawca), jest zobowiązany do rozliczenia i odprowadzenia podatku VAT. Jednocześnie w przypadku zastosowania odwróconego obciążenia dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wskazuje stawki i kwoty podatku. Zamiast tego faktura zawiera zwrot „odwrotne obciążenie”. Bezspornie w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca G. uczynił zadość obowiązkowi informacyjnym wynikającym z treści art. 91 ust. 3a ustawy Pzp oświadczając w ust. 13 formularza ofertowego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o VAT, podając przy tym nazwę (rodzaj) usługi wraz ze wskazaniem kodu wg PKWiU, których świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego. Ww. wykonawca w ustępie 3 formularza ofertowego podał także wartość tych usług bez kwoty podatku VAT. Wykonawca G. nie podał natomiast w ustępie 3 formularza ofertowego wysokości stawki podatku VAT wskazując w miejsce do tego przeznaczone „ - %”. W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca G. przedstawiając przyczyny wskazania w miejsce wysokości stawki podatku VAT „- %” podał, iż miało to oznaczać wyłącznie to, że wskutek zastosowania odwróconego obowiązku podatkowego G. nie dokona bezpośrednio płatności podatku VAT (tj. G. nie będzie bezpośrednio rozliczał podatku VAT i faktycznie nie dokona zapłaty tego podatku w związku z odwróconym obowiązkiem podatkowym). Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że okoliczność, iż w sprawie powinna być zastosowana stawka 23% (a nie inna) podatku VAT ma charakter oczywisty, biorąc pod uwagę, że G. określił wyraźnie z jakiego rodzaju usługą będzie wiązać się powstanie zobowiązania podatkowego. Zamawiający miał zatem wszelkie informacje niezbędne do oceny oferty, w tym także do samodzielnego ustalenia obowiązującej stawki podatku VAT.

W okolicznościach niniejszej sprawy warte podkreślenia jest to, że Odwołujący nie kwestionował wysokości stawki podatku VAT (23%) doliczonej przez Zamawiającego do ceny oferty wykonawcy G., jak również nie podważał prawidłowości wskazanego przez G. kodu PKWiU wraz z nazwą usługi, której świadczenie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do uznania, iż oferta wykonawcy G. podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17).

Przede wszystkim podkreślić należy, iż treść oferty wykonawcy G. należy czytać całościowo z uwzględnieniem oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę w ust. 13 formularza ofertowego, którego treść pominął Odwołujący, skupiając się jedynie na braku wskazania przez ww. wykonawcę stawki podatku VAT w ust. 3 formularza oferty.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie okoliczność, że w ust. 3 formularza oferty G. przy stawce podatku VAT wpisał „-”, nie miała znaczenia dla leżącego po stronie Zamawiającego obowiązku ustalenia wysokości podatku VAT jaki powinien doliczyć Zamawiający do kwoty netto podanej w ofercie. Mając na uwadze, że G. w pkt 13 formularza oferty wskazał dokładnie tytuł powstania obowiązku podatkowego, posługując się w tym celu odpowiednim kodem polskiej klasyfikacji wyrobów i usług (PKWiU 42.11.20.0) oraz częścią opisową, nie było wątpliwości co do wysokości obowiązującej stawki podatku VAT (23%), niekwestionowanej zresztą przez samego Odwołującego.

Nadto Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wobec jednoznacznego wskazania w postanowieniach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, że w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie odwrócony obowiązek podatkowy wynikający z art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy VAT, postanowienie zawarte m.in. w punkcie 3 formularza ofertowego w zakresie w jakim dotyczyło obowiązku podania przez wykonawców stawki podatku VAT, mogło wprowadzać w błąd, skoro w rzeczonym przypadku wartość podatku VAT nie jest wypłacana wykonawcy, a rozliczenie podatku VAT leży po stronie Zamawiającego. Okoliczność ta tym bardziej nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, bowiem wszelkie niejednoznaczności i wątpliwości co do treści SIWZ, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1555/19 umowa ramowa

„(...) umowa ramowa nie jest umową stricte o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie jest umową odpłatną. Udzielenie zamówienia i odpłatność za świadczenie następuje w tym przypadku na podstawie umowy częściowej. Wbrew żądaniom Odwołującego umowa ramowa nie może zatem przewidywać wynagrodzenia dla wykonawcy za utrzymywanie gotowości przez cały okres realizacji tej umowy. Wykonawca musi mieć jednak możliwość oszacowania wszystkich kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienia ich w cenie oferty, aby jego wynagrodzenie było adekwatne do zakresu świadczenia (wynagrodzenie za oczyszczane powierzchnie musi uwzględniać koszty zapewnienia gotowości wykonawcy do ich świadczenia), co, jak wskazano powyżej, jest możliwe wówczas, gdy pewien minimalny zakres świadczeń zostanie przez Zamawiającego zagwarantowany w SIWZ. Jak słusznie też zauważył Odwołujący, możliwość dowolnego kształtowania przez Zamawiającego zakresu świadczenia wpływa nie tylko na brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ale powoduje również brak możliwości efektywnego planowania działań przez wykonawcę. Wykonawca ma być w gotowości całodobowej do pilnej reakcji na każde zlecenie Zamawiającego, co zwłaszcza w okresie zimowym nie pozwala na prawidłowe zaplanowanie przez wykonawcę pracy pracowników (zatrudnionych na umowę o pracę, zgodnie z warunkami SIWZ) oraz efektywne zaangażowanie sprzętu. Tym bardziej ma to istotne znaczenie dla wykonawcy, który może wykonywać usługi oczyszczania również na podstawie innych umów, więc powinien mieć możliwość efektywnego zarządzania pracą, w celu prawidłowego wywiązania się z podjętych zobowiązań. (...) Z istoty umowy ramowej nie wynika, że zawarcie jej powoduje powstanie po stronie wykonawcy zobowiązanie do uczestnictwa w postępowaniach zmierzających do udzielenia zamówień częściowych (zobowiązanie do zawarcia umowy częściowej). Przepisy ustawy Pzp nie wykluczają jednak możliwości zastrzeżenia kary umownej na rzecz zamawiającego, co jest uzasadnione zwłaszcza w przypadku zawarcia takiej umowy tylko z jednym wykonawcą, kiedy to umowy częściowe zawierane są w formule zlecenia prac przez zamawiającego. Zastrzeżenie w umowie ramowej kary umownej za odmowę zawarcia przez wykonawcę umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej *de facto* wskazuje na przyjęcie tego zobowiązania. W ocenie Izby, jest ono uzasadnione możliwością poniesienia szkody przez Zamawiającego na skutek braku możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia, pomimo wyłonienia jednego wykonawcy, z którym zawarta została umowa ramowa. Nie sposób jednocześnie uznać, że wysokość zastrzeżonej kary umownej jest w tym przypadku rażąco wygórowana. Jak wynika bowiem z umów częściowych zrealizowanych na rzecz Zamawiającego do tej pory, które zostały złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, wartość tych umów średnio wynosi blisko 100 tys. zł. Podkreślić należy, że zastrzeżenie powyższej kary umownej nie zaburza równowagi stron zwłaszcza jeśli przyjmie się symetrycznie do powyższego zobowiązania nałożonego na wykonawcę, że Zamawiający zobowiąże się do określenia w umowie ramowej minimalnego zakresu gwarantowanych ilości usług, które będą zlecane w ramach umów częściowych (realizacyjnych), co Izba nakazała Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Izby potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. oraz

art. 487 §2 k.c. w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy ramowej w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający w §15 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy ramowej przewidział karę umowną za każdy przypadek braku możliwości zgłoszenia wykonawcy konieczności wykonania prac w wysokości 500,00 zł, a okoliczności, których wystąpienie uprawnia do naliczenia kary zostały określone w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 21 maja 2019 r. sygn. akt VII Ga 128/19

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 408/19

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 września 2019 r. sygn. akt V Ga 151/19

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 8/2019

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2019 – 31.08.2019

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
Zamówienia publiczne			
O zamówieniu	76 999	15 983	92 982
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / o podwykonawstwie	85	149	234
O udzieleniu zamówienia	73 503	17 762	91 265
O konkursie	34	19	53
O wynikach konkursu	35	109	144
O zmianie ogłoszenia	28 778	12 717*	41 495
O zamiarze zawarcia umowy	2 024	584	2 608
O zmianie umowy	1 911	420	2 331
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	753	753
O profilu nabywcy	-	70	70
Razem	183 369	48 566	231 935
Koncesje			
O koncesji	2	4	6
Wstępne ogłoszenie informacyjne	0	0	0
O zmianie ogłoszenia	3	4	7
O zamiarze zawarcia umowy koncesji	1	0	1
O zawarciu umowy koncesji	1	4	5
O zmianie umowy koncesji	0	0	0
Razem	7	12	19

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	43,09%	8,28%	37,06%
Dostawy	32,59%	50,31%	35,66%
Usługi	24,32%	41,41%	27,28%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,49%	98,50%	99,33%
Przetarg ograniczony	0,20%	1,09%	0,35%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,02%	0,27%	0,06%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,12%	0,04%
Partnerstwo innowacyjne	0,01%	0,02%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,26%	-	0,21%

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%	22%	12%	11%
Cena i inne kryteria	98%	78%	88%	89%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	18%	27%	30%	28%
Cena i inne kryteria	82%	73%	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	344	1,04%
Dostawy	48	0,19%
Usługi	84	0,45%
Razem	476	0,62%

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

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	46	0,14%
Dostawy	58	0,23%
Usługi	110	0,59%
Razem	214	0,28%

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	1 939	5,84%
Dostawy	992	3,95%
Usługi	788	4,21%
Razem	3 719	4,83%

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	31 051	93,58%
Dostawy	19 611	78,14%
Usługi	15 636	83,51%
Razem	66 298	86,10%

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	31	0,09%
Dostawy	37	0,15%
Usługi	36	0,19%
Razem	104	0,14%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	35,44%	7,60%	30,02%
Dostawy	35,52%	45,68%	37,50%
Usługi	29,04%	46,72%	32,48%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	90,77%	90,18%	90,65%
Przetarg ograniczony	0,32%	1,88%	0,62%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,03%	0,47%	0,12%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,09%	7,24%*	1,48%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,19%	0,05%
Wolna ręka	7,65%	-	6,16%
Zapytanie o cenę	0,88%	-	0,71%
Partnerstwo innowacyjne	0,00%	0,04%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,24%	-	0,20%

* - w tym wolna ręka

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

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	3,41	1,70
Dostawy	2,08	1,40
Usługi	2,46	1,51
Średnio	2,44	1,51

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

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,32%
Administracja rządowa terenowa	2,41%
Administracja samorządowa	37,49%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	6,90%
Podmiot prawa publicznego	14,16%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	0,13%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	3,41%
Inny	33,18%

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	18,77%	28,94%	52,29%
Administracja rządowa terenowa	20,14%	44,23%	35,64%
Administracja samorządowa	49,46%	16,17%	34,38%
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	37,98%	33,50%	28,52%
Podmiot prawa publicznego	11,59%	61,12%	27,29%
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	30,33%	39,34%	30,33%
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	16,75%	27,03%	56,22%
Inny	17,14%	53,52%	29,33%

**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	84,47	0,65	0,00	0,00	0,00	13,31	1,39	0,00	0,18
Administracja rządowa terenowa	85,24	3,52	0,00	0,40	0,00	8,52	1,53	0,00	0,80
Administracja samorządowa	91,38	0,17	0,03	0,05	0,02	7,42	0,48	0,00	0,45
Jednostki organizacyjne administracji samorządowej	90,29	0,10	0,02	0,02	0,00	8,05	1,47	0,00	0,06
Podmiot prawa publicznego	89,43	0,27	0,03	0,21	0,02	9,47	0,53	0,00	0,03
Zamawiający udzielający zamówień, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	95,08	0,00	0,00	0,00	0,00	4,10	0,82	0,00	0,00
Zamawiający udzielający zamówień sektorowych	89,01	0,00	0,52	0,52	0,00	9,42	0,52	0,00	0,00
Inny	91,29	0,33	0,03	0,09	0,03	6,85	1,33	0,00	0,06

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	14	14 x usługi	22 224 567 EUR
Bułgaria	1	1 x usługi	2 762 914 EUR
Czechy	7	2 x dostawy 5 x usługi	4 942 318 EUR
Dania	2	2 x usługi	1 625 962 EUR
Estonia	1	1 x usługi	35 580 EUR
Finlandia	2	2 x dostawy	727 611 EUR
Francja	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 848 533 EUR
Grecja	1	1 x usługi	300 000 EUR
Litwa	7	4 x dostawy 3 x usługi	29 283 359 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	127 000 EUR
Malta	1	1 x usługi	1 800 000 EUR
Moldawia	2	2 x usługi	6 743 240 EUR
Niemcy	9	1 x roboty budowlane 5 x dostawy 3 x usługi	1 322 528 EUR w części ogłoszeń brak danych
Słowacja	1	1 x dostawy	303 500 EUR
Szwecja	1	1 x dostawy	632 604 EUR
Węgry	4	3 x dostawy 1 x usługi	4 523 698 EUR
Wlk. Brytania	5	4 x dostawy 1 x usługi	18 501 998 EUR
Włochy	4	4 x dostawy	225 958 285 EUR
Razem	66	1 x roboty budowlane 27 x dostawy 38 x usługi	324 073 697 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	6	13 630 266	2	23 163 506			9	76 773 772
Belgia	1	141 548 711	27	16 577 126	3	20 651 996			31	178 777 834
Chiny	1	588 736 627	3	8 642 052					4	597 378 679
Czechy	1	6 946 535	28	430 606 337	4	11 879 059			33	449 431 930
Cypr			2	46 521 300					2	46 521 300
Dania			1	1 426 300	3	2 088 615			4	3 514 915
Finlandia			1	8 450 000					1	8 450 000
Francja	3	122 753 213	11	4 547 601	16	52 758 479			30	180 059 293
Grecja					1	668 470			1	668 470
Hiszpania	3	226 489 516	2	9 228 739	1	2 479 335			6	238 197 590
Holandia			12	15 119 110	6	280 311 055			18	295 430 165
Irlandia			143	19 802 923	1	17 640 000			144	37 442 923
Korea Południowa			2	1 838 111 673					2	1 838 111 673
Kosowo					1	2 155 850			1	2 155 850
Litwa			1	2 182 936					1	2 182 936
Luksemburg					8	241 455 200			8	241 455 200
Niemcy	6	1 129 000 773	48	43 046 991	6	34 531 302			60	1 206 579 066
Rosja			3	101 495 693					3	101 495 693
Słowacja			2	2 748 273					2	2 748 273
Szwajcaria			29	40 737 100	1	1 222 607			30	41 959 707
Szwecja			43	79 707 951	2	1 302 694			45	81 010 645
Tajlandia			1	345 602					1	345 602
Turcja			1	16 505 188					1	16 505 188
USA			2	230 984 328	9	30 146 945			11	261 131 273
Węgry	1	153 736 753	1	1 926 101	2	3 820 000			4	159 482 854
Wielka Brytania			89	38 692 684	7	24 515 242			96	63 207 926
Włochy			3	5 170 778	3	214 274 561	1	200 000	7	219 645 339
Razem	17	2 409 192 128	461	2 976 207 053	77	989 641 605	1	200 000	556	6 375 240 786

* - 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	252	
Zakończone	244	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	125	51%
Nie stwierdzono naruszeń	69	28%
Stwierdzono naruszenia	50	21%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	4	8%
zalecenie usunięcia naruszeń	11	22%
naruszenia formalne (bez zaleceń)	35	70%

Kontrole doraźne

Sprawy	Liczba	
Wszczęte	42	
Zakończone	42	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	0	0%
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	42	100%
W tym:		
zawiadomienie RDFP	53	-

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	7	
Zakończone	8	
Wyniki	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy Pzp	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	8	100%
w tym:		
uchybenia formalne	8	100%
zalecenie unieważnienia	0	0%
zawiadomienie RDFP	11	-

Postępowania wyjaśniające

Sprawy	Liczba	
Wszczęte	166	
Zakończone	401	
Wynik	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	40	10%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

Odwołania	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 694	
Rozpatrzono ogółem	1 757	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	140	8%
Odrzucone	40	2%
Umorzone postępowanie	390	22%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	373	21%
Oddalone	467	27%
Uwzględnione	347	20%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2019 r.	2018 r.
Roboty budowlane	19%	23%
Dostawy	39%	35%
Usługi	42%	42%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2019 r.	2018 r.
Liczba wniesionych skarg	80	114
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	6%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Urszula Krynicka Joanna Orzeł
Wojciech Michalski Łukasz Pieńkowski
Kinga Ostrowska 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