INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Lipiec 2012 r.

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP" informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP", rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.
Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP" danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyf;ikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

Spis treści

AKTUALNOŚCI 2
- Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych 2
- Kryteria środowiskowe w zamówieniach publicznych 6
- Oddalenie skarg na decyzje Prezesa UZP w sprawie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego bez stosowania ustawy Pzp 10

PRAWO EUROPEJSKIE 12
Koncesje w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE 12
OPINIE PRAWNE 15
Wybór partnera prywatnego w projektach PPP 15
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 19
Wykluczenie wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje – nieprawidłowości stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP 19
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 27
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych 27
ANALIZY SYSTEMOWE 32
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 30.06.2012 32

AKTUALNOŚCI

➢ Klauzule społeczne w zamówieniach publicznych

1. Wprowadzenie

Społecznie Odpowiedzialne Zamówienia Publiczne odnoszą się do etapów zamówień publicznych, które uwzględniają jeden lub kilka następujących aspektów: promocja godnej pracy, poszanowanie praw człowieka i prawa pracy, wsparcie społecznego włączenia (w tym osób niepełnosprawnych) ekonomia społeczna i MSP, promocja równych szans oraz zasady „dostępny i przeznaczony dla wszystkich", włączenie zrównoważonych kryteriów wraz z uwzględnieniem kwestii uczciwego i etycznego handlu przy poszanowaniu zasad traktatowych i dyrektyw w sprawie zamówień publicznych[1].

Regulacje dotyczące społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych znajdują się zarówno w prawie europejskim, jak i w prawie polskim:

a) Regulacje ujęte w prawie Unii Europejskiej

Preambuła do Dyrektywy 2004/18/WE głosi, iż: zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W tym kontekście zakłady pracy chronionej oraz programy pracy chronionej skutecznie przyczyniają się do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże, zakłady takie mogą być nie zdolne do uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji. W konsekwencji należy umożliwić państwom członkowskim zastrzeżenie prawa takich zakładów do udziału w procedurach udzielania zamówień lub zagwarantowania im realizacji zamówień w ramach programów pracy chronionej **(motyw 28).**

Jeżeli jest to możliwe, instytucje zamawiające powinny określić specyfikacje techniczne tak, aby uwzględnić kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenie dla wszystkich użytkowników. Specyfikacje techniczne powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić **(motyw 29).**

[1] Na podst. „Buying Social".

Artykuł 19 przewiduje możliwość zastrzeżenia prawa udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego przepisu.

Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych **(art. 26 - Warunki realizacji zamówień).**

W świetle **art. 27** *(Obowiązki związane z podatkami, ochroną środowiska, przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy)* instytucja zamawiająca może określić lub zostać zobligowana przez Państwo Członkowskie do określenia w dokumentach zamówienia organu lub organów, od których kandydat lub oferent może uzyskać odpowiednie informacje na temat obowiązków związanych z (…) przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkach pracy obowiązującymi w danym Państwie Członkowskim, regionie lub miejscu, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane oraz mającymi zastosowanie wobec robót przeprowadzanych na danym terenie lub usług świadczonych podczas realizacji zamówienia. Udzielając informacji (…), instytucja zamawiająca żąda od oferentów lub kandydatów do udziału w procedurze zaznaczenia, aby podczas sporządzania swoich ofert uwzględnili oni obowiązki wynikające z przepisów o ochronie zatrudnienia i warunkach pracy obowiązujące w miejscu, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane.

Artykuł 45 *(Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta)* przewiduje, że podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia jest m.in. niewypełnienie zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej.
Jeżeli oferty odnoszące się do świadczenia konkretnego zamówienia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Szczegóły te mogą dotyczyć m.in. zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane (art. 55 - Rażąco niskie oferty).

b) Regulacje ujęte w prawie krajowym

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) odnosi się bezpośrednio do kwestii społecznych w następujących artykułach:

Art. 22 ust. 2 umożliwia zamawiającemu zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50 % zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Art. 24 ust. 1 pkt 3-8 stanowi podstawę wykluczenia wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Art. 29 ust. 4 umożliwia zamawiającemu zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia osób bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, niepełnosprawnych, innych, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym, a także utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy czy zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz tego funduszu.

Art. 36 ust. 2 pkt 9 dotyczy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która - o ile zamawiający przewiduje takie wymagania, zgodnie z art. 29 ust. 4 - zawiera określenie w szczególności liczby osób, okresu ich zatrudnienia, sposobu dokumentowania ich zatrudnienia, utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego oraz uprawnienia

zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę tych wymagań oraz sankcji z tytułu ich niespełnienia.

Ponadto przepisy wykonawcze wydane na podstawie **art. 25 ust. 2** ustawy PZP przewidują, że dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, zamawiający żąda lub może żądać m.in.:

- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej niekaralność wykonawcy m. in. w zakresie przestępstw przeciwko prawom pracowników;
- oświadczenia wykonawcy o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego – jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach.

W przypadku gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składa on dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

2. Ankieta na temat zastosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych

Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że instrumenty przewidziane w zakresie społecznych zamówień publicznych nie są szeroko wykorzystywane. W celu zidentyfikowania przyczyn takiego stanu rzeczy Urząd Zamówień Publicznych opracował ankietę ws. stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych. Przy pomocy tego narzędzia pragniemy podjąć próbę ustalenia poziomu wiedzy polskich zamawiających w

zakresie przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych możliwości uwzględniania aspektów społecznych w postępowaniach przetargowych oraz zdiagnozowania potencjalnych trudności w ich stosowaniu.

Ankietę kierujemy do Państwa jako Zamawiających, którzy realizują zamówienia publiczne w macierzystych jednostkach. Zachęcamy Państwa do udziału w badaniu. Pragniemy podkreślić, iż ankieta jest całkowicie anonimowa, a udzielenie odpowiedzi na pytania w niej zawarte zajmie Państwu jedynie kilka minut. Po wypełnieniu, prosimy o odesłanie ankiety na adres mailowy: Katarzyna.Oldak@uzp.gov.pl. **Termin udzielenia odpowiedzi upływa 28 września br.**

Ankietę odnajdą Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych - http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2117

➢ Kryteria środowiskowe w zamówieniach publicznych

1. Wprowadzenie

EU GPP Criteria - zestaw kryteriów środowiskowych Komisji Europejskiej
Komisja Europejska podjęła działania zmierzające do opracowania wspólnych kryteriów dot. zielonych zamówień publicznych możliwych do stosowania w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Kryteria zostały opracowane dla tych grup produktowych, które uznano za najbardziej odpowiednie do wdrożenia GPP zarówno ze względu na wartość zamówień jak i wpływ na środowisko. Kryteria są rezultatem bliskiej współpracy służb Komisji Europejskiej, przedstawicieli przemysłu, społeczeństwa oraz państw członkowskich.

Kryteriów GPP obejmują następujące grupy produktów:

1. budownictwo (wersja z 2008 r.);
2. żywność (wersja z 2008 r.);
3. transport (zrewidowane w 2012 r.);
4. energia (zrewidowane w 2012 r.);
5. biurowy sprzęt komupterowy (zrewidowane w 2012 r.);
6. wyroby włókiennicze (zrewidowane w 2012 r.);
7. papier (wersja z 2008 r.);
8. meble (wersja z 2008 r.);
9. środki czystości i usługi sprzątania (zrewidowane w 2012 r.);

10. ogrodnictwo oraz usługi w tym zakresie (zrewidowane w 2012 r.);
11. Kogeneracja (Skojarzona gospodarka energetyczna);
12. Izolacja cieplna;
13. Okna (w tym drzwi przeszklone i świetliki);
14. Płyty ścienne;
15. Telefony komórkowe;
16. Twarde pokrycia podłogowe (zrewidowane w 2012 r.);
17. Oświetlenie drogowe i sygnalizacja świetlna (zrewidowane w 2012 r.);
18. Materiały do nawierzchni drogowych oraz znaki drogowe (na etapie rewizji);
19. Oświetlenie wnętrz (nowo opracowane).

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE uwzględnianie kryteriów środowiskowych w procedurach przetargowych ma na celu przyczynianie się do ochrony środowiska oraz promowania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania przez instytucje zamawiające zamówień o najkorzystniejszej relacji jakości do ceny.

Dyrektywa ta przewiduje możliwość uwzględniania kwestii środowiskowych w kolejnych fazach procedury udzielania zamówień publicznych:

- **Opis przedmiotu zamówienia**

  Artykuł 23 - Specyfikacje techniczne

  Specyfikacje techniczne mogą być określane m.in. w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko. Parametry takie muszą być jednak dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia.

  W przypadku gdy instytucje zamawiające określają sposób oddziaływania na środowisko w kategoriach charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności, mogą one wykorzystać szczegółowe specyfikacje lub, jeżeli jest to konieczne, ich części, określone w ekoetykietach europejskich lub (wielo-) narodowych albo w jakichkolwiek innych ekoetykietach, pod warunkiem że:

  — specyfikacje te umożliwiają odpowiednie zdefiniowanie dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia,
  — wymagania dotyczące etykiet określa się na podstawie informacji naukowych,
  — ekoetykiety przyjmowane są zgodnie z procedurą, w której mogą brać udział wszystkie zainteresowane strony, takie jak instytucje rządowe, konsumenci,

producenci dystrybutorzy oraz organizacje związane z ochroną środowiska, oraz

— są one dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron.

Instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, że produkty i usługi opatrzone ekoetykietami uznaje się za zgodne ze specyfikacjami technicznymi określonymi w dokumentach zamówienia; muszą one przyjąć wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję.

- **Kwalifikacja wykonawców**

Artykuł 48 - Środki zarządzania środowiskiem

Kwalifikacje techniczne, zawodowe wykonawców

Techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane i na usługi oraz wyłącznie w stosownych przypadkach, poprzez wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia.

Artykuł 50 - Normy zarządzania środowiskiem, EMAS

W przypadku gdy instytucje zamawiające, (w sytuacjach stosowania środków zarządzania środowiskiem), wymagają przedstawienia zaświadczeń sporządzonych przez niezależne instytucje zajmujące się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z niektórymi wspólnotowymi normami zarządzania środowiskiem, odwołują się one do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez organy działające zgodnie z prawem wspólnotowym lub europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

- **Kryteria udzielenia zamówienia**

Artykuł 53 - Kryteriami udzielenia zamówienia są:

- w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji; lub

- wyłącznie najniższa cena

Kryteria takie są stosowane pod warunkiem, że:

- dotyczą przedmiotu zamówienia,
- nie mogą przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru,
- są wyraźnie określone,
- wskazane w ogłoszeniu i dokumentacji przetargowej,
- zgodne z prawem UE / podstawowymi zasadami traktatowymi.

- **Warunki realizacji zamówienia**

Artykuł 26 - Warunki realizacji zamówienia

Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych.

2. Tłumaczenie kryteriów środowiskowych

Uprzejmie informujemy, że Urząd Zamówień Publicznych dokonał tłumaczenia na j. polski zrewidowanych unijnych kryteriów środowiskowych (EU GPP criteria) dla następujących grup produktowych:

- Transport;
- Środki czystości i usługi sprzątania;
- Biurowy sprzęt komputerowy;
- Energia elektryczna;
- Wyroby włókiennicze.

Oprócz kryteriów dla ww. grup produktowych, w języku polskim dostępne są również arkusze informacyjne dla grup:

- Izolacja cieplna;
- Okna (w tym drzwi przeszklone i świetliki);
- Płyty ścienne;
- Kogeneracja (skojarzona gospodarka energetyczna).

Wypracowanie na szczeblu unijnym wspólnych kryteriów środowiskowych ma na celu ich harmonizację w państwach członkowskich, a także zwiększenie przejrzystości i stopnia aplikacji rozwiązań ekologicznych w zamówieniach publicznych.
Zachęcamy do zapoznania się z przedmiotowymi materiałami, które dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych - http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2155

➢ Oddalenie skarg na decyzje Prezesa UZP w sprawie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 29 czerwca 2012 r. (sygn. akt V SA 803/12) oddalił skargę Telewizji Polskiej S.A. na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Nr ZD/1/12 z dnia 18 stycznia 2012 r., utrzymującą w mocy własną decyzję Nr KP/13/11 z dnia 30 maja 2011 r., nakładającą na Telewizję Polską S.A. karę pieniężną w wysokości 150.000 zł z tytułu udzielenia w dniu 7 września 2006 r. zamówienia publicznego na udostępnienie dodatkowej pojemności w systemie satelitarnym ASTRA dla potrzeb świadczenia usług związanych z nadawaniem programu(-ów) cyfrowego(-ych) o łącznej wartości 64.708.250 zł bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.
Ponadto, ten sam Sąd innym wyrokiem z tego samego dnia (sygn. akt V SA 804/12) oddalił skargę Telewizji Polskiej S.A. na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Nr ZD/2/12 z dnia 18 stycznia 2012 r., utrzymującą w mocy własną decyzję Nr KP/14/11 z dnia 30 maja 2011 r., nakładającą na Telewizję Polską S.A. karę pieniężną w wysokości 150.000 zł z tytułu udzielenia w dniu 9 września 2009 r. zamówienia publicznego na przedłużenie do dnia 31 grudnia 2014 r. (transponder nr 59) oraz do dnia 30 września 2015 r. (transponder nr 53) udostępnienia pojemności w systemie satelitarnym ASTRA dla potrzeb świadczenia usług związanych z nadawaniem programu(-ów) cyfrowego(-ych) o wartości 86.847.040 zł bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.
Obie wymienione wyżej decyzje w sprawie nałożenia kary pieniężnej wydane zostały na podstawie art. 202 ust. 1 w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. c i art. 201 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.
Nałożenie wymienionych kar pieniężnych było uzasadnione następującymi okolicznościami faktycznymi:

- w przypadku decyzji Nr ZD/1/12 – stwierdzeniem, że zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, pomimo tego, iż w dacie jego udzielenia nie obowiązywał już art. 4 pkt 3 lit. c tej ustawy, uchylony z dniem 25 maja 2006 r. przez art. 1 pkt 3 lit. b pierwsze tiret ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551), co oznacza, że – zdaniem Prezesa UZP – do zamówień, których przedmiotem są usługi telekomunikacyjne świadczone drogą satelitarną, udzielanych po dniu 24 maja 2006 r., zastosowanie znajdują przepisy ustawy,
- w przypadku decyzji Nr ZD/2/12 – stwierdzenie, że zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych; przedmiotem owego zamówienia było przedłużenie świadczenia usług objętych umowami: z dnia 12 września 2005 r. (zawartej pod rządami wspomnianego art. 4 pkt 3 lit. c tej ustawy) oraz z dnia 9 września 2009 r. (vide decyzja nr ZD/1/12); na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych przedłużanie takich umów, dotyczących zobowiązań ciągłych, jest niedopuszczalne, w umowach tych bowiem czynnik czasu wyznacza nie tylko treść świadczenia, ale także ich zakres; przedłużenie ich obowiązywania powoduje zwiększenie ilości (liczby) świadczeń wykonawcy, a w rezultacie prowadzi do rozszerzenia przedmiotu zamówienia; w takim przypadku przedłużenie umowy należy traktować jak udzielenie nowego zamówienia, które powinno być dokonane zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

WSA w pełni podzielił stanowisko Prezesa Urzędu zaprezentowane w zaskarżonych decyzjach i oddalił skargi zamawiającego.

PRAWO EUROPEJSKIE

Koncesje w dyrektywach 2004/18/WE i 2004/17/WE

1. Definicje koncesji ujęte w dyrektywie 2004/18/WE i 2004/17/WE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[2] (dalej: dyrektywa klasyczna) wprowadza definicję koncesji w art. 1 ust. 3 (definicja koncesji na roboty budowlane) oraz w art. 1 ust. 4 (definicja koncesji na usługi).

Dyrektywa wskazuje, że:

- **KONCESJA NA ROBOTY BUDOWLANE** oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością.

Analogicznie, zgodnie z brzmieniem dyrektywy klasycznej:

- **KONCESJA NA USŁUGI** oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłączne prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

Analogiczne definicje znajdują się w *Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*[3] (dalej: dyrektywa sektorowa), odpowiednio w art. 1 ust. 3 lit. a (koncesje na roboty budowlane) oraz w art. 1 ust. 3 lit. b (koncesje na usługi).

2. Istota koncesji

W przypadku koncesji, koncesjonariusz zgadza się na ryzyko operacyjne i finansowe związane ze świadczeniem usługi publicznej w zamian za szansę osiągnięcia zysku poprzez

[2] Dz. U. UE L134 z dn. 30 kwietnia 2004 r., str. 114.
[3] Dz. U. UE L134 z dn. 30 kwietnia 2004 r., str. 1.

korzystanie z tej usługi. Przedsiębiorca budowlany natomiast osiąga zysk w formie uzgodnionej za wykonanie zamówienia.

Koncesje można wykorzystywać m.in. do realizacji i finansowania dużych projektów infrastrukturalnych dotyczących zazwyczaj dróg, tuneli czy też mostów, w których wynagrodzeniem koncesjonariusza jest możliwość pobierania opłat od użytkowników (koncesje na roboty budowlane). Koncesje mogą również służyć zapewnieniu eksploatacji i konserwacji urządzeń przez koncesjonariuszy w przypadkach gdy operator otrzymuje koncesję na eksploatację infrastruktury istniejącej np. linii kolejowej, czy też metra (koncesje na usługi)[4].

3. Zakres zastosowania dyrektywy 2004/18/WE i dyrektywy 2004/17/WE

Dyrektywa klasyczna reguluje wyłącznie koncesje na roboty budowlane. Zgodnie z art. 17 koncesje na usługi są wyłączone z zakresu zastosowania dyrektywy.

Dyrektywa sektorowa w art. 18 wskazuje, że nie ma ona zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające i prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3 – 7 dyrektywy 2004/17/WE, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności.

Działalności wymienione w art. 3 – 7 dyrektywy sektorowej, to:

- działalności w obszarze gazu, energii cieplnej i energii elektrycznej (art. 3);
- działalności w obszarze gospodarki wodnej (art. 4);
- działalności w obszarze usług transportowych (art. 5);
- działalności w obszarze usług pocztowych (art. 6) oraz
- działalności w obszarze poszukiwania i wydobycia ropy naftowej, gazu węgla lub innych paliw stałych oraz portów i portów lotniczych (art. 7).

Wyłączenia z zakresu zastosowania dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych nie oznaczają jednak pełnej dowolności w tym przyznawaniu koncesji. Należy pamiętać, że nawet jeżeli dane zamówienie (koncesja) nie mieści się w zakresie zastosowania dyrektywy, zamawiający mają obowiązek kierowania się zasadami Traktatowymi z uwzględnieniem zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

[4] Por. P. Trepte, „Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną", Warszawa – Katowice 2006, str. 24.

4. Orzecznictwo ETS w zakresie koncesji

- Orzeczenie z dnia 10 listopada 2011 r. w sprawie **C-348/10** *Norm-A Dekom* Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 1 ust. 3 lit. b) – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 2d ust. 1 lit. b) – Pojęcie „koncesji na usługi" – Świadczenie autobusowych usług transportu publicznego.
- Orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie **C-274/09** *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadle* Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Koncesja na świadczenie usług publicznych – Usługi z zakresu ratownictwa – Odróżnienie „zamówienia publicznego na usługi" od „koncesji na usługi".
- Orzeczenie Trybunału z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych **C-145/08 i C-149/08** - Zamówienia publiczne na usługi – Koncesje na usługi – Umowa mieszana – Skuteczne i szybkie środki zaskarżenia.
- Orzeczenie z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie **C-91/08** - Koncesje na usługi – Postępowanie w sprawie przyznania koncesji – Obowiązek przejrzystości – Późniejsze zastąpienie podwykonawcy.
- Orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie **C-206/08** WAZV Gotha – Procedura udzielania zamówień w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – Koncesja na usługi.
- Orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie **C-324/07** - Koncesje na świadczenie usług publicznych – Koncesja na prowadzenie gminnej sieci telewizji kablowej.
- Orzeczenie Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie **C-458/03** Parking Brixen - udzielenie zamówienia specjalnemu przedsiębiorstwu będącemu własnością gminy; koncesje na usługi.

Powyższe orzeczenia są zamieszczone na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych - http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1690

OPINIE PRAWNE

Wybór partnera prywatnego w projektach PPP

I. Sposób wskazania trybu wyboru partnera prywatnego uregulowany jest w przepisie art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PPP". W myśl tego przepisu, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), w zakresie nieuregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 1). W przypadkach innych niż określone powyżej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP", w zakresie nieregulowanym w ustawie PPP (art. 4 ust. 2). W przypadkach natomiast, w których nie ma zastosowania ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi ani ustawa PZP, wyboru partnera prywatnego dokonuje się w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, przy odpowiednim uwzględnieniu przepisów niniejszej ustawy, a w przypadku wniesienia przez partnera publicznego wkładu własnego będącego nieruchomością, także przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, z późn. zm.).

W świetle przywołanego brzmienia przepisów art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP kluczowe znaczenie dla określenia trybu wyboru partnera prywatnego ma ustalenie sposobu wynagrodzenia partnera. W tym zakresie należy uwzględnić również przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a w szczególności jej art. 1 ust. 3. W myśl bowiem tego przepisu płatność koncesjodawcy na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza. Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji.

II. Ustawa PPP nie zawiera szczegółowych unormowań dotyczących trybu, według którego ma nastąpić wybór partnera prywatnego, pozostawiając tę kwestię uregulowaniu zawartemu odpowiednio w przepisach ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo ustawy PZP.

Stosując zatem odpowiednio przepisy ustawy PZP (art. 4 ust. 2 ustawy PPP), do wyboru partnera prywatnego może znaleźć zastosowanie tryb dialogu konkurencyjnego, o którym mowa w art. 60a ustawy PZP. Stosownie do postanowienia art. 60b ust. 1 ustawy PZP zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności: (1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy PZP lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia, (2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę charakter i naturę prawną projektów PPP, która polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartego na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym
a partnerem prywatnym, i wynikającą z tego złożoność projektów PPP, należy uznać, iż co do zasady w przypadku wyboru partnera prywatnego są spełnione przesłanki do zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego. Należy przy tym wskazać, iż kryteria oceny ofert stosowane przy wyborze partnera prywatnego nie odnoszą się wyłącznie do wysokości płatności podmiotu publicznego, ale także obejmują podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (arg. z art. 6 ust. 2 ustawy PPP). Zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego umożliwia więc właściwe wypracowanie szczegółowej formuły realizowanego projektu PPP (arg. z art. 60e ust. 1 ustawy PZP).

III. Stosownie do postanowienia art. 60d ust. 7 zd.1 ustawy PZP dialog prowadzony z zaproszonymi wykonawcami ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Rozwinięcie powyższej zasady zawiera przepis art. 60e ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Z wyraźnego

postanowienia art. 60 ust. 2 ustawy PZP wynika natomiast, że zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu.

W świetle przywołanych powyżej przepisów ustawy PZP należy stwierdzić, iż ostateczne ustalenie wymagań odnoszących się do przedmiotu postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego – w omawianym przypadku odnoszących się do projektu PPP – następuje dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (art. 60e ust. 3 zd. 1 ustawy PZP). Do tego momentu wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP mogą być przedmiotem negocjacji. Z istoty postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wynika właśnie, iż ostateczne ukształtowanie warunków realizacji projektu następuje w wyniku przeprowadzonych negocjacji i prezentacji przez poszczególnych wykonawców propozycji konkretnych rozwiązań w tym zakresie (arg. z art. 60e ust. 1 w zw. z art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy PZP).

Ustawa PPP, ani ustawa PZP nie zawiera katalogu wymagań odnoszących się do przedmiotu projektu PPP, które są wyłączone z możliwości prowadzenia dialogu. Ograniczenia takiego nie stanowi w szczególności treść ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest unormowanie zawarte w art. 38 ust. 4b ustawy PZP (a contrario), którego zakaz zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obejmuje dialogu konkurencyjnego (przepis ten dotyczy wyłącznie przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem).

Konkludując należy stwierdzić, iż przedmiotem dialogu mogą być wszelkie zagadnienia związane z realizacją projektu PPP. Ostateczny kształt tych wymagań zostanie nadany przez zamawiającego dopiero na etapie zaproszenia do składania ofert (arg. art. 60e ust. 2 i 3 zd. 1 ustawy PZP).

IV. Kryteria oceny ofert stosowane do wyboru partnera prywatnego określone zostały w przepisach art. 6 ust. 2 i 3 ustawy PPP. Przy czym stosownie do postanowienia art. 6 ust. 1 ustawy PPP najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

Określenie kryteriów oceny ofert, według których zostanie dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji wybór partnera prywatnego stanowi jeden z newralgicznych elementów procedury wyboru takiego partnera. Ustawa PPP nie określa ani sposobu, ani momentu określenia przez podmiot publiczny kryteriów oceny ofert. W tym

zakresie znajdą więc odpowiednie zastosowanie przepisy albo ustawy PZP albo ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (arg. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy PPP).

W odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego wymóg określenia kryteriów oceny ofert następuje już na etapie publicznego ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 48 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 60c ust. 1 ustawy PZP). Podobnie w przypadku wyboru partnera prywatnego w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wymóg określenia kryteriów oceny ofert pojawia się już na etapie ogłoszenia o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym (arg. z art. 11 pkt 9 tej ustawy).

Powyższy wymóg koresponduje z uregulowaniami zawartymi w przepisach art. 29 ust. 7 i art. 53 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r.). Z przepisów tych wynika bowiem, iż określenie kryteriów oceny ofert w dialogu konkurencyjnym powinno nastąpić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Wymóg określenia kryteriów oceny ofert na tym etapie stanowi jeden z kluczowych warunków przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych (por. wyrok ETS z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE*, pkt 36).

Konkludując powyższe należy stwierdzić, iż określenie kryteriów oceny ofert w celu wyboru partnera prywatnego winno nastąpić w ogłoszeniu o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym. Przy czym należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalna zmiana tych kryteriów na dalszym etapie postępowania (por. wyrok ETS w sprawie C-532/06, pkt 45).

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wykluczenie wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje – - nieprawidłowości stwierdzone w toku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP

Instytucja wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp". Jedną ze wskazanych w artykule przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy, jest złożenie przez niego nieprawdziwej informacji mającej wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Interpretacja zacytowanego przepisu pozwala sformułować dwie przesłanki, których łączne wystąpienie powoduje konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje. Przedmiotowa przesłanka dotyczy wszystkich oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców, na każdym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wskazując w przedmiotowym przepisie na umyślność działania wykonawcy, uznaje tym samym, że złożenie nieprawdziwej informacji może być również spowodowane błędem. Po drugie, musi zaistnieć związek przyczynowo – skutkowy, pomiędzy złożeniem przez wykonawcę biorącego udział postępowaniu informacji nieprawdziwych, a ich wpływem na wynik postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na wynik postępowania. Oznacza to, iż dla uprawdopodobnienia zaistnienia przedmiotowej przesłanki nie jest niezbędne wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, wystarczające jest natomiast udowodnienie prawdopodobieństwa takiego wpływu. Powyższą interpretację potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), w którym Izba wskazała, iż „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych

informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.” W dalszej części wyroku Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, iż „przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Prawo zamówień publicznych nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwej informacji musi być zawinione przez wykonawcę ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W przedmiotowym wyroku Izba podkreśliła również, iż „złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji danego wykonawcy”. Odmiennie natomiast należy interpretować sytuację, w której co prawda doszło do złożenia przez wykonawcę informacji nieprawdziwej, jednak nie została spełniona druga przesłanka determinująca obowiązek wykluczenia wykonawcy, tj. nie zostało udowodnione, iż informacja ta miała wpływu na wynik postępowania. W takim stanie faktycznym zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza podziela przedmiotowe stanowisko w wyroku z dnia 16 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 5/12) wskazując, że „podanie informacji o zatrudnieniu Henryka B. na umowę o pracę, a nie na umowę o dzieło pozostawało bez wpływu na wybór tej oferty. Wykonawca musiał wykazać, że zatrudnia więcej niż 4 pilarzy i więcej niż 2 robotników - minimum, w celu otrzymania punktów, czego oferta Rafała B. nie spełnia, gdyż wykazał 3 robotników i 2 pilarzy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obligujący zamawiającego do wykluczenia wykonawcy za podanie nieprawdziwych informacji, stanowi, że dotyczy to wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Powyższe oznacza zatem, iż zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zatem, kiedy w toku

prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający poweźmie informacje, iż zaistniało prawdopodobieństwo złożenia przez jednego z wykonawców nieprawdziwego oświadczenia, zobowiązany jest on do zweryfikowania takiej informacji. Musi on stwierdzić w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz potwierdzić, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania, w przeciwnym wypadku, mogłoby dojść do sytuacji w której, zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. W tym celu, zamawiający korzystając z uprawnień nadanych mu przez ustawodawcę na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie wykonawcę, w stosunku do którego zaistniało podejrzenie, iż złożył nieprawdziwe oświadczenie. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1112/11), w którym czytamy, iż „W ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca winien wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień (…). W przeciwnym razie zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty."

Podkreślenia wymaga również fakt, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienie dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11), w którym Izba orzekła, iż „Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (…) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 ustawy nie stosuje się dla

zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami prawdziwymi.” Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1078/11), wskazując,
iż „Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Należy również zauważyć, iż dla wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje, wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, może nie być jedyną konsekwencją jego działania. W przypadku zaistnienia podejrzenia popełnienia przestępstwa określonego w art. 297 § 1 ustawy Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.), tj. oszustwa przetargowego, zamawiający zobowiązany jest do zawiadomienia organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Podsumowując, należy stwierdzić, że działanie zamawiającego wynikające z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na wykluczeniu z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, powinno być zawsze poparte czynnościami wynikającymi z art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w celu uzyskania pewności co do zasadności wykluczenia.

Przykład naruszenia stwierdzonego w wyniku kontroli oraz ustaleń postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (KN/19/12):

Jak ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, umowa w sprawie kontrolowanego postępowania została zawarta w dniu 15 września 2011 r. z wykonawcą X. Oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą na podstawie jedynego kryterium oceny ofert (tj. cena – waga: 100%). Do oferty ww. wykonawca załączył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp podpisane przez Prezes Zarządu w dniu 2 września 2011 r.

Pismem z dnia 5 września 2011 r. wykonawca Y poinformował zamawiającego iż *„firma X zgodnie z informacjami uzyskanymi na stronie www.turystyka.gov.pl,*

potwierdzonymi również telefonicznie, nie posiada uprawnień do organizowania wyjazdów, ani pośrednictwa w ich sprzedaży i nie figuruje w rejestrze touroperatorów ani pośredników turystycznych i jako taka nie ma prawa zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami zajmować się organizacją, czy sprzedażą wyjazdów".

W związku z powyższym, pismem dnia 8 września 2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy X z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących posiadania przez wykonawcę uprawnień do zorganizowania wyjazdu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, wraz ze wskazaniem podstawy prawnej, na podstawie której spółka mogłaby zrealizować przedmiotowe zamówienia, nie będąc wpisaną do Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Pośredników Turystycznych.

W odpowiedzi na powyższe, ww. wykonawca wyjaśnił, iż „*nie figuruje w Centralnej Ewidencji Organizatorów Turystyki i Pośredników Turystycznych, ale należy podkreślić z całą stanowczością, iż obowiązek wpisu dotyczy jedynie podmiotów, które prowadzą działalność gospodarczą, w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia*

na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych (art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych)". Jednocześnie wykonawca wskazał, że „*przedmiotem zamówienia publicznego BGDzp-2120A-45/11 nie jest organizacja imprezy turystycznej, wypoczynkowej czy też rekreacyjnej, lecz kompleksowa organizacja wyjazdu do Niemiec i do Belgii, dla grupy 82 beneficjentów Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2007-2013 9 w tym: rolników, producentów rolnych, przedstawicieli rolniczych organizacji związkowych i samorządu rolniczego) oraz 8 innych osób związanych z wdrażaniem Programu. Zakres usług obejmować będzie transport, zakwaterowanie, wyżywienie, ubezpieczeni KL, NW oraz bagażu, obsługę tłumaczy oraz opiekę organizatora dla ww. grupy osób".*

W toku kontroli zamawiający wyjaśnił Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych m.in., iż *„przedmiotem zamówienia ogłoszonego przez zamawiającego nie była organizacja imprezy turystycznej [chociaż interpretacja Ministerstwa Sportu i Turystyki w piśmie z dnia 19 września 2011 r. wskazywała, że za taką należy go uznać], tylko kompleksowa organizacja wyjazdu do Niemiec i Belgii, obejmująca swoim zakresem transport, zakwaterowanie, wyżywienie, ubezpieczenie, obsługę tłumaczy oraz opiekę organizatora, a także zorganizowanie spotkań i wizyt z przedstawicielami różnych instytucji m.in. z*

przedstawicielami ponadnarodowej organizacji COPA/COGECA oraz wizytę w Siedzibie Przedstawicielstwa RP przy UE z Koordynatorem Wydział Rolnictwa i Rybactwa". (...) program wyjazdu obejmował także zorganizowanie spotkania z przedstawicielami firmy zajmującej się budową biogazowi, zapewnienie zwiedzania biogazowi oraz zwiedzanie elektrowni wiatrowej. Wyjazd miał więc charakter wyjazdu studyjnego, związanego z działaniami objętymi Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007-2013, a nie charakter imprezy turystycznej, natomiast usługi polegające m.in. na zapewnieniu zakwaterowania czy wyżywienia były jedynie usługami towarzyszącymi, niezbędnymi do wykonania celu zamówienia".

W tym miejscu należy zauważyć, iż w powyżej przywołanej interpretacji Ministerstwa Sportu i Turystyki z dnia 19 września 2011 r. wskazano, że *„dla kwalifikacji prawnej wykonawcy zamówienia publicznego jako organizatora turystyki, nie ma znaczenia że przedmiot zamówienia został określony jako organizacja wyjazdu, jeśli odpowiada on definicji imprezy turystycznej. Ponadto ustawa o usługach turystycznych nie ogranicza definicji imprezy turystycznej jedynie do wyjazdów wypoczynkowych czy też rekreacyjnych. Bez znaczenia dla kwalifikacji prawnej imprezy turystycznej, pozostaje więc cel wyjazdu, jeśli celem pobytu w odwiedzanej miejscowości nie jest pojęcie stałej pracy przez uczestników wyjazdu. W opinii Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki, przedmiot zamówienia publicznego nr BDGzp-2120A-45/11 na kompleksową organizację wyjazdu do Niemiec i do Belgii, obejmującego zgodnie z zakresem rzeczowym zlecenia, zakwaterowanie, transport, wyżywienie, ubezpieczenie (KL, NW i bagażu), opiekę pilota, program zwiedzania, odpowiada co do istoty definicji imprezy turystycznej, ponieważ składa się z co najmniej dwóch usług turystycznych obejmujących noclegi, tworzących jednolity program i objętych wspólną ceną, a celem wyjazdu jego uczestników nie jest podjęcie stałej pracy"*.

Prezes Urzędu zwrócił się do Departamentu Turystyki, Ministerstwa Sportu i Turystyki z prośbą o interpretację pojęcia „imprez turystycznych" i wskazanie, czy z załączonej kopii dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania wynika, iż opisany przedmiot zamówienia odpowiada definicji imprezy turystycznej.

W odpowiedzi na powyższe, Dyrektor Departamentu Turystyki poinformował, iż *„po zapoznaniu się z dokumentacją załączoną do ww. pisma Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 28 lutego 2012 r. i po dokonaniu ponownej analizy przedmiotowej strawy, Departament Turystyki podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 19*

września 2011 znak DT-II-021/11/kkf/17940, skierowanym do wykonawcy Y i przekazanym do wiadomości Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi". (...) w opinii Departamentu Turystyki Ministerstwa Sportu i Turystyki, przedmiot zamówienia publicznego nr BDGzp-21220A-45/11 na kompleksową organizację wyjazdu do Niemiec i do Belgii, obejmującego zgodnie z zakresem rzeczowym zlecenia, zakwaterowanie, transport, wyżywienie, ubezpieczenie (KL, NW i bagażu), opiekę pilota, program zwiedzania, wyczerpuje definicję imprezy turystycznej, ponieważ składa się z co najmniej dwóch usług turystycznych obejmujących noclegi, tworzących jednolity program i objętych wspólną ceną, a celem wyjazdu jego uczestników nie jest podjęcie stałej pracy w odwiedzanej miejscowości".

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy wskazać, iż w określonych przepisami prawa przypadkach, podmioty gospodarcze mogą wykonywać dany rodzaj działalności, świadczyć danego rodzaju usługi, tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy posiadają stosowne ku temu uprawnienia, potwierdzone uzyskanym od właściwego organu dokumentem koncesji, licencji lub zezwolenia (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Przez „uprawnienia" należy więc rozumieć w szczególności koncesje na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje wymagane przepisami ustaw regulujących dany obszar życia społecznego, a także działalność regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wymagającą uzyskania wpisu w odpowiednim rejestrze. Zważyć przy tym należy, że działalność regulowana, o której mowa w przepisach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, to nie tyle rodzaj uprawnienia (choć mieści się w tej kategorii w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ile poddanie określonych rodzajów działalności gospodarczej regulacji administracyjnej (wymóg wpisu do specjalnego rejestru), pomimo braku możliwości ingerencji państwa w prawo do wykonywania takiej działalności. Wpis ma więc charakter ochronny w stosunku do podmiotów korzystających z usług przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w obszarach wymagających szczególnej kontroli państwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazać należy na przepis art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.), zgodnie z którym działalność gospodarcza w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz pośredniczenia na zlecenie klientów w zawieraniu umów o świadczenie usług turystycznych jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.) i wymaga uzyskania wpisu w rejestrze organizatorów turystyki i pośredników turystycznych

prowadzonym przez marszałka województwa właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy. Jeżeli zatem przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie organizacji imprez turystycznych w rozumieniu ustawy o usługach turystycznych, wówczas wykonawca ma obowiązek legitymowania się stosownym wpisem do ww. rejestru.

Ocena spełniania warunku posiadania uprawnień w przedmiotowym postępowaniu była dokonywana przez zamawiającego na podstawie oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zob. art. 44 ustawy Pzp), tj. na podstawie oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Jednocześnie należy wskazać, iż stosownie do postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W przedmiotowej sprawie zamawiający już pismem z dnia 5 września 2011 r. został poinformowany przez wykonawcę Y o nieposiadaniu przez firmę X wymaganego prawem wpisu do rejestru organizatorów turystyki i pośredników turystycznych. Opierając się jednak wyłącznie na wyjaśnieniach wykonawcy X zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie wykluczył go z tego postępowania. Tymczasem w świetle przepisów ustawy o usługach turystycznych wybrany wykonawca nie posiadał uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, co potwierdza także opinia Ministerstwa Sportu i Turystyki. Powyższe świadczy o tym, że składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca podał nieprawdziwe informacje, mające w tym przypadku wpływ na wynik postępowania, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż zamawiający winien dokonać wykluczenia wykonawcy X na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie przez niego w oświadczeniu z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp nieprawdziwych informacji, że posiada stosowne uprawnienia. Tym samym, nie wykluczenie ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2012 sygn. akt KIO 1059/12, KIO 1067/12 dotyczące wniesienia odwołania na czynność, która została wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt wniesienia w dniu 22 maja 2012 r. przez odwołującego skargi do Sądu Okręgowego w Krakowie na wyrok Izby z dnia 26 kwietnia 2012 r. powoduje, że wyrok Izby jako nieprawomocny nie może podlegać wykonaniu przez zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia skargi przez Sąd Okręgowy.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp z chwilą ogłoszenia przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze ustawa Pzp łączy zakończenie okresu standstill, a tym samym przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy, a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, to w sytuacji gdy sąd okręgowy, odmiennie niż KIO, stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp skutkujące unieważnieniem umowy, uchylając wyrok KIO i uwzględniając odwołanie sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Zawarcie umowy po upływie okresu standstill należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie (por. art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp). W takiej sytuacji orzeczenie sądu może stanowić podstawę do dochodzenia przez odwołującego odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Biorąc pod uwagę, iż jedyną czynnością, której dokonania ustawa Pzp zakazuje zamawiającemu (do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, w przypadku wniesienia odwołania) należy uznać, że zamawiający jest uprawniony do dokonywania innych czynności w prowadzonym postępowaniu, zarówno w przypadku wniesienia odwołania - przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego

postępowanie odwoławcze, jak i po jego ogłoszeniu. W szczególności zamawiający jest uprawniony do wykonania czynności, które zostały nakazane zgodnie z treścią wyroku Izby.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 sygn. akt KIO 1085/12 dotyczący nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zatem w wyniku tego wezwania nie przedłożył wymaganych certyfikatów stąd też jego oferta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako niespełniająca wymogów merytorycznych SIWZ co do oferowanego przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający tymczasem, biorąc pod uwagę treść informacji o wynikach postępowania, wykluczył wykonawcę z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) i z tego też powodu w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego. Zgodzić tutaj należy się z Odwołującym, że Zamawiający w tym zakresie popełnił formalny błąd korzystając przy ocenie merytorycznej treści oferty (badania zgodności oferowanych urządzeń z wymogami dotyczącymi przeprowadzanych w odniesieniu do oferowanych urządzeń badań jakościowych) z przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania odnoszącej się do weryfikacji podmiotowej wykonawcy (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, które odnoszą się do wiarygodności ekonomicznej i finansowej, kadrowej, doświadczenia wykonawcy itd.). Wskazany błąd formalny (przywołanie innej podstawy prawnej czynności Zamawiającego) nie może jednak dyskwalifikować dokonania czynności Zamawiającego jako takiej prawidłowej. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji (informacja o wynikach postępowania) poinformował Odwołującego o faktycznych podstawach nie oceniania merytorycznie jego oferty i w efekcie jej odrzucenia. Powyższe dało Odwołującemu szansę na prawidłowe odczytanie woli Zamawiającego co do jego oferty i w efekcie na postawienie Zamawiającemu w tym zakresie zarzutów odwołania, które podlegały merytorycznej kontroli Izby. Tym samym - w ocenie Izby – nieprawidłowa kwalifikacja prawna dokonanej przez Zamawiającego czynności przy właściwych faktycznych podstawach jej dokonania nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Co najwyżej nieścisłość formalna w tym zakresie może skutkować uznaniem przez Izbę, że to formalne naruszenie przepisów ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – tj. na czynność unieważnienia postępowania przez

Zamawiającego.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 sygn. akt KIO 1095/12 dotyczący poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby odrzucenie oferty Odwołującego było co najmniej przedwczesne. Bezsporne jest, że w ofercie wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ w zakresie terminów wykonania zamówienia, a w konsekwencji w obliczeniu całkowitej ceny oferty, która uzależniona była od liczby miesięcy przewidzianych na realizację zadania. Rozstrzygnięcia wymagało, czy niezgodność ta była wynikiem omyłki i czy jest istotna dla treści oferty.

Zdaniem Izby zaistniała niezgodność ma charakter omyłki, wynikającej z faktu modyfikacji treści SIWZ, której wykonawca nie uwzględnił przy sporządzaniu oferty, przyjmując terminy określone w pierwotnym brzmieniu specyfikacji. Założenie przeciwne – że wykonawca celowo złożył ofertę z innym terminem wykonania zamówienia, niż określony przez Zamawiającego, nie chcąc go zrealizować w terminie wskazanym w SIWZ – byłoby nieracjonalne. Zamawiający miał wszelkie podstawy twierdzić, że intencją wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a zaoferowanie wykonania zamówienia w terminach przewidzianych w pierwotnym brzmieniu specyfikacji było wynikiem przeoczenia.

(…) Należy więc stwierdzić, że Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany SIWZ, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak pewności Zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami SIWZ, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie było również żadnych przeszkód, aby ewentualne poprawienie oferty, w związku z wątpliwościami

co do przyczyn jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. akt 1218/12 dotyczący wykluczenia z postępowania z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z treści rozporządzenia wynika, jak już wyżej wskazano, że wykonawcy, którzy prowadzą działalność w okresie krótszym niż okres za jaki zamawiający żąda dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedkłada dokumenty za okres prowadzenia działalności. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił warunek posiadania średnio rocznego przychodu netto na poziomie nie niższym niż 2 mln. złotych. Odwołujący jak powyżej ustalono prowadzi działalność właśnie w okresie krótszym niż ustalony przez zamawiającego okres 3 lat. W związku z powyższym odwołujący przedstawił sprawozdanie finansowe za okres funkcjonowania to jest za okres od dnia 21 grudnia 2010r. do dnia 31 grudnia 2011r. Powyższe nie oznacza, że w takiej sytuacji zamawiający ma prawo przedstawiony w sprawozdaniu przychód podzielić przez trzy lata to jest za okres za który oczekiwał przedłożenia sprawozdań finansowych.
Zamawiający miał obowiązek w przedmiotowej sytuacji uznać przedstawiony przychód jako średnioroczny, bez dzielenia jego przez trzy a co najwyżej przez jeden. Żadna formuła wewnętrznej regulacji to jest specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie upoważnia zamawiającego do dzielenia w takiej sytuacji przychodu przez 3 lata.
Zachowanie w przedmiotowej sprawie zamawiającego narusza art. 7 ust.1, który nakazuje zamawiającemu w prowadzonych postępowaniach równego traktowania wykonawców. Bowiem żaden wykonawca nie może być gorzej traktowany niż inni wykonawcy z tego tytułu, że prowadzi działalność krócej niż inni wykonawcy. Tym bardziej, że z samej siwz ustalonej przez zamawiającego wynika, że warunek sytuacji ekonomicznej zostanie spełniony jeżeli, średni przychód za ostatnie trzy lata obrotowe wystąpi w wysokości nie mniejszej niż 2 mln.zł. (pkt 6.1.4. dotyczący sytuacji ekonomicznej i pkt III.5 ogłoszenia o zamówieniu). Zapis, że będzie decydował średnioroczny przychód wręcz oznacza, że zamawiający może dzielić jednoroczny przychód odwołującego przez jeden, a nie przez trzy, ponieważ

odwołujący prowadził działalność przez jeden rok a nie przez trzy lata. Dzielenie przychodu przez trzy może nastąpić tylko w przypadku gdy wykonawca przedkłada sprawozdania za okres trzech lat, co nie występuje u odwołującego.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r. (sygn. akt XIX Ga 92/12) dotyczący świadczenia usług pocztowych.

tekst orzeczenia

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 6/2012

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 30.06.2012

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	81 191	10 086	**91 277**
O udzieleniu zamówienia	80 387	12 687	**93 074**
O konkursie	58	13	**71**
O wynikach konkursu	46	16	**62**
O zmianie ogłoszenia	20 545	5 816*	**26 361**
O koncesji na usługi / roboty budowlane	17	13	**30**
O zamiarze zawarcia umowy	3 449	365	**3 814**
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	242	**242**
O profilu nabywcy	-	4	**4**
RAZEM	**185 693**	**29 242**	**214 935**

* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	30,38%	7,38%
Dostawy	36,48%	54,02%
Usługi	33,14%	38,60%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,15%	96,48%
Przetarg ograniczony	0,50%	2,70%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,08%	0,58%

Dialog konkurencyjny	0,03%	0,24%
Licytacja elektroniczna	0,24%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	95%	93%	86%	91%
Cena i inne kryteria	5%	7%	14%	9%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	66	0,08%
Dostawy	50	0,06%
Usługi	178	0,22%
Razem	**294**	**0,36%**

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	23	0,03%
Dostawy	27	0,03%
Usługi	57	0,07%
Razem	**107**	**0,13%**

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	1 132	1,39%
Dostawy	947	1,17%
Usługi	2 266	2,79%
Razem	**4 345**	**5,35%**

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	19 500	24,02%
Dostawy	17 141	21,11%
Usługi	17 393	21,42%
Razem	**54 034**	**66,55%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	23,40%	4,15%
Dostawy	37,63%	40,30%
Usługi	38,97%	55,55%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	82,34%	86,51%
Przetarg ograniczony	0,42%	2,12%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	2,62%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,07%	8,63%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,12%
Wolna ręka	13,94%	-
Zapytanie o cenę	2,95%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,20%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	20,036 mld zł

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	58%
Dostawy	23%
Usługi	19%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, w których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
rok 2010	171 572	140 080	81,65%
rok 2011	172 473	143 562	83,24%
I kw. 2012	37 387	31 399	83,98%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	5,88	2,45

Dostawy	2,47	1,50
Usługi	2,97	1,73
Średnio	**3,14**	**1,81**

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	8%
kujawsko-pomorskie	4%	5%
lubelskie	6%	5%
lubuskie	2%	2%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	17%	16%
opolskie	2%	3%
podkarpackie	6%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	11%	10%
świętokrzyskie	3%	3%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	8%
zachodniopomorskie	5%	5%

Średni czas trwania postępowań

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2011	2012
Roboty budowlane	38 dni	41 dni
Dostawy	31 dni	31 dni
Usługi	28 dni	30 dni
Średnio	**31 dni**	**32 dni**

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	4,17%

Administracja rządowa terenowa	2,15%
Administracja samorządowa	50,12%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,68%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,00%
Uczelnie publiczne	4,71%
Podmiot prawa publicznego	0,32%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	11,01%
Inny	20,84%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,82%
Administracja rządowa terenowa	3,37%
Administracja samorządowa	39,50%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,45%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,11%
Uczelnie publiczne	7,06%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	16,45%
Zamawiający sektorowy	1,58%
Inny	22,65%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	14,78%	26,67%	58,55%
Administracja rządowa terenowa	12,18%	34,48%	53,34%
Administracja samorządowa	34,68%	20,66%	44,66%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	15,11%	46,42%	38,47%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	8,99%	39,07%	51,93%
Uczelnie publiczne	8,62%	54,77%	36,62%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	4,45%	64,75%	30,80%

Zamawiający sektorowy	7,08%	47,34%	45,57%
Inny	17,20%	42,69%	40,11%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	74,22	0,43	0,12	0,00	0,00	20,37	4,43	0,43
Administracja rządowa terenowa	78,86	0,21	0,04	0,00	0,00	14,96	5,39	0,54
Administracja samorządowa	84,23	0,23	0,04	0,06	0,01	12,78	2,38	0,27
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	82,23	0,49	0,20	0,06	0,04	13,80	2,98	0,20
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	61,41	0,87	0,48	0,00	0,00	17,60	19,44	0,19
Uczelnie publiczne	75,72	0,17	0,08	0,09	0,06	19,93	3,90	0,06
Podmiot prawa publicznego	81,82	0,00	0,00	0,00	0,00	9,44	4,20	4,55
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,54	0,84	0,00	0,04	0,00	8,42	1,13	0,02
Inny	79,25	0,65	0,05	0,13	0,04	16,42	3,36	0,09

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Czechy	4	1 x usługi 1 x roboty budowlane 2 x dostawy	343 511 755 EUR
Dania	1	1 x usługi	762 272 EUR
Francja	1	1 x usługi	brak danych
Grecja	1	1 x usługi	28 500 EUR
Litwa	2	2 x dostawy	4 877 822 EUR
Luksemburg	8	8 x usługi	3 613 170 EUR
Łotwa	1	1 x dostawy	brak danych
Niemcy	3	1 x roboty budowlane 1 x dostawy 1 x usługi	33 539 556 EUR
Rumunia	1	1 x dostawy	18 218 912 EUR
Szwecja	3	3 x dostawy	brak danych
Wlk. Brytania	2	2 x dostawy	brak danych
Razem	**27**	**2 x roboty budowlane** **12 x dostawy** **13 x usługi**	**404 551 987 EUR**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			8	8 272 677	1	8 533 173			**9**	**16 805 850**
Belgia			4	1 201 825					**4**	**1 201 825**
Bułgaria					1	1 520 280			**1**	**1 520 280**
Chiny			1	105 283					**1**	**105 283**
Czechy			17	16 289 226	9	33 461 628			**26**	**49 750 854**
Cypr			1	18 651 775					**1**	**18 651 775**
Dania					1	602 415			**1**	**602 415**
Estonia			1	81 698					**1**	**81 698**
Finlandia			1	3 991 680	1	2 991 136			**2**	**6 982 816**
Francja			5	11 616 121	3	22 046 220			**8**	**33 662 341**
Grecja	1	19 555 936							**1**	**19 555 936**
Hiszpania	6	1 549 916 881	1	1 157 645	5	8 555 198			**12**	**1 559 629 724**
Holandia			14	21 090 692	2	8 905 864			**16**	**29 996 556**
Irlandia					1	4 330 901			**1**	**4 330 901**
Izrael					1	785 127			**1**	**785 127**
Japonia			1	270 000					**1**	**270 000**
Kanada			1	645 000					**1**	**645 000**
Litwa			1	2 422 000	3	2 114 217			**4**	**4 536 217**
Łotwa			1	5 027 000					**1**	**5 027 000**
Macedonia			1	916 469					**1**	**916 469**
Niemcy	3	737 859 459	49	230 872 459	9	17 315 333			**61**	**986 047 251**
Norwegia			1	461 647	1	7 004 266			**2**	**7 465 913**
Portugalia					1	40 103 484			**1**	**40 103 484**
Rosja					2	2 075 075			**2**	**2 075 075**
Słowacja	1	18 981 848	2	8 042 235					**3**	**27 024 083**
Szwajcaria			29	624 368 258					**29**	**624 368 258**
Szwecja			1	2 616					**1**	**2 616**
Turcja			1	1 981 406					**1**	**1 981 406**
Ukraina					1	47 309			**1**	**47 309**
USA			11	43 033 838	4	4 931 412			**15**	**47 965 250**
Węgry					1	5 500 000			**1**	**5 500 000**
Wielka Brytania			77	14 312 947	11	35 247 926			**88**	**49 560 873**
Włochy			7	6 183 391	1	15 266 993	1	20 000	**9**	**21 470 384**
Razem	**11**	**2 326 314 123**	**236**	**1 020 997 888**	**59**	**221 337 955**	**1**	**20 000**	**307**	**3 568 669 967**

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	90	
Zakończone	81	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	61	75%
Stwierdzono naruszenia	20	25%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	1	5%
ponowna ocena	8	40%
uchybienia formalne	11	55%

Kontrole doraźne

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	58	
Zakończone	71	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Brak naruszeń	1	1%
Stwierdzono naruszenia	70	99%
W tym: zawiadomienie RDFP	43	61%

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

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	14	
Zakończone	19	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	19	100%

w tym:		
	19	100%
uchybienia formalne	2	22%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	**Liczba**	
Wszczęte	475	
Zakończone	581	
Wyniki postępowań	**Liczba**	**Struktura procentowa**
przekazane do kontroli	63	11%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1 368	
Rozpatrzono ogółem	1 397	
Sposób rozpatrzenia	**Liczba**	**Rozkład procentowy**
Zwrócone	117	8%
Odrzucone	81	6%
Umorzone postępowanie	152	11%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	210	15%
Oddalone	461	33%
Uwzględnione	376	27%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2012 r.	2011 r.
Roboty budowlane	31%	29%
Dostawy	32%	32%
Usługi	37%	39%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2012 r.	2011 r.
Liczba wniesionych skarg	73	74
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	6%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka *Joanna Orzeł*

Anita Radecka *Izabela Rzepkowska*

Magdalena Tkaczyk - Prudzyńska
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