INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Listopad 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 identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

Spis treści

AKTUALNOŚCI 2
- Publikacja ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi w Dzienniku Ustaw .. 2
- Polska ma najszybsze procedury rozpatrywania odwołań w Unii Europejskiej 2
- Konferencja "Zamówienia Publiczne w szkołach wyższych" 8
- Zrównoważone zamówienia publiczne - VI konferencja 9

PRAWO EUROPEJSKIE 10
Nowe orzecznictwo ETS w zakresie zamówień publicznych 10
OPINIE PRAWNE 19
Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp 19
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 22
Nieprawidłowości związane ze stosowaniem trybu zamówienia z wolnej reki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp wykrywane w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP 22
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 39
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych 39
ANALIZY SYSTEMOWE 46
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 31.10.2012 46

AKTUALNOŚCI

➢ Publikacja ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi w Dzienniku Ustaw

19 listopada 2012 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczpospolitej Polskiej (Pozycja 1271) została opublikowana ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

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

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, wejdzie w życie po upływie trzech miesięcy od daty jej opublikowania w Dzienniku Ustaw Rzeczpospolitej Polskiej tj. w dniu 20 lutego 2013 r.

Rządowy proces legislacyjny prac nad nowelizacją ustawy Prawo Zamówień Publicznych znajduje się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych oraz Rządowego Centrum Legislacji.

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi

➢ Polska ma najszybsze procedury rozpatrywania odwołań w Unii Europejskiej

W świetle przygotowanego przez Komisję Europejską „Rocznego przeglądu w zakresie implementacji unijnych regulacji dotyczących zamówień publicznych 2012" Polska ma najszybsze procedury rozpatrywania odwołań w całej Unii Europejskiej

W związku z opublikowanym przez Komisję Europejską w dniu 9 października 2012 roku Raportem z pierwszej edycji rocznego przeglądu dotyczącego stosowania unijnych przepisów

w zakresie zamówień publicznych, przedstawiamy krótką informację na temat wniosków płynących z ww. raportu, przygotowaną przez Urząd Zamówień Publicznych.

Raport z pierwszej edycji rocznego przeglądu Komisji Europejskiej jest dostępny w angielskiej wersji językowej na stronie internetowej Dyrekcji Generalnej KE „Rynek Wewnętrzny i Usługi":

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/news/index_en.htm.

Poniżej zostały zaprezentowane informacje na temat polskiego systemu zamówień publicznych zawarte w Raporcie z jednoczesnym porównaniem danych obrazujących sytuację na polskim rynku zamówień publicznych z odpowiednimi danymi dotyczącymi pozostałych państw członkowskich Unii Europejskiej (UE).

Celem przeglądu przeprowadzonego przez Komisję Europejską było zebranie i analiza dostępnych danych w zakresie implementacji przepisów dotyczących zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich UE, jak też wymiana doświadczeń i najlepszych praktyk w tym obszarze. Raport został przygotowany na podstawie danych uzyskanych z ogólnodostępnych baz danych takich jak Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (zwany dalej TED), bazy Komisji Europejskiej dotyczącej naruszeń prawa unijnego, danych zebranych na podstawie corocznych raportów statystycznych państw członkowskich, publicznie dostępnych danych publikowanych przez państwa członkowskie np. w postaci sprawozdań o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w danym roku oraz na podstawie odpowiedzi uzyskanych w ramach kwestionariusza sporządzonego na potrzeby przeprowadzenia przeglądu. Zgodnie z zamierzeniem Komisji Europejskiej prowadzenie przeglądu i publikacja raportu ma być dokonywane corocznie.

Podstawą do przygotowania Raportu był przegląd unijnego systemu zamówień publicznych przeprowadzony w podziale na trzy kategorie:

- przegląd rynku zamówień publicznych pod względem ilościowym i wartościowym,
- przegląd krajowych struktur odpowiedzialnych za system zamówień publicznych w państwach członkowskich, jak też analiza zastosowania środków elektronicznych w zamówieniach publicznych oraz prowadzenia scentralizowanych zakupów,
- przegląd naruszeń w stosowaniu dorobku prawnego Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych na szczeblu europejskimi i krajowych.

W ramach poszczególnych kategorii przeprowadzono analizę w podziale na szczegółowe zagadnienia składające się na zakres przedmiotowy danej kategorii. Dane na temat sytuacji

polskiego rynku zamówień publicznych zostały wskazane w opisie następujących zagadnień:

Wartość rynku zamówień publicznych

Wartość ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych przez polskich zamawiających w TED w 2010 roku wyniosła 30,9 miliardów euro. Natomiast dane na temat wartości udzielonych zamówień publicznych w 2010 roku, przekazane przez Polskę w raporcie statystycznym za 2010 rok, wskazują na 22,21 miliardów euro. Różnice takie zachodzą również w przypadku innych państw członkowskich i mogą one wynikać z różnych źródeł stanowiących podstawę obu statystyk, z różnic w czasie prowadzania analizy przez Komisję i państwa członkowskie, czy wreszcie z różnego stopnia ujęcia w statystykach zamówień sektorowych lub także ujmowania zamówień udzielanych poza ustawą Pzp.

Zarówno w przypadku szacunków przeprowadzonych przez Komisje Europejską jak też biorąc pod uwagę dane z raportów statystycznych państw członkowskich, Polska zajmuje 6 miejsce wśród państw UE o najwyższej wartości rynku zamówień publicznych powyżej progów unijnych.

Przejrzystość

W przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych przejrzystość jest zapewniona poprzez obowiązkową publikację ogłoszeń o zamówieniu oraz ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE. W ramach oceny przejrzystości systemu zamówień publicznych Polska znalazła się na drugim miejscu wśród państw członkowskich z największą liczbą ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych TED w 2010 roku. Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowane przez polskich zamawiających stanowiły 14% wszystkich ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w TED w 2010 roku. Zgodnie z szacunkami Komisji Europejskiej lepszy wynik od Polski osiągnęła tylko Francja z liczbą ogłoszeń o udzieleniu zamówienia stanowiącą 26 % wszystkich ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w TED w 2010 roku.

Zamówienia poniżej progów UE

Do określenia wielkości i wartości rynku zamówień publicznych poniżej progów unijnych, wykorzystano w przeglądzie dane otrzymane od 18 państw członkowskich w ramach odpowiedzi na kwestionariusz przeprowadzony na potrzeby przygotowania przedmiotowego przeglądu. Polska z liczbą 177 449 zamówień poniżej progów znalazła się na drugiej pozycji

pod względem ilości udzielonych zamówień publicznych poniżej progów unijnych. W przypadku porównania wartości zamówień poniżej progów UE udzielonych w 18 państwach członkowskich, Polska z wartością 48,5 miliarda złotych także uplasowała się na drugiej pozycji, zaraz po Francji, która wskazała na wartość około 14, 25 miliarda euro. Należy jednak zaznaczyć, iż do Raportu wkradł się błąd dotyczący waluty, w jakiej została określona wartość zamówień poniżej progów w Polsce. Zamiast wartości 48,5 miliarda euro w Raporcie powinna się znaleźć wartość 48,5 miliarda złotych.

Informacje na temat koncesji

W ramach odpowiedzi na kwestionariusz przygotowany na potrzeby sporządzenia przeglądu, jedynie kilka państw członkowskich było w stanie podać dane dotyczące ilości i wartości zawartych umów koncesyjnych. Na podstawie danych, które udało się uzyskać można stwierdzić, że najwięcej koncesji na usługi i roboty zawarto w 2010 roku we Francji – około 10 000 umów. Ponadto Hiszpania wykazała dość dużą ilość udzielonych koncesji - 106 koncesji na usługi o wartości 667 147 899 euro oraz 473 koncesje na usługi o wartości 808 989 058 euro. W przypadku Polski w raporcie zostały wskazane jedynie dane dotyczące liczby koncesji na usługi – 6 umów – oraz liczby koncesji na roboty budowlane – 48 umów zawartych w 2010 roku.

Powyższe dane należy jednak odczytywać z dużą ostrożnością ze względu na różne definicje koncesji, częste mylenie koncesji z zamówieniami publicznymi oraz systemem pozwoleń.

Instytucje i podmioty zamawiające

Jedynie 23 państwa członkowskie przekazały odpowiedzi do kwestionariusza w zakresie ilości instytucji i podmiotów zamawiających. Na podstawie tych danych oszacowano, iż łączna liczba zamawiających w 23 państwach członkowskich UE wyniosła w 2010 roku około 102 800 jednostki. Polska wskazała na 13 765 instytucje i podmioty zamawiające udzielające zamówień publicznych w 2010 roku. Na większą liczbę zamawiających niż Polska wskazały jedynie Francja (132 652 jednostek) i Niemcy (pomiędzy 15 000 a 20 000 jednostek). Należy przy tym zaznaczyć, że różne państwa w różny sposób prowadzą rejestry instytucji i podmiotów zamawiających.

Postępowania formalne dotyczące nieprawidłowej transpozycji unijnych aktów prawnych w zakresie zamówień publicznych oraz postępowania związane

z naruszeniami polegającymi na niewłaściwym stosowaniu tych aktów przez państwa członkowskie

Komisja Europejska w terminie od 1 stycznia 2009 roku do 1 listopada 2011 roku wszczęła przeciwko państwom członkowskim 61 postępowań formalnych dotyczących nieprawidłowej transpozycji oraz błędnej aplikacji unijnego prawa zamówień publicznych. Najwięcej postępowań zostało wszczętych przeciwko Grecji (16 naruszeń). Zgodnie z informacją zawartą w Raporcie, przeciwko Polsce we wskazanym terminie zostały wszczęte dwa postępowania formalne. Jedno z postępowań zostało wszczęte na podstawie skargi złożonej do Komisji Europejskiej, a druga sprawa została otwarta z własnej inicjatywy Komisji. Przedmiotowe sprawy dotyczyły nieprawidłowego zastosowania unijnego prawa zamówień publicznych (naruszenie 2011/2120 - uchybienie zobowiązaniom wynikającym z art. 28 i 35 dyrektywy 2008/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi przy udzielaniu zamówienia na kontynuowanie budowy nowego stadionu miejskiego we Wrocławiu) oraz niewłaściwej transpozycji dyrektyw w zakresie zamówień publicznych (naruszenie 2011/4017 - domniemana niezgodność przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 1a polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych z dyrektywą 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).

Procedury odwoławcze w państwach członkowskich

W Raporcie dokonano porównania funkcjonowania systemów odwoławczych w poszczególnych państwach członkowskich. Jednak poniższe dane dotyczą tylko kilkunastu państw członkowskich (w zależności od typu danych od 6 do 14 państw członkowskich).

Porównanie danych na temat liczby wniesionych odwołań do informacji o liczbie przeprowadzonych postępowań przetargowych w poszczególnych państwach członkowskich.

W 13 państwach członkowskich wskaźnik procentowy liczby wniesionych odwołań do liczby przeprowadzonych postępowań przetargowych nie przekraczał 20 % (Cypr 1%, Litwa i Malta 3%, Estonia 4,2%, Finlandia 4,9%, Czechy 5%, Węgry, Rumunia, Słowacja 13%, Łotwa 14%, Bułgaria 16%, Szwecja 19%). Średni stosunek procentowy liczby wniesionych odwołań do liczby przeprowadzonych postępowań przetargowych dla tych państw wyniósł w 2010 roku 8,5%. W Polsce wskaźnik liczby wniesionych odwołań do liczby

przeprowadzonych postępowań przetargowych wyniósł w 2010 roku 1,4%. Należy jednak zaznaczyć, że Komisja Europejska szacując w Raporcie wartość tego wskaźnika dla Polski dokonała porównania ogólnej liczby wniesionych odwołań do wszystkich przeprowadzonych postępowań przetargowych w Polsce w 2010 roku. Jeżeli natomiast weźmiemy pod uwagę porównanie liczby odwołań (1995 odwołań) wniesionych w 2010 roku dla zamówień powyżej progów unijnych (czyli zamówień objętych zakresem unijnych przepisów odwoławczych) do liczby przeprowadzonych w 2010 roku postępowań o wartości przekraczającej progi unijne (18106 postępowań) to wskaźnik odwołań dla Polski wyniesie 11%.

Czas rozpatrywania odwołań

Prawo unijne nie nakłada na państwa członkowskie szczegółowych wymagań dotyczących czasu rozpatrywania odwołań przez organy odwoławcze. Krótkie i sprawne procedury odwoławcze są jednak korzystne zarówno z punktu widzenia instytucji zamawiających jak i oferentów. W większości z 12 państw członkowskich, które udzieliły odpowiedzi w zakresie czasu rozpatrywania odwołań, organy odwoławcze wydają decyzje po upływie 1-3 miesięcy (Bułgaria 1 miesiąc, Austria 2 miesiące, Cypr od 2 do 3 miesięcy, Czechy 2,5 miesiąca). Polska i Słowacja są państwami gdzie procedury odwoławcze są najkrótsze i trwają 14 dni. Najgorszy wyniki osiąga w tym zakresie Finlandia, gdzie wydanie decyzji organu odwoławczego następuje średnio po około 8 miesiącach.

Skuteczność postępowań odwoławczych z punktu widzenia odwołującego

Z danych przekazanych przez 12 państw członkowskich wynika, że w większości państw odsetek postępowań odwoławczych, w ramach których przyznano rację odwołującemu, oscylował wokół 30% wszystkich wniesionych odwołań (Cypr 32 %, Niemcy ponad 205, Hiszpania 24%, Malta 29%, Rumunia 31%, Szwecja 31%). W Czechach odsetek ten był znacznie niższy i wynosił 15%, natomiast w Estonii, Węgrzech, Słowacji i Łotwie przekraczał 30%. Polska z wynikiem 26% znalazła się wśród większości państw z średnią oscylującą wokół 30%. Należy jednak dodać, że w statystyce tej w przypadku Polski ujęto jedynie uwzględnione odwołania, natomiast nie zostały ujęte postępowania odwoławcze umorzone z uwagi na uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego.

Zaskarżanie decyzji organów pierwszej instancji

W zakresie ilości decyzji organów odwoławczych pierwszej instancji, które zostały zaskarżone przez strony postępowania, 14 państw członkowskich podzieliło się na dwie kategorie:

- państwa z dużym poziomem akceptacji decyzji wydanych przez organ pierwszej instancji takie jak na przykład Malta gdzie żadna decyzja nie została zaskarżona czy Polska i Łotwa gdzie 8% decyzji podlegało rozpatrzeniu w drugiej instancji,
- państwa gdzie skargi składane są na około 49% decyzji wydanych przez pierwszą instancję takie jak Czechy czy Litwa. W ocenie wyników dla tych państw istotny jest jednak fakt, iż organem pierwszej instancji w procedurze odwoławczej jest instytucja zamawiająca.

Procent postępowań prowadzonych przez drugą instancję, w ramach których uchylona została decyzja organu pierwszej instancji, nie był zbyt wysoki w przypadku takich państw jak Bułgaria 10%, Litwa 22%, Szwecja 14%, Finlandia czy Niemcy 20%, i był bardzo niski w takich państwach jak Cypr 0%, Węgry 2,5%, Łotwa 4% i Rumunia 2%. W Polsce decyzja organu pierwszej instancji została uchylona w przypadku 14% wszystkich postępowań prowadzonych przez drugą instancję w 2010 roku.

➢ Konferencja "Zamówienia Publiczne w szkołach wyższych"

12 listopada 2012 r. w budynku Sejmu RP odbyła się konferencja pt. ***„Zamówienia publiczne w szkołach wyższych”***, zorganizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Konferencję Rektorów Publicznych Szkół Zawodowych. Uczestniczyło w niej 110 osób.

Konferencja była odpowiedzią na potrzebę wsparcia uczelni wyższych w zakresie upowszechniania i doskonalenia wiedzy dotyczącej procesów udzielania zamówień publicznych. Podczas obrad przedstawiono zagadnienia, dotyczące ważnych aspektów prowadzenia postępowania o udzielenie zamowienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki zamówień realizowanych przez szkoły wyższe. Poruszono konkretne problemy zgłaszane przez przedstawicieli poszczególnych uczelni i starano się znaleźć optymalne ich rozwiązanie. Oprócz dyskusji wokół praktycznych aspektów

udzielania zamówień konferencja była doskonałą okazją do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych oraz forum wzajemnej wymiany doświadczeń pomiędzy przedstawicielami uczelni wyższych.

W konferencji wzięli udział m.in. Pan Jacek Sadowy - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Pan prof. dr hab. Józef Zając – Senator RP, Rektor Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie, Pan Prof. dr hab. Józef Garbarczyk – Przewodniczący Konferencji Rektorów Publicznych Szkół Zawodowych, Pan Ernest Chołuj - Z-ca Dyrektora Biura Dyrektora Generalnego Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Udział w konferencji znakomitych prelegentów - przedstawicieli świata nauki, osób odpowiedzialnych za procesy udzielania zamówień publicznych w szkołach wyższych, a także przedstawicieli innych instytucji, pełniących istotną dla systemu zamówień publicznych rolę - zapewnił wysoki poziom dyskusji oraz ciekawą wymianę poglądów i doświadczeń.

➢ Zrównoważone zamówienia publiczne - VI konferencja

7 grudnia 2012 r. odbędzie się **VI doroczna konferencja w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych** organizowana przez Urząd Zamówień Publicznych w ramach realizacji Krajowego Planu Działań przyjętego przez Radę Ministrów 14 czerwca 2010 r. Konferencja odbędzie się w centrum konferencyjnym OSIR, ul. Polna 7A w Warszawie.
Głównym celem wydarzenia jest upowszechnienie informacji na temat środowiskowych oraz społecznych aspektów zamówień publicznych poprzez wskazanie podstaw prawnych, odniesienie do tematyk powiązanych z ochroną środowiska i ekonomią społeczną, a także prezentacja konkretnych studiów przypadku (case studies).
W konferencji zaplanowano udział ok. 110 osób - **przedstawicieli polskich organów administracji publicznej** odpowiedzialnych za zamówienia publiczne w macierzystych jednostkach.
Więcej informacji na temat konferencji w serwisie informacyjnym Urzędu.

PRAWO EUROPEJSKIE

Nowe orzecznictwo ETS w zakresie zamówień publicznych

Orzeczenie z dnia 18 października 2012 r. **w sprawie C-218/11**

Dyrektywa 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na roboty, dostawy i usługi – Artykuł 44 ust. 2, art. 47 ust. 1 lit. b) i art. 47 ust. 2 i 5 – Sytuacja ekonomiczna i finansowa kandydatów lub oferentów – Minimalne wymogi dotyczące zdolności do wykonania zamówienia ustanowione na podstawie jednej danej z bilansu – Dane rachunkowe, na które mogą mieć wpływ rozbieżności między prawami krajowymi w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek

W przedmiotowej sprawie, mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez *Fővárosi Ítélőtábla* (Węgry) postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2011 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 11 maja 2011 r., Trybunał ustalił, co następuje.

STAN PRAWNY SPRAWY

Dyrektywa 2004/18 zawiera następujące motywy:

„[...]

(2) Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody Przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu.

[...]

(39) Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja oferentów w procedurach otwartych oraz kandydatów w procedurach ograniczonych i negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, a także

w przypadku dialogu konkurencyjnego, powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje zamawiające mogą wykorzystywać podczas kwalifikacji uczestników, oraz środki, które wykonawcy mogą stosować w celu udowodnienia, iż spełniły te kryteria. Mając na uwadze tę przejrzystość, niezwłocznie po otwarciu konkursu ofert dla danego zamówienia, od instytucji zamawiającej wymaga się również wskazania kryteriów kwalifikacji, które będzie ona stosowała, oraz szczególnego poziomu kompetencji, jakiego może ona żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielania zamówień.

(40) Instytucja zamawiająca może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia oraz w przypadku dialogu konkurencyjnego. Ograniczenie liczby kandydatów odbywa się na podstawie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu [...].

[...]".

Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień", stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

Artykuł 44 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień", stanowi:

„1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 53 i 55 […], po zweryfikowaniu przez instytucje zamawiające predyspozycji wykonawców […], na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47–52, oraz, w stosownych wypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów określonych w ust. 3.

2. Instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. W przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia oraz procedurze [procedury] dialogu konkurencyjnego instytucje

zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do złożenia ofert, negocjacji lub prowadzenia dialogu, o ile dostateczna liczba odpowiednich kandydatów jest dostępna. Instytucje zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować [...]".

Artykuł 47 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Sytuacja ekonomiczna i finansowa", stanowi:

„1. Według ogólnych zasad dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;

b) bilans lub wyciągi z bilansów, w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

2. Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może przedstawiać zdolności innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

4. Instytucje zamawiające określą w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do składania ofert, który lub które spośród dokumentów wymienionych w ust. 1 wybrały, a także jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.

5. Jeżeli z jakiejkolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni".

STAN FAKTYCZNY SPRAWY

W drodze publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 25 lipca 2006 r. *Édukövízig* (dyrekcja ds. ochrony środowiska i zasobów wodnych Północnego Kraju Zadunajskiego) ogłosiła **przetarg ograniczony na udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego wykonania robót z zakresu infrastruktury transportowej**. Z akt sprawy wynika, że wartość tych robót mieściła się między 7,2 a 7,5 mld HUF, to jest w przybliżeniu między 23 300 000 a 24 870 000 EUR.

W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej kandydatów instytucja zamawiająca zamieściła **wymóg przedstawienia jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z przepisami rachunkowymi oraz ustanowiła minimalne kryterium, zgodnie z którym wynik podany w bilansie nie mógł być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych** (zwane dalej „wymogiem ekonomicznym").

Hochtief AG jest spółką dominującą grupy, do której należy *Hochtief Solutions AG*, spółka w 100% zależna od *Hochtief AG*. Są to spółki prawa niemieckiego. *Hochtief Węgry* jest węgierskim oddziałem *Hochtief Solutions AG*. Z postanowienia odsyłającego wynika, że *Hochtief Węgry* ma przynajmniej możliwość odwołania się wyłącznie do sytuacji *Hochtief Solutions AG w* zakresie wymogu ekonomicznego.

Na mocy umowy o przekazywaniu zysku zysk wypracowany przez *Hochtief Solutions AG* ma być co roku przekazywany jej spółce dominującej, tak że wynik wykazywany w bilansie *Hochtief Solutions AG* jest regularnie zerowy lub ujemny.

Spółka *Hochtief Węgry* zakwestionowała zgodność z prawem wymogu ekonomicznego ze względu na to, że jest on dyskryminacyjny i narusza niektóre przepisy prawa węgierskiego transponujące dyrektywę 2004/18.

Sąd krajowy wyjaśnia w tym względzie, że przy zastosowaniu norm dotyczących rocznych sprawozdań finansowych obowiązujących spółki prawa niemieckiego, a przynajmniej grupy spółek prawa niemieckiego, jest możliwe, by dana spółka wykazywała dodatni wynik po opodatkowaniu, lecz ujemny wynik w bilansie, ze względu na wypłatę dywidendy lub przekazanie zysku przekraczające zysk po opodatkowaniu, podczas gdy węgierskie przepisy zabraniają wypłaty dywidendy powodującej negatywny wynik w bilansie.

Spółka *Hochtief Węgry* zakwestionowała zgodność z prawem wymogu ekonomicznego przed *Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság* (komisję arbitrażową do spraw zamówień publicznych rady zamówień publicznych). Decyzja tego organu została zaskarżona przez *Hochtief Węgry* przed sądem pierwszej instancji, a następnie przed sądem krajowym.

Przed sądem krajowym **spółka *Hochtief Węgry* podniosła, że wymóg ekonomiczny nie pozwala na niedyskryminacyjne i obiektywne porównanie kandydatów, ponieważ normy dotyczące rocznych sprawozdań finansowych spółek w zakresie wypłaty dywidendy wewnątrz grup przedsiębiorstw mogą być odmienne w różnych państwach**. Tak w każdym razie jest w przypadku Węgier i Republiki Federalnej Niemiec. **Wymóg ekonomiczny jest w opinii *Hochtief Węgry* pośrednio dyskryminacyjny, ponieważ traktuje mniej korzystnie kandydatów, którzy nie mogą go spełnić – albo mogą to uczynić z trudnością – ponieważ podlegają w państwie członkowskim swojej siedziby przepisom odmiennym niż przepisy obowiązujące w państwie członkowskim instytucji zamawiającej.**

Sąd krajowy zauważa, po pierwsze, że z art. 44 ust. 2 i z art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 wynika, iż instytucja zamawiająca może ustalić minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez odniesienie do bilansu, a po drugie, że wspomniany art. 47 uwzględnia różnice, które mogą istnieć między krajowymi uregulowaniami dotyczącymi rocznych sprawozdań finansowych spółek. Zatem **sąd krajowy zastanawia się, jak można określić minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, które będą porównywalne bez względu na siedzibę spółki, gdy o spełnieniu takich wymogów należy zaświadczyć przy pomocy dokumentów, o których mowa w przytoczonym art. 47 ust. 1 lit. b), lecz brzmienie tych dokumentów i zawarte w nich wskazania mogą być różne w zależności od państwa członkowskiego.**

PYTANIA PREJUDYCJALNE

W tych okolicznościach *Fővárosi Ítélőtábla* (sąd apelacyjny w Budapeszcie) postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału **następujące pytania prejudycjalne:**

„1) Czy przepis stanowiący, że określonych minimalnych zdolności, o których mowa w art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 […], żąda się zgodnie z art. 47 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, można interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mają prawo powiązać minimum zdolności z pojedynczym wskaźnikiem z dokumentu rachunkowego (bilansu) wybranym przez nie do celów weryfikacji zdolności ekonomicznej i finansowej?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie sąd pragnie się również dowiedzieć, czy wymóg spójności, o którym mowa w przywołanym art. 44 ust. 2 [wskazanej] dyrektywy, spełnia informacja (wynik finansowy za rok obrotowy)

wybrana do celów oceny minimalnych zdolności, mająca różną treść w zależności od przepisów rachunkowych poszczególnych państw członkowskich.

3) Czy do skorygowania różnic, które występują bezsprzecznie między państwami członkowskimi, wystarczy, by instytucja zamawiająca, oprócz żądania wybranych dokumentów do celów poświadczenia zdolności ekonomicznej i finansowej, zagwarantowała możliwość posłużenia się danymi zewnętrznymi (art. 47 ust. [2 dyrektywy 2004/18]), czy też, w celu spełnienia wymogu spójności w odniesieniu do wszystkich dokumentów wskazanych przez zamawiającego, ten ostatni powinien zagwarantować, że wspomnianą zdolność można poświadczyć w inny sposób (art. 47 ust. 5 [wspomnianej dyrektywy])?".

WNIOSKI TRYBUNAŁU

- Na mocy art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 **instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej** zgodnie z art. 47 omawianej dyrektywy. Artykuł 47 ust. 1 lit. b) stanowi, że instytucja zamawiająca **może w szczególności żądać od kandydatów i oferentów poświadczenia tej sytuacji za pomocą przedstawienia bilansu**;
- **Minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej nie mogą być ustanowione poprzez odesłanie do bilansu w ogóle**. Wynika z tego, że uprawnienie, o którym mowa w art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, można wykonać, jeśli chodzi o omawiany art. 47 ust. 1 lit. b)**, jedynie poprzez odesłanie od jednego lub kilku konkretnych elementów bilansu**;
- Jeśli chodzi o dobór tych elementów, art. 47 dyrektywy 2004/18 **pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę**. Odwrotnie niż art. 48 omawianej dyrektywy, który w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczone instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów *(w odniesieniu do analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 zob. wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute et travaux, Rec. s. 417, pkt 8–10, 15)*, **art. 47 ust. 4 wprost zezwala bowiem instytucjom zamawiającym na dobieranie dokumentów poświadczających, które kandydaci lub oferenci powinni przedstawić w celu poświadczenia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej**. Ponieważ zaś art. 44 ust. 2 dyrektywy 2004/18 odsyła do

art. 47, taka sama swoboda wyboru panuje w zakresie wymogów minimalnych dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej;

- **Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona**. Zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 **minimalny wymóg dotyczący zdolności musi być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia**. Co za tym idzie, element lub elementy bilansu wybrane przez instytucję zamawiającą w celu wyznaczenia minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być **obiektywnie odpowiednie** do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób **próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia** w tym sensie, że ma obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu;
- Ponieważ **ustawodawstwa państw członkowskich w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek nie stały się przedmiotem pełnej harmonizacji**, nie można wykluczyć, że **między ustawodawstwami tymi istnieją różnice co do konkretnego elementu bilansu**, którym instytucja zamawiająca posługuje się przy ustalaniu minimalnych wymogów dotyczących zdolności do wykonania zamówienia. Należy jednakże zauważyć, że – jak wynika z brzmienia art. 47 ust. 1 lit. b) i c) i z art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18 – **w zamyśle dyrektywy w odniesieniu do poświadczenia sytuacji ekonomicznej i finansowej kandydatów lub oferentów dany dokument może być zgodnie z prawem wymagany przez instytucję zamawiającą, nawet jeżeli obiektywnie nie każdy potencjalny kandydat lub oferent jest w stanie go przedstawić, choćby, w przypadku przytoczonego ust. 1 lit. b), ze względu na różnice w ustawodawstwach**. Zatem nie można uznać, że tego rodzaju wymóg stanowi jako taki dyskryminację;
- **Zasadniczo nie można odmówić** możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności w uregulowaniach różnych państw członkowskich;
- Biorąc powyższe pod uwagę, art. 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że **instytucja zamawiająca ma prawo nakładać minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej**, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu, pod warunkiem że są one

obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być **dostosowany do wagi danego zamówienia** w tym sensie, że obiektywnie stanowi on pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. **Zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że ich spełnienie należy poświadczyć, posługując się przy tym elementem bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między uregulowaniami różnych państw członkowskich**;

- art. 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie kandydatów lub oferentów nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2. Nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby wspomnianego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.

WYROK TRYBUNAŁU

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w przedmiotowej sprawie Trybunał orzekł, że:

1) Artykuł 44 ust. 2 i art. 47 ust. 1 lit. b) *dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca **ma prawo** nakładać **minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, posługując się jednym lub kilkoma konkretnymi elementami bilansu**, pod warunkiem że są one **obiektywnie odpowiednie** do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do

wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że obiektywnie stanowi pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykracza poza to, co jest racjonalnie w tym celu niezbędne. **Zasadniczo nie można odmówić możliwości nakładania minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej z tego tylko powodu, że dotyczą one elementu bilansu, co do którego mogą istnieć rozbieżności między ustawodawstwami różnych państw członkowskich**.

2) Artykuł 47 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że **gdy wykonawca nie jest w stanie spełnić minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zgodnie z którym wynik podany w bilansie kandydatów lub oferentów nie może być ujemny dla więcej niż jednego spośród trzech ostatnich zakończonych lat obrotowych, ze względu na porozumienie, zgodnie z którym wykonawca ten regularnie przekazuje swoje zyski do spółki dominującej, to aby spełnić omawiany minimalny wymóg dotyczący zdolności, nie ma on innej możliwości, niż powołać się na sytuację innego podmiotu, zgodnie z art. 47 ust. 2**. Nie ma przy tym znaczenia, że ustawodawstwa państwa członkowskiego siedziby wspomnianego wykonawcy i państwa członkowskiego siedziby instytucji zamawiającej różnią się w ten sposób, iż ustawodawstwo pierwszego z tych państw członkowskich zezwala bez ograniczeń na takiego rodzaju porozumienia, podczas gdy zgodnie z ustawodawstwem drugiego państwa członkowskiego są one dozwolone wyłącznie pod warunkiem, że przekazanie zysku nie spowoduje ujemnego wyniku w bilansie.

OPINIE PRAWNE

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp

I. Stosownie do postanowienia art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" przepisy rozdziału 5 – „Zamówienia sektorowe" ustawy Pzp stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zwanych dalej "zamówieniami sektorowymi", z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonej w art. 132 ust. 1 pkt 1 -7 ustawy Pzp.

Udzielanie zamówień przez podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poddane zostało dwóm reżimom prawnym, w zależności od charakteru zamówienia. Jeżeli zamówienie nie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności wymienionych w art. 132 ust. 1 ustawy (nie ma charakteru zamówienia sektorowego), wówczas podmioty prawa publicznego zobowiązane są do stosowania ustawy na zasadach ogólnych. Natomiast jeżeli zamówienie udzielane jest ww. celu (ma charakter zamówienia sektorowego), wówczas podmioty te zobowiązane są do stosowania ustawy na zasadach określonych w rozdziale dotyczącym zamówień sektorowych.

Jednocześnie należy mieć na względzie, iż pojęcie „w celu wykonywania" zasadniczo powinno być interpretowane szeroko. Zakresem zamówień udzielanych w celu wykonywania działalności wskazanej w art. 132 ustawy Pzp będą objęte zamówienia wprost mieszczące się w przedmiocie tej działalności, ale także zamówienia związane z nią tylko funkcjonalnie. Ilustrując to za pomocą prostych przykładów - zamówienia sektorowe to zarówno zamówienia specyficzne dla danego rodzaju działalności sektorowej (np. zakup autobusów przez przedsiębiorstwo autobusowej komunikacji miejskiej, zakup elementów do sieci energetycznej przez przedsiębiorstwo energetyczne, zakup elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych przez przedsiębiorstwa trudniące się tym rodzajem działalności), jak i pozostałe zamówienia, pozostające w funkcjonalnym związku z działalnością sektorową,

konieczne dla sprawnego jej prowadzenia (np. budowa nowego budynku administracyjnego, mającego mieścić zarząd przedsiębiorstwa; obsługa prawna przedsiębiorstwa w zakresie przedsięwzięć związanych z gospodarką wodną, zakupy sprzętu biurowego, paliwa do samochodów itp.). Wszystkie wymienione zamówienia, jako udzielane w celu wykonywania działalności sektorowej, będą podlegały pod regulację art. 132 ustawy Pzp i traktowane będą jako zamówienia sektorowe. Wątpliwości nie budzi ponadto fakt, iż jeżeli określony podmiot prowadzi wyłącznie działalność sektorową, to wszystkie dokonywane przez niego zakupy, należy traktować jako zamówienia udzielane w celu wykonywania tej działalności.

II. Zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp, przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający. Wprawdzie cytowany przepis nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem "przedmiot zamówienia", jednakże termin ten znany jest ustawie Pzp, gdyż ustawodawca posłużył się nim m.in. w art. 29, 36 ust. 1 pkt 3, 41 pkt 4 ustawy Pzp. Pojęcie to jest zatem bardzo szerokie i obejmuje nie tylko rzeczy i inne przedmioty materialne (np. gaz), ale również przedmioty niematerialne, takie jak energia elektryczna, czy dobra intelektualne. Z wyrażenia "zamówienia sektorowe udzielane w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia" wywnioskować z kolei można, iż aby zamawiający mógł powołać się na omawiane zwolnienie, zamiar odsprzedaży lub wynajmu musi istnieć już w chwili udzielenia zamówienia. Ponadto konieczne jest, by przedmiot zamówienia był przekazany osobie trzeciej (nabywcy lub najemcy) w takiej postaci, w jakiej nabył go zamawiający, tj. bez poddawania go obróbce lub przetworzeniu. Z przepisu wynika ponadto, że wyłączenie to nie obowiązuje, gdy zamawiający posiada szczególne lub wyłączne prawo do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia albo gdy inne podmioty nie mogą przedmiotu zamówienia swobodnie sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach co zamawiający. Jest więc rzeczą oczywistą, że zwolnienie to ma zastosowanie tylko wtedy, kiedy na rynku określonych dóbr istnieje pełna konkurencja i dobra te są powszechnie oferowane do sprzedaży lub wynajmu. Należy mieć również na względzie treść art. 138 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany na wniosek Komisji Europejskiej przekazać informacje o przedmiotach zamówień objętych tym wyłączeń.

III. Mając na względzie powyższe, wskazać należy, iż nie znajduje uzasadnienia prawnego argument, zgodnie z którym zamówienia udzielane w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia osobom trzecim należy automatycznie zakwalifikować jako zamówienia udzielane w celu innym niż prowadzenie działalności sektorowej. W sytuacji, gdy podmiot prawa publicznego prowadzi obok działalności sektorowej również inną działalność gospodarczą, może zdarzyć się, że udzielone przez niego zamówienie w celu odsprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia nie będzie mieścić się w pojęciu zamówienia udzielanego w celu wykonywania działalności sektorowej, jednakże zależność powyższa musi być przez zamawiającego każdorazowo szczegółowo rozpatrzona w konkretnych okolicznościach faktycznych i w żadnym przypadku nie można z góry zakładać jej istnienia. W takim przypadku, z uwagi na fakt, że zamówienie nie jest udzielane w celu prowadzenia działalności sektorowej, zamawiający będący podmiotem prawa publicznego ma obowiązek nabywania usług, dostaw i robót budowlanych na zasadach ogólnych.

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez podmiot prawa publicznego w oparciu o dyspozycję przepisu 138 ust. 1 ustawy Pzp może zatem mieć miejsce tylko wtedy, gdy zamawiający:

1. udziela zamówienia sektorowego,
2. mającego na celu odsprzedaż lub wynajem tego przedmiotu zamówienia w niezmodyfikowanej postaci osobom trzecim, przy czym zamiar odsprzedaży lub wynajmu zamawiający musi mieć już w chwili udzielenia zamówienia,
3. pod warunkiem, że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży lub wynajmu przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać lub wynajmować na tych samych warunkach, co zamawiający.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nieprawidłowości związane ze stosowaniem trybu zamówienia z wolnej reki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp wykrywane w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP

Okoliczności związane z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa") oraz przykłady nieprawidłowości związanych ze stosowaniem tego przepisu, były przedmiotem szczegółowych rozważań w Informatorze nr 9 z 2010 r. (www.uzp.gov.pl). Informacje zawarte w przywoływanym artykule nie straciły na aktualności. Natomiast ze względu na fakt, iż nadal w toku prowadzonych kontroli stwierdzane są przypadki nieprawidłowego zastosowania przesłanki związanej z ochroną praw wyłącznych, należy uznać za zasadne ponowne przywołanie tej tematyki.

System zamówień publicznych ma na celu zapewnienie wydatkowania środków finansowych w sposób zgodny z zasadami ustanowionymi w Rozdziale II ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1] (dalej „Pzp"). Podstawy całego systemu stanowią wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Wszystkie pozostałe regulacje ustawowe służą realizacji powyższych zasad, w szczególności poprzez zapewnienie jasnych i merytorycznych kryteriów wyboru wykonawców czy też przeciwdziałanie uprzywilejowaniu czy dyskryminacji niektórych z nich. Za podstawowy przepis służący realizacji zasady uczciwej konkurencji należy uznać art. 10 Pzp, wprowadzający prymat trybu przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego jako procedur w pełni konkurencyjnych, zaś uzależniający możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz w trybie z wolnej ręki od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady

[1] Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.

przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który je powołuje, musi być w stanie je udowodnić.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Z treści przepisu wynika zatem, iż zastosowanie na jego podstawie trybu zamówienia z wolnej ręki wymaga łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

1. przedmiot zamówienia może być zrealizowany jedynie przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz
2. ochrona praw wyłącznych musi wynikać z przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Pierwsza ze wskazanych wyżej przesłanek, oznacza, iż zamawiający powinien wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw, świadczenia usług lub wykonania robót budowlanych, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny, a także obiektywny. Nie może być brana pod uwagę renoma danej firmy lub zaufanie, jakim się ona cieszy u zamawiającego np. z uwagi na wcześniej realizowane u zamawiającego zamówienia. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Stanowisko takie zajął NSA w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. II GSK/7/06) Należy podkreślić, iż dokonując tej oceny, należy uwzględniać nie tylko rynek polski, ale również co najmniej rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej.

Druga z przytoczonych przesłanek stanowi, iż ochrona praw wyłącznych musi wynikać z odrębnych przepisów. Należy przyjąć, że zakresem tego przepisu będą objęte wyłącznie sytuacje, w których ochrona taka wynika z przepisów prawa (w szczególności zaś ochrona taka nie może wynikać ze stosunku zobowiązaniowego. Ustawa nie dopuszcza zatem

stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) w każdej sytuacji, gdy przedmiot zamówienia objęty jest ochroną praw wyłącznych, lecz jedynie w sytuacjach, gdy obowiązek ochrony tych praw wynika z przepisów innych ustaw).

W dalszej części przedstawione zostały przykładowe naruszenia związane z zastosowaniem trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, stwierdzone w toku przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

PRZYKŁAD 1 – projekt architektoniczny (KZ/865/10)

Przedmiotem zamówienia było wykonanie dokumentacji projektowej, dodatkowej i zamiennej dla Stadionu Miejskiego w X.

Zamawiający poinformował, iż po przeprowadzeniu postępowania w trybie przetargu dwustopniowego zawarł z firmą Y. umowę obejmującą zaprojektowanie i wykonanie inwestycji, polegającej na zadaszeniu oraz rozbudowie Stadionu Miejskiego w X (dalej „umowa podstawowa"). W ramach wykonywania tejże umowy prace projektowe realizował Wykonawca – Z sp. z o. o., działający w charakterze podwykonawcy. Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiot umowy podstawowej został wykonany w całości.

Zamawiający poinformował, że do wykonanej dokumentacji projektowej przysługują mu prawa majątkowe na zasadach wyłączności w kraju i za granicą w zakresie:

a) powielania dokumentacji projektowej w całości lub w części w dowolnej formie, technice oraz ilości egzemplarzy na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;

b) udostępnienia w dowolnej formie dokumentacji projektowej osobom trzecim, zaangażowanym w realizację modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;

c) wykorzystania dokumentacji projektowej w całości lub części w celu przygotowania i przeprowadzenia ewentualnych postępowań, niezbędnych dla realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X, w całości lub etapami;

d) wytwarzania, każdą możliwą techniką, egzemplarzy dokumentacji projektowej, w tym techniką drukarską, reprograficzną lub cyfrową na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;

e) wykorzystywanie dokumentacji projektowej w celach reklamowych i marketingowych w drodze wszelkich dostępnych środków, w szczególności za pomocą środków elektronicznych w drodze wystawy;

f) obrotu oryginałem i egzemplarzami, na których dokumentację projektową utrwalono, w tym wprowadzenie do obrotu, użyczenia oraz najem oryginału i egzemplarzy na cele realizacji inwestycji modernizacji i rozbudowy Stadionu Miejskiego w X;

g) publicznego wystawienia, a także publicznego udostępnienia dokumentacji projektowej.

Zamawiający podkreślił, iż pierwotny projekt musiał podlegać w części sukcesywnym zmianom ze względu na zmiany obowiązujących przepisów prawnych oraz konieczność spełnienia wymogów organizacji międzynarodowych (UEFA), wprowadzających standardy konieczne dla przeprowadzenia na konkretnym obiekcie rozgrywek międzynarodowych.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż zmiany oraz uzupełnienia w dokumentacji projektowej w ramach przedmiotowego postępowania obejmują projekt budowlano-wykonawczy, dotyczący przełożenia magistrali cieplnej w związku z kolizja z boiskami rekreacyjnymi oraz wykonania projektów budowlano-wykonawczych na promenadę dla kibiców gości w związku z krzyżującymi się drogami kibiców gości i kibiców gospodarzy. Konieczność wprowadzenia ww. zmian Zamawiający uzasadnił względami bezpieczeństwa przeprowadzania imprez masowych i bezwzględnych zaleceń Policji w celu zapewnienia bezpieczeństwa w trakcie organizacji meczy o podwyższonym ryzyku ligi krajowej oraz rozgrywek europejskich, a także ze względu na prawidłowe zagospodarowanie terenów wokół stadionu zgodnie wytycznymi UEFA(…).

Uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał, iż obecny projektant z tytułu posiadania autorskich praw osobistych jako jedyny może dokonać zmiany dzieła. W ocenie Zamawiającego twierdzenia tego nie podważa art. 49 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. – Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) (dalej „prawo autorskie”), który zezwala na wprowadzanie zmian do utworu twórcy, którym to zmianom nie powinien się on sprzeciwiać

bez słusznej podstawy. Artykuł ten bowiem jako szczególny wyjątek, nie może być interpretowany rozszerzająco. Zgodnie z jego treścią, jeżeli w umowie nie określono sposobu korzystania z utworu, powinien on być zgodny z charakterem i przeznaczeniem utworu oraz przyjętymi zwyczajami (art. 49 ust. 1 prawa autorskiego), zaś następca prawny, choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy, czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić. Dotyczy to odpowiednio utworów, których czas ochrony autorskich praw majątkowych upłynął (art. 49 ust. 2 prawa autorskiego). Powołując się na stanowisko doktryny, Zamawiający wskazał, iż art. 49 ust. 2 prawa autorskiego ma ułatwiać rozstrzyganie kolizji między interesami nabywcy autorskich praw majątkowych a wykonywaniem przez twórcę prawa do integralności utworu. Zgodnie z przytaczanym przez Zamawiającego stanowiskiem, nawet przyjmując szeroką wykładnię tego przepisu, zezwalającą twórcy na generalne upoważnienie nabywcy autorskich praw majątkowych do wprowadzania dowolnych zmian w utworze, to nawet takie upoważnienie nie wyłącza możliwości podniesienia przez twórcę zarzutu naruszenia autorskich praw osobistych w rezultacie wprowadzanych zmian. Do naruszenia tych praw dochodziłoby nie z uwagi na fakt wprowadzania zmian, lecz ze względu na ich charakter (treść, poziom). Zamawiający wskazał również, iż dla kwestii swobody wprowadzania zmian w utworze zakres przeniesienia majątkowych praw autorskich nie jest relewantny.

W świetle przywoływanego przez Zamawiającego stanowiska, użyty w przepisie zwrot „oczywista konieczność" ma charakter zobiektywizowany, co nie przeczy temu, że należy zawsze kryterium to rozpatrywać w świetle okoliczności konkretnego przypadku, biorąc pod uwagę m. in. :rodzaj utworu; czy zamierzona umową eksploatacja utworu jest możliwa bez wprowadzania zmian; czy w chwili zawierania umowy strony miały świadomość konieczności wprowadzenia zmian; jakie byłyby konsekwencje niewprowadzenia zmian z punktu widzenia realizacji autorskich uprawnień majątkowych przez następcę prawnego.

Oczywista konieczność wprowadzenia zmian w utworze zachodzi np. wobec zaistnienia w nim błędów gramatycznych, ortograficznych lub faktograficznych, naruszania przez część utworu cudzych praw osobistych lub majątkowych, nie jest nią natomiast np. wprowadzanie skrótów i innych zmian podyktowanych gustami odbiorców dzieła lub panującymi normami obyczajowymi, koloryzowanie filmu, wprowadzanie w trakcie emisji filmu reklam itp.

Dodatkowo, zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego stanowiskiem, dla legalności wprowadzania zmian obok oczywistej konieczności zmiany, zmiana ta musi być takiego rodzaju, że twórca nie miałby słusznej podstawy się jej sprzeciwić. Słuszna podstawa do sprzeciwu twórcy jest również kryterium zobiektywizowanym, a więc oderwanym np. od szczególnej drażliwości twórcy. Za słuszną podstawą do sprzeciwu może przemawiać np. charakter dokonanych zmian, nawet niezbędnych dla eksploatacji utworu czy to ze względów technicznych, czy ze względu na odbiorcę, ale które istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Twórca może słusznie sprzeciwiać się także tym koniecznym zmianom w utworze, gdy następca prawny w chwili zawierania umowy wiedział, iż niezbędne będzie ich wprowadzenie, lecz twórcy o tym nie uprzedził.

W ocenie Zamawiającego, powyższe stanowisko potwierdza, iż zmiany projektowe wymuszone kwestiami technicznymi i zmianami prawnymi nie stanowią oczywistej potrzeby, a więc nie mogą być wykonane bez zgody twórcy utworu pierwotnego, a w konsekwencji konieczne jest udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy (…). Zamawiający zaznaczył, iż w analizowanym przypadku zachodzi koniunkcja pomiędzy faktem, że przedmiot zamówienia objęty jest ochroną prawa wyłącznego oraz okolicznością, iż istnienie praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia podmiotowi, który dysponuje tym prawem. Zamawiający podkreślił, iż w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której istnieją prawa wyłączne oraz wyłącznie jeden podmiot zdolny do realizacji zamówienia, przy czym pomiędzy powyższymi okolicznościami zachodzi związek przyczynowo-skutkowy, więc jeżeli tylko jeden podmiot ze względów technicznych jest zdolny wykonać zamówienie, to spełnione są również przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Z uwagi na powyższe Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z art. 16 pkt 3 prawa autorskiego, każda zmiana utworu narusza autorskie prawa osobiste, zaś prawo do integralności utworu w odniesieniu do projektu architektonicznego jest prawem do projektu, które wynika z potrzeby zapewnienia twórcy (autorowi) kreatywnej koncepcji danego dzieła oraz możliwości sprzeciwienia się wszelkim działaniom, które mogłyby doprowadzić do zniekształcenia zamysłu twórczego.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy (…).

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Zamawiający dysponował autorskimi prawami majątkowymi do wykonanej dokumentacji projektowej. Dokumentacja ta, zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego kopią pisma z 19. 05 2009 r. została wykonana z należytą starannością, terminowo, zgodnie z warunkami technicznymi i obowiązującymi przepisami oraz wytycznymi PZPN, UEFA i FIFA (…), a fakt posiadania autorskich praw majątkowych do dokumentacji projektowej został również potwierdzony przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający dysponując autorskimi prawami majątkowymi do stworzonego utworu, mógł dokonać wyboru wykonawcy przedmiotowego zamówienia w procedurze konkurencyjnej.

Nieuzasadnione było również powoływanie się przez Zamawiającego na autorskie prawa osobiste Wykonawcy pierwotnej dokumentacji projektowej jako podstawy dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Art. 49 prawa autorskiego określa bowiem sposób korzystania z utworu oraz opisuje okoliczności dające możliwość wprowadzania do utworu zmian przez następcę prawnego. Możliwość taka, zgodnie z art. 49 ust. 2 prawa autorskiego istnieje w sytuacji, gdy zmiana utworu spowodowana jest oczywistą koniecznością, a twórca w okolicznościach danej sprawy nie ma słusznej podstawy im się sprzeciwić. Przepis ten ma pomagać w rozstrzyganiu sporów, które mogą pojawić się na linii twórca – następca prawny (nabywca praw do utworu), których interesy mogą pozostawać w sprzeczności. Kryteria „oczywistej konieczności”, jak również "słusznej podstawy do sprzeciwu twórcy” powinny mieć charakter zobiektywizowany, (a więc oderwany np. od szczególnej drażliwości twórcy) i może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy dokonane zmiany istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Tym samym, nie ma przeszkód do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Jak słusznie zauważył Zamawiający, należy jednak zawsze kryterium to rozpatrywać w świetle okoliczności konkretnego przypadku, biorąc pod uwagę m. in. rodzaj utworu oraz kwestie czy zamierzona umową eksploatacja utworu jest możliwa bez wprowadzania zmian, czy w chwili zawierania umowy strony miały świadomość konieczności wprowadzenia zmian oraz jakie byłyby konsekwencje niewprowadzenia zmian z punktu widzenia realizacji autorskich praw majątkowych przez następcę prawnego. Te ostatnie kryteria mają istotne znaczenie w szczególności z uwagi na fakt, iż prawo autorskie obejmuje swoim zakresem szeroki krąg utworów o różnym charakterze. W badanym przypadku mamy do czynienia z utworem,

który obok twórczego posiada również charakter techniczny i użytkowy. Zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie[1], każdy autor utworu użytkowego, a tym bardziej twórca dzieła opracowujący koncepcję, której urzeczywistnienie ma doprowadzić do stworzenia wartości służącej zamawiającemu i odpowiadającej jego potrzebom, powinien uwzględniać (także subiektywne) wymagania swojego partnera. Praktycznym następstwem stosowania tej zasady jest rozszerzenie granic prawnie dozwolonych modyfikacji, ponieważ istotą projektów i planów architektonicznych oraz urbanistycznych jest ewoluowanie – podleganie przeobrażeniom w toku ich realizacji. Tą treścią trzeba wypełnić, w każdym indywidualnie rozpatrywanym przypadku, ogólnikowo sformułowane wymaganie ustawowe – takiego sposobu korzystania z utworu, aby był on zgodny z jego charakterem, przeznaczeniem i przyjętymi zwyczajami.

Tym samym, nie ma przeszkód do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. Zakaz dokonywania zmian w utworze nie ma bowiem, na gruncie przepisu art. 49 ust. 2 prawa autorskiego, charakteru bezwzględnego. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29.10.1997 r. (sygn. I ACa 477/09), zgodnie z którym *„nie ma podstaw do przyjęcia takiej "absolutnej" interpretacji przepisu art. 16 pkt 3 Prawa autorskiego, która w każdej dowolnej zmianie jakiegokolwiek elementu treści lub formy utworu dostrzega naruszenie prawa do jego integralności. Prawo to, tak jak i inne autorskie prawa osobiste, chroni "więź twórcy z utworem" (art. 16 in principio Prawa autorskiego). Tak ujęta funkcja prawa do integralności utworu rozstrzyga o tym, że oceny naruszenia tego prawa są zależne od ustalenia ingerencji w "więź twórcy z utworem". Nie każda zatem zmiana dowolnego elementu treści lub formy utworu narusza prawo do jego integralności, lecz tylko taka jego zmiana, która "zrywa" lub "osłabia" więź twórcy z utworem, usuwa lub narusza więź między utworem a cechami indywidualizującymi jego twórcę. Tak oznaczonych cech naruszenia prawa do integralności utworu nie spełniają, rzecz jasna, takie drobne zmiany elementów jego treści lub formy, które nie uchylają atrybucji utworu”*. Powyższe świadczy jednak, iż udzielenie przedmiotowego zamówienia i jego wykonanie przez inny podmiot niż twórca dotychczasowych projektów nie jest niemożliwe ze względu na ochronę praw wyłącznych, zaś trudności związane dysponowaniem przez pierwotnego Wykonawcę prawami autorskimi osobistymi mogą zostać przezwyciężone na gruncie postanowień umownych, w których twórca może wyrazić zgodę na wprowadzanie określonych zmian (przy

[1] E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste; [w:] System Prawa Prywatnego* pod red. prof. dr hab. Janusza Barty; Warszawa 2008

zachowaniu przez twórcę autorskich praw osobistych do utworu, jak również możliwości ich ochrony
w przyszłości).

Reasumując, przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich umów oraz dysponowanie z tego tytułu określonymi prawami (w badanym przypadku prawami autorskimi osobistymi), ich wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia, prowadzi do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. Konieczność powierzania realizacji zamówienia polegającego na sporządzeniu dokumentacji projektowej dodatkowej bądź zamiennej w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może wynikać z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów.

PRZYKŁAD 2 – system informatyczny (KZ/223/09)

Przedmiot zamówienia obejmował „zwiększenie bezpieczeństwa w istniejącej infrastrukturze Centralnego Systemu Dostępowego (CSD) oraz zintegrowanie systemów poczty wewnętrznej i zewnętrznej w celu utworzenia spójnego i zarządzalnego środowiska w zakresie funkcjonowania systemów na styku sieci zewnętrznej i wewnętrznej".

Jak poinformował Zamawiający w zawiadomieniu, celem projektu jest umożliwienie odczytu/wysyłania poczty elektronicznej z jednego stanowiska dostępowego z dwóch niezależnych systemów poczty elektronicznej (wewnętrznej i zewnętrznej) – zlokalizowanych obecnie w sieci S. oraz w sieci Internet przy występującej obecnie absolutnej separacji obu wymienionych sieci. Dla zachowania bezpieczeństwa zasobów dostępnych w sieci S. konieczne jest zatem utworzenie bezpiecznego, bezwzględnie monitorowanego, zarządzanego i wydajnego systemu dostępu do systemów pocztowych zlokalizowanych w sieci S., działających dla potrzeb komunikacji z użytkownikami wewnętrznymi i zewnętrznymi w rozumieniu użytkowników zlokalizowanych zarówno w strukturach Zamawiającego, jak i poza nimi, wraz z konieczną implementacją narzędzi do monitorowania bezpieczeństwa i wydajności Centralnego Systemu Dostępowego. Kolejnym elementem, którego budowa jest konieczna celem realizacji zadania jest budowa bramy dostępowej, która połączy w bezpieczny sposób obie sieci teleinformatyczne.

Jak zaznaczył zamawiający, w celu zrealizowania powyższego projektu zakupił uprzednio licencje i usługi wspomagające firmy X.

Powyższe, zdaniem zamawiającego, wskazuje na konieczność kontynuacji dotychczasowych prac i nakładów oraz pogłębienia procesów rozwojowych zaimplementowanych rozwiązań w oparciu o produkty i usługi firmy X. Punktem wyjścia dla tych działań będzie wykorzystanie pozytywnych rezultatów dotychczasowego rozwoju i poniesionych nakładów. Ze względu na skomplikowany charakter budowy oraz zasady przetwarzania i udostępniania danych zgromadzonych w CSD, rozbudowa musi opierać się na rozwiązaniach sprzętowo-programowych, które aktualnie funkcjonują w tym systemie. Ponadto powyżej opisany przedmiot zamówienia, stanowiący kolejny etap budowy funkcjonalności CSD, wymaga dokonania modyfikacji w kodach źródłowych oprogramowania aplikacyjnego oraz ingerencji w funkcjonujące już obszary objęte gwarancją firmy X. Zamawiający podkreśla, iż firma X. jest jedynym właścicielem kodów źródłowych oprogramowania systemu CSD, a prace wykonywane przy budowie tego systemu opierały się na produktach sprzętowych i programowych firmy X. Z uwagi na objęty przedmiotem zamówienia zakres prac, stopień skomplikowania funkcjonującego systemu CSD, złożoność jego architektury, przyjętą metodykę budowy tego systemu, kolejne prace projektowo-programistyczne zwiększające wydajność, bezpieczeństwo, funkcjonalność i dyspozycyjność systemu muszą być prowadzone przez firmę X., która posiada pełną znajomość wszystkich struktur bazodanowych i funkcjonalnych systemu oraz rozumienie zarówno filozofii całego systemu, jak i poszczególnych jego modułów. Ponadto jak zaznacza zamawiający, ze względu na bardzo rygorystyczne wymagania gwarancyjne Zamawiającego związane z kluczową rolą, jaką ten system odgrywa w spełnianiu obowiązków służbowych przez policjantów – np. czas reakcji na zgłoszenie awarii i czas jej naprawy – oraz wysoką wagę rozwiązania dla bezpieczeństwa systemów dostępnych w sieci S. tylko firma X. ma możliwość rozbudowy tego systemu.

Biorąc pod uwagę zasadę ochrony ciągłości inwestycji oraz specyfikę ochrony praw autorskich, patentowych, znaków towarowych, a także posiadanych zdolności wytwórczych jedynym podmiotem spełniającym oczekiwania zamawiającego była firma X. Na zasadzie wyłączności, X był jedynym podmiotem, który ma prawo modyfikowania kodu źródłowego oferowanych produktów, jest ich jedynym wytwórcą i właścicielem oraz jedynym dysponentem praw do ich używania. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, iż planowane przedsięwzięcie wybiega poza zakres produktów i usług standardowo oferowanych na rynku, zatem nie istnieje możliwość zapraszania do udziału w przedsięwzięciu podmiotów

pośredniczących, które z natury rzeczy mogą poruszać się jedynie w granicach udzielonych praw i posiadanych technologii.

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał spełnienia w niniejszym stanie faktycznym przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ten przepis, konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych.

W niniejszej sprawie, Zamawiający nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym wykonawcą jest X. Ponad 60% wartości niniejszego zamówienia stanowiły dostawy oprogramowania, a także sprzętu standardowego oraz ogólnie dostępnego. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż w odniesieniu do usług objętych przedmiotowym zamówieniem znaczący jego zakres obejmują szkolenia.

Nawet jeżeli uznać, iż X przysługują prawa wyłączne do zakupywanego oprogramowania, to w żaden sposób nie wpływa to na wypełnienie przez zamawiającego przesłanki wynikającej z treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, gdyż po pierwsze w przedmiotowej sprawie istnieją na rynku produkty równoważne z których mógł skorzystać Zamawiający. Po drugie Zamawiający wymaga od wykonawcy dostarczenia oprogramowania standardowego, które można jednocześnie nabyć również u innych wykonawców(…). Po trzecie, wskazywana przez Zamawiającego konieczność powierzenia realizacji przedmiotowego zamówienia danemu wykonawcy nie może wynikać z zaniechań Zamawiającego odnośnie braku zagwarantowania sobie praw do swobodnego ingerowania w oprogramowanie. Przywoływana przez Zamawiającego ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych rozróżnia autorskie prawa majątkowe od praw osobistych. O ile autorskie prawa osobiste mają charakter niezbywalny, tak autorskimi prawami majątkowymi twórca może swobodnie rozporządzać zawierając odpowiednie postanowienia w umowach. W ocenie Urzędu, Zamawiający udzielając zamówień powinien mieć świadomość obowiązywania tych przepisów i powinien zdawać sobie sprawę, że brak zabezpieczenia w odpowiednim zakresie autorskich praw majątkowych do oprogramowania, czy też niezagwarantowanie sobie prawa do korzystania z utworu w określony sposób może uniemożliwić lub też utrudnić możliwość udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych (związanych np. ze zmianami bądź rozwojem oprogramowania wynikającymi ze zmieniających się potrzeb Zamawiającego oraz

zmiennego otoczenia legislacyjnego w którym działa) przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy wykonawca zamówienia.

W ocenie Urzędu, przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzednich umów wskazany przez niego wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji zamówienia może prowadzić do kreowania sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne.

Powyższe zostało potwierdzone w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006r. II GSK 7/06 Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie gdzie wyrażony został pogląd, iż „ustawa Prawo zamówień publicznych w pewnym sensie godzi zupełnie różne wartości związane z funkcjonowaniem nowoczesnego państwa - tj. zasady wolnego rynku z jednej strony i konieczną dbałość o finanse publiczne z drugiej strony. Ta reguła (zależność) powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc także przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) tej ustawy. Powołane przepisy - przy przyjęciu wspomnianego założenia - nie mogą w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie mogą również być interpretowane w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie. Takich dzieł w sferze szeroko rozumianego rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą one być nabywane na zasadach, których stosowania domaga się strona skarżąca, idea zamówień publicznych nie miałaby sensu. Praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów Prawa zamówień publicznych przez jednostki sektora publicznego, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”.

PRZYKŁAD 3 – nadzór autorski (KZ/1861/10)

Przedmiot zamówienia obejmował usługę pełnienia nadzoru autorskiego w zakresie budowy drogi ekspresowej (…).

Zamawiający w dniu sierpniu 2008 r. podpisał umowę z konsorcjum firm reprezentowanych przez Lidera – Biuro Projektów X na opracowanie kompleksowej

aktualizacji dokumentacji technicznej w stadium Projektu Budowlanego, Projektu Wykonawczego i Dokumentacji Przetargowej na rozbudowę drogi krajowej (…).

Zamawiający wyjaśnił, iż przewidując możliwość wystąpienia problemów technicznych związanych z realizacją skomplikowanego technicznie i technologicznie zadania oraz mając na uwadze zapisy art. 18 ust. 3 i art. 20 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) (dalej Prawo budowlane) zaszła konieczność zlecenia nadzoru autorskiego nad realizacją wyżej wymienionego zadania w zakresie dotyczącym dokumentacji technicznej opracowanej przez Biuro Projektów X. Tym samym, w styczniu 2010 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie X.

Zamawiający wskazał, iż na podstawie § 9 ust. 8 wykonawca zobowiązał się „na wezwanie Zamawiającego do pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej. Wynagrodzenie za czynności nadzoru zostanie ustalone w wyniku odrębnego postępowania".

Zamawiający wskazał, iż usługa pełnienia nadzoru autorskiego może być wykonana wyłącznie przez autora projektu budowlanego i wykonawczego z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z przepisów ustawy z dnia 23.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr. 43 poz. 170 z późn. zm.), dalej Prawo autorskie, która to ustawa gwarantuje niezbywalną więź twórcy z utworem, a w szczególności nadzór nad sposobem korzystania z utworu w związku z nienaruszalnością treści i formy utworu oraz jego rzetelności wykorzystania. Z powyższego wynika, że nikt oprócz autora projektu nie może wykonywać czynności nadzoru nad realizacją robót w zakresie stwierdzenia zgodności wykonywanych robót z projektem. Dodatkowo Zamawiający nadmienił, iż ustawa Prawo budowlane określa, że podstawowym obowiązkiem projektanta jest sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzenia w toku wykonania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, a także uzgodnienia możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie przewidział możliwości świadczenia usługi pełnienia nadzoru autorskiego w ramach zamówienia na wykonanie dokumentacji technicznej z uwagi na niemożność przewidzenia terminu udzielenia zamówienia na roboty budowlane oraz ukończenia tych robót na etapie zlecania wykonania dokumentacji projektowej.

Zamawiający stwierdził, iż w chwili udzielenia zamówienia na prace projektowe nie mógł przewidzieć kiedy oraz czy w ogóle będzie w stanie wykonać roboty budowlane objęte projektem, nie znał rzeczywistych rozmiarów oraz pełnej specyfiki i kształtu przyszłych robót. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego decyzja o uruchomieniu inwestycji będącej przedmiotem nadzoru autorskiego nie leżała w jego gestii, lecz w kompetencji Ministerstwa Infrastruktury. Ostateczna decyzja o ujęciu w/w inwestycji w „Programie Budowy Dróg Krajowych na lata 2011-2015" zapadła pod koniec roku 2010, po licznych protestach samorządowców, przedsiębiorców, organizacji związkowych, społecznych oraz mieszkańców regionu kierowanych do Rządu RP. Stąd w momencie wszczynania postępowania o zamówienie publiczne na opracowanie projektowe Zamawiający nie posiadał wiedzy czy inwestycja ta zostanie ujęta w powyższym programie, a jeżeli tak, to w jakiej perspektywie czasowej może nastąpić jej realizacja. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż nie był w stanie prawidłowo opisać przedmiotu zamówienia, obejmującego opracowanie dokumentacji projektowej wraz z usługą nadzoru autorskiego.

Zdaniem Zamawiającego opis dla zamówienia tego typu zmuszałby wykonawców do wycenienia usług o niedookreślonym zakresie (czasowym), odnośnie których niemożliwe byłoby określenie kiedy i jak długo będą wykonywane oraz prowadziłoby to do niemożliwości oszacowania i wycenienia zamówienia. Powyższy fakt wymuszałby, w ocenie Zamawiającego, konieczność zawarcia umowy z nieokreślonym, bądź nadmiernie długim, nierzeczywistym terminem jej realizacji.

Zamawiający podniósł, iż ceny za pełnienie nadzoru autorskiego zaoferowane na etapie składania ofert na wykonanie dokumentacji, nawet przy wprowadzeniu do umowy mechanizmów waloryzacyjnych, okazałyby się niewspółmierne do aktualnych stawek za tego typu usługi. Dodatkowo brak możliwości określenia terminu pełnienia nadzoru autorskiego spowodowałby brak możliwości określenia realnej ceny nadzoru przez wykonawców, co mogłoby się przyczynić do odmowy złożenia przez nich ofert w postępowaniu lub konieczność kalkulowania ceny na wyrost, z dużym zapasem uwzględniającym ryzyko realizacji zamówienia w czasie nieokreślonym.

Przedstawiając stanowisko Prezesa Urzędu w odniesieniu do powyższego, na wstępie należy wskazać, iż przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych

rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Pamiętać należy, że przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, zawarte w art. 7 ust 1 ustawy. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, wymaga aby istniejący stan faktyczny spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnymi w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań Zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy, jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu – tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa – mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Innymi słowy działanie Zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których wystąpienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z przepisem art. 20 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Tym samym obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego uzależniony jest od decyzji samego inwestora (Zamawiającego). W myśl bowiem art. 18 ust. 3 Prawa budowlanego, inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego. W konsekwencji, sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta wchodzi w zakres zamówienia na prace projektowe, albowiem jest nierozerwalnie związane z opracowaniem projektu, a w konsekwencji z osobą projektanta. W tym stanie rzeczy ustalenie przez Zamawiającego, że projektant będzie zobowiązany do pełnienia nadzoru autorskiego powoduje, iż sprawowanie nadzoru będzie wchodziło z istoty rzeczy w zakres zamówienia na prace projektowe. W niniejszej sprawie w § 9 ust. 8 umowy z dnia sierpnia 2008 r., zostało zastrzeżone, że wykonawca zobowiązuje się na wezwanie Zamawiającego do pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót na podstawie opracowanej dokumentacji technicznej. Wynagrodzenie za czynności nadzoru zostanie ustalone w wyniku odrębnego postępowania. Jak wynika z powyższego, pomimo konieczności udzielenia zamówienia na

pełnienie nadzoru autorskiego, Zamawiający pominął tę usługę w umowie na wykonanie dokumentów projektowych, wskazując jedynie na potrzebę unormowania tej kwestii w kolejnym postępowaniu.

Zamawiający niezasadnie przyjął, iż nie miał możliwości należytego opisania przedmiotu zamówienia objętego kontrolą. Powołuje się przy tym na brak możliwości stwierdzenia, czy wystąpi obowiązek świadczenia usługi nadzoru autorskiego, braku możliwości określenia terminu realizacji usługi nadzoru autorskiego. Jak już powyżej zostało stwierdzone Zamawiający miał świadomość konieczności sprawowania nadzoru autorskiego, zawarł bowiem zapis o udzieleniu odrębnego zamówienia w umowie na wykonanie projektu (cytowany § 9 ust. 8 umowy z sierpnia 2008 r. Podniesiony przez Zamawiającego argument, iż nie był w stanie określić prawidłowo ceny za usługi ze względu na odstęp czasu pomiędzy pierwotnym postępowaniem, a udzieleniem zamówienia na usługę nadzoru autorskiego jest chybiony. Trudno bowiem stwierdzić, iż Zamawiający, jako profesjonalny podmiot nie jest w stanie ustalić wartości zamówienia. Jednocześnie, podnoszona okoliczność braku możliwości określenia terminu realizacji usługi nadzoru również nie znajduje uzasadnia. Nie było bowiem przeszkód, aby Zamawiający zastrzegł realizację tych usług bez określenia terminu ich wykonywania. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż usługi nadzoru autorskiego mogą być wykonywane jedynie w toku wykonywania robót budowlanych (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane). Nie znając dokładnych dat wykonania robót budowlanych można również w siwz zastrzec możliwość ich zmiany.

Nawiązując do stanowiska Zamawiającego, że jedynie autor projektu budowlanego może wykonywać nadzór autorski należy stwierdzić, iż zgodnie z dyspozycją art. 16 ustawy Prawo autorskie, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu. Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Niemniej jednak użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej" pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, który stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski.

Uznać zatem należy, iż ustawodawca expressis verbis dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów.

Możliwości udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza także art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego prawa autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z przepisem zawartym w art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następca prawny legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Prawa autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie otwartym, zapewniającego zachowanie pełnej konkurencyjności, które to postępowanie może skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej. Na marginesie należy zaznaczyć, iż przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie dopuszczalności udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie usługi nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym skutkowałoby możliwością udzielania zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki do każdego zamówienia na usługi, której przedmiotem jest dzieło objęte prawem autorskim. Powyższej tezy nie sposób obronić w kontekście podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok z dnia 4 października 2012 r., o sygn. KIO 2012/12 [niezgodność oferty z SIWZ]

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego i opisanego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ. Tym samym, w tym ujęciu, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczy przede wszystkim materialnej niezgodności świadczeń wymaganych i oferowanych.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 9 października 2012 r., o sygn. KIO 2018/12 [forma zobowiązania podmiotu trzeciego]

Skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w

formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem należy uznać za pozostające w wyraźnej sprzeczności z treścią tego przepisu (…) Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego [przyp. red.: art.26 ust.2b Pzp, art. 14 Pzp, art.78 ust.1 k.c.] jednoznacznie wynika, że wykonawca, który zamierza skutecznie udowodnić zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów, musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania", a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 9 października 2012 r., o sygn. KIO 2037/12, KIO 2047/12 [uprawnienia zamawiającego do samodzielnej zmiany własnych decyzji i ustaleń]

Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy).

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 15 października 2012 r., o sygn. KIO 2090/12, KIO 2121/12 [termin złożenia dokumentu gwarancji wadialnej]

Istotą wadium jest, jak słusznie zauważył zamawiający zabezpieczenie interesów zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym przy ocenie skuteczności wniesienia wadium nie można kierować się względami słuszności, czy postulatami odformalizowania postępowania. Choć w ocenie odwołującego różnica półgodziny pomiędzy terminem składania ofert, a terminem otwarcia może nie być istotna, to jednak Izba nie może wykluczyć sytuacji, w której jakiś wykonawca wykorzysta taki liberalizm zamawiającego przeciwko zamawiającemu. Gdyby bowiem zamawiający uznał argumentację odwołującego, że wystarczająca jest kopia gwarancji wadialnej i że nie istotna jest różnica w dacie jego wniesienia zamawiającemu, skoro dla oferty ustanowiono wadium, to mogłoby się okazać, że wykonawca zwróci gwarantowi oryginał gwarancji wadialnej przed upływem jej ważności. Wówczas gdyby zamawiający wybrał takiego wykonawcę, a on odmówił zawarcia umowy zamawiający byłby pozbawiony zabezpieczenia i naraziłby się na szkodę. Zamawiającemu nadto nie przysługiwałoby żadne skuteczne roszczenie do banku gwaranta o wypłatę wadium. W tej sytuacji Izba przyznaje rację zamawiającemu, że oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powinien być złożony zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, aby doszło do skutecznego wniesienia wadium. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy wyraźnie stanowi o terminie, który przesądza o skuteczności wniesienia wadium i termin ten upływa wraz z upływem terminu do składania ofert, tym samym twierdzenia odwołującego o możliwości przedstawienia dokumentu wadium w późniejszym terminie pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.,

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 15 października 2012 r., o sygn. KIO 2090/12, KIO 2121/12 [referencje wystawione przez ten sam podmiot (tego samego zamawiającego) w innym postępowaniu]

Wbrew stanowisku odwołującego nie jest zabronione czy niedopuszczalne na gruncie ustawy, realizowanie usług na rzecz tego samego zamawiającego i powoływanie się w kolejnym postępowaniu przed tym zamawiającym na zdobyte w ten sposób doświadczenie.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 23 października 2012 r., o sygn. KIO 2178/12 [nadmierny wymóg doświadczenia]

Wskazać należy, że sposób realizacji zamówienia ma istotny wpływ na opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem wykluczyć, że odwołujący dysponujący mocą produkcyjną ok. 20 000 sztuk wstawek miesięcznie prawidłowo będzie realizował zamówienie. Stawianie nadmiernego wymogu doświadczenia, przy jednoczesnym braku odzwierciedlenia tegoż w sposobie realizacji może dyskryminować i dyskryminuje innych wykonawców, którzy mając stosowne doświadczenie (przedmiotowe), nie realizowali jednego kontraktu w określonej wysokości i o określonej wartości.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 26 września 2012 r., o sygn. KIO 1934/12 [czyn nieuczciwej konkurencji przy określaniu ceny oferty]

Analiza stanowiska odwołującego, iż zaproponował on cenę jednego grosza za sprzątanie powierzchni wewnętrznych z uwagi na to, że usługi te obciążone są wyższym podatkiem VAT nie pozwala stwierdzić, że zaproponowana cena wynika z obiektywnych czynników, w szczególności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla odwołującego, czy też wpływu pomocy publicznej udzielonej odwołującemu na podstawie odrębnych przepisów. Za czynniki obiektywne nie sposób uznać sztucznego zaniżenia ceny za sprzątanie powierzchni wewnętrznych (stanowiących ok. 60 % całości przedmiotu zamówienia) z uwagi na konieczność zastosowania wobec takich usług wyższej stawki podatku VAT. Powyższego stanowiska Izby nie zmienia również argumentacja odwołującego, iż cena jednego grosza jest jedynie ceną jednostkową, która nie podlega ocenie, a kryterium, którym kieruje się zamawiający przy wyborze oferty jest jej wartość końcowa. Należy wskazać, iż przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego nie pozbawia zamawiającego możliwości analizy elementów składających się na cenę oferty.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający zasadnie uznał, iż działanie odwołującego wypełnia także przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaoferował wykonanie usługi za kwotę 87.278,03 zł brutto, przy czym cenę usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych z uwagi na objęcie tych usług wyższą stawką podatku VAT wycenił na 1gr/m^2. Tym samym stwierdzić należy, iż usługa stanowiąca 60% przedmiotu

zamówienia stanowi w ofercie odwołującego jedynie 3,01 % wartości zaoferowanej przez niego ceny. Oznacza to więc, iż usługa sprzątania powierzchni zewnętrznych, stanowiąca około 40 % całego zamówienia przewyższa pod względem cenowym wartość pozostałej części zamówienia o około 97 %. Powyższe, co bezsporne, związane jest ze stawką podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i w konsekwencji zaniżenia stawki za sprzątanie powierzchni wewnętrznych. Usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątania i odśnieżania terenów wokół obiektów stawką 8%. Konsekwencją powyższego jest więc zaniżenie podatku VAT. Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 3 października 2012 r., o sygn. KIO 1996/12 [obowiązek zaproszenia do drugiego etapu postępowania wykonawcy który nie został zakwalifikowany do niego, w przypadku złożenia rezygnacji przez jednego z zaproszonych wykonawców]

Zdaniem Izby czynność zaproszenia do składania ofert dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymane oceny spełniania tych warunków ma charakter jednorazowy. Art. 51 ust. 1 ustawy Pzp ani pozostałe wskazywane przez Odwołującego przepisy nie nakazują ponawiania tej czynności ani zapraszania dodatkowych wykonawców na skutek oświadczeń składanych przez wykonawców zaproszonych, iż rezygnują oni z udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby takie oświadczenia nie kreują po stronie Zamawiającego żadnych obowiązków, co najwyżej sygnalizują zamiar niezłożenia oferty.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok z dnia 19 października 2012 r., o sygn. KIO 2151/12 [złożenie przez jednego wykonawcę dwóch kopert z ofertami przed terminem ich składania, z których druga zawierała oświadczenie o wycofaniu pierwszej oferty]

Odwołujący nie zastosował się w pełnym zakresie do postanowień specyfikacji o charakterze porządkowo - organizacyjnym przewidzianych w Rozdziale 5 SIWZ, t.j. koperta oferty złożonej w dniu 11 czerwca 2012 r. nie zawierała dodatkowych oznaczeń - odpowiednio: „*ZMIANA*" lub „*WYCOFANIE*".
Jednak Krajowa Izba Odwoławcza, - biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący w kopercie zawierającej nową ofertę (którą złożył w dniu 11 czerwca 2012 r.) zawarł również oświadczenie o wycofaniu poprzednio złożonej oferty (oferty z dnia 7 maja 2012 r.) - uznała, że intencją Odwołującego było złożenie jednej oferty w niniejszym postępowaniu i nastąpiło to przed upływem terminu do składania ofert (t.j. w dniu 11 czerwca 2012 r. o godz. 8.48).
Nie budziła także wątpliwości treść oświadczenia o wycofaniu oferty poprzednio złożonej w dniu 7 maja 2012 r. Biorąc pod uwagę, że oświadczenie o złożeniu nowej oferty i wycofaniu poprzednio złożonej oferty (z dnia 7 maja 2012 r.) zostały złożone Zamawiającemu razem - zapakowane w jednej kopercie - i nastąpiło to do upływu terminu składania ofert, zatem nie budziło wątpliwości, którą ze złożonych ofert wykonawca jest związany. Z oświadczenia o wycofaniu poprzednio złożonej oferty należało wnioskować, że Odwołujący nie działał w celu złożenia dwóch ofert – a jednej oferty złożonej w dniu 11 czerwca 2012 r. W ocenie Izby nie budziło wątpliwości - również Komisji Przetargowej – jaki był sens złożonego przez Odwołującego oświadczenia woli.
Powyższe okoliczności Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, wobec treści przepisu art. 65 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 12 lipca 2012 r. o sygn. akt: VI Ga 114/12 dotyczący poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2012 r. o sygn. akt: V Ca 1281/12 dotyczący zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a, wobec usług pocztowych dla przesyłek do 50 gram

tekst orzeczenia

Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2012 r. (sygn. akt: P 47/11) w przedmiocie pytania prawnego dotyczącego zgodności art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych z art. 20, art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

tekst postanowienia

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 10/2012

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2012 – 31.10.2012

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	144 582	17 987	**162 569**
O udzieleniu zamówienia	144 378	20 238	**164 616**
O konkursie	93	25	**118**
O wynikach konkursu	75	30	**105**
O zmianie ogłoszenia	35 265	10 161*	**45 426**
O koncesji na usługi / roboty budowlane	31	25	**56**
O zamiarze zawarcia umowy	6 198	677	**6 875**
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	299	**299**
O profilu nabywcy	-	8	**8**
RAZEM	**330 622**	**49 450**	**380 072**

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	31,09%	6,97%
Dostawy	36,24%	54,65%
Usługi	32,67%	38,38%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,21%	96,63%
Przetarg ograniczony	0,45%	2,56%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,07%	0,60%
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,21%
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%	92%
Cena i inne kryteria	5%	7%	14%	8%

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	148	0,10%
Dostawy	102	0,07%
Usługi	281	0,19%
Razem	**531**	**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	40	0,03%
Dostawy	48	0,03%
Usługi	86	0,06%
Razem	**174**	**0,12%**

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nieprzyznania 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	1 789	1,24%
Dostawy	1 730	1,20%
Usługi	4 282	2,96%
Razem	**7 801**	**5,40%**

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	35 821	24,78%
Dostawy	30 417	21,04%
Usługi	30 798	21,30%
Razem	**97 036**	**67,12%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	29,07%	5,28%
Dostawy	34,64%	44,02%
Usługi	36,29%	50,70%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	84,04%	86,95%
Przetarg ograniczony	0,40%	2,24%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	2,29%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,07%	8,40%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,12%
Wolna ręka	12,83%	-
Zapytanie o cenę	2,42%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,17%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	38,347 mld zł

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	64%
Dostawy	19%
Usługi	17%

* - 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 2011	172 473	143 768	83,36%
I kw. 2012	37 387	31 857	85,21%
I poł. 2012	81 191	68 843	84,79%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	4,81	2,10
Dostawy	2,47	1,50
Usługi	2,85	1,69
Średnio	**3,03**	**1,73**

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	10%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	6%	5%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	17%	16%
opolskie	2%	3%
podkarpackie	6%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	6%
śląskie	10%	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	39 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	4,82%
Administracja rządowa terenowa	2,36%
Administracja samorządowa	48,88%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,52%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,97%
Uczelnie publiczne	4,68%
Podmiot prawa publicznego	0,25%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,81%
Inny	22,70%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,96%
Administracja rządowa terenowa	3,29%
Administracja samorządowa	41,03%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,29%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,12%
Uczelnie publiczne	6,60%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	14,97%
Zamawiający sektorowy	1,45%
Inny	23,29%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	20,99%	24,65%	54,37%
Administracja rządowa terenowa	18,41%	35,48%	46,11%
Administracja samorządowa	40,00%	17,76%	42,25%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	19,17%	45,52%	35,31%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	16,47%	38,14%	45,40%
Uczelnie publiczne	12,14%	55,75%	32,11%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	5,97%	67,65%	26,38%
Zamawiający sektorowy	7,88%	44,59%	47,53%
Inny	23,69%	39,99%	36,32%

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	77,21	0,31	0,13	0,06	0,03	18,85	3,15	0,25
Administracja rządowa terenowa	82,07	0,23	0,02	0,00	0,00	12,93	4,14	0,61
Administracja samorządowa	85,68	0,21	0,04	0,07	0,01	11,90	1,89	0,21
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	82,63	0,66	0,14	0,05	0,02	13,77	2,59	0,15
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	66,41	0,65	0,27	0,05	0,05	17,33	15,11	0,11
Uczelnie publiczne	80,00	0,20	0,08	0,06	0,04	16,03	3,54	0,06
Podmiot prawa publicznego	82,66	0,00	0,00	0,00	0,00	10,48	3,02	3,83
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	90,05	0,61	0,03	0,04	0,00	8,24	1,00	0,02
Inny	81,27	0,68	0,04	0,13	0,03	14,99	2,78	0,08

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	1	1 x usługi	17 648 840 EUR
Czechy	9	4 x usługi 2 x roboty budowlane 3 x dostawy	390 884 551 EUR
Dania	2	1 x usługi 1 x dostawy	762 272 EUR
Estonia	1	1 x dostawy	3 931 528 EUR
Francja	3	1 x usługi 2 x dostawy	2 772 876 EUR
Grecja	1	1 x usługi	28 500 EUR
Litwa	3	3 x dostawy	5 131 413 EUR
Luksemburg	8	8 x usługi	3 613 170 EUR
Łotwa	2	2 x dostawy	146 378 EUR
Niemcy	8	2 x roboty budowlane 3 x dostawy 3 x usługi	34 043 317 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
Włochy	2	2 x dostawy	1 733 378 EUR
Razem	**46**	**4 x roboty budowlane** **23 x dostawy** **19 x usługi**	**478 915 135 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			
Australia			1	12 939 750	1	1 004 900			**2**	**13 944 650**
Austria			12	22 152 592	1	8 533 173	1	11 667	**14**	**30 697 431**
Belgia			11	2 481 745					**11**	**2 481 745**
Bułgaria					1	1 520 280			**1**	**1 520 280**
Chiny			1	105 283					**1**	**105 283**
Czechy	3	36 445 350	30	30 713 044	12	64 814 294			**45**	**131 972 688**
Cypr			1	18 651 775					**1**	**18 651 775**
Dania					1	602 415			**1**	**602 415**
Estonia			1	81 698					**1**	**81 698**
Finlandia			4	20 031 110	1	2 991 136			**5**	**23 022 246**
Francja			18	26 913 175	6	23 880 877			**24**	**50 794 052**
Grecja	1	19 555 936							**1**	**19 555 936**
Hiszpania	11	1 855 582 244	3	669 617 329	8	13 893 670			**22**	**2 539 093 243**
Holandia			19	24 877 042	2	8 905 864			**21**	**33 782 906**
Irlandia	1	510 892			2	5 095 027			**3**	**5 605 918**
Izrael					1	785 127			**1**	**785 127**
Japonia			1	270 000					**1**	**270 000**
Kanada			2	714 752					**2**	**714 752**
Litwa			2	3 356 370	3	2 114 217			**5**	**5 470 587**
Łotwa			1	5 027 000					**1**	**5 027 000**
Macedonia			1	916 469					**1**	**916 469**
Niemcy	7	1 178 254 730	95	286 683 194	18	50 764 619			**120**	**1 515 702 542**
Norwegia			2	569 647	3	9 488 304			**5**	**10 057 951**
Portugalia					2	42 446 232			**2**	**42 446 232**
Rosja			1	1 314 007	2	2 075 075			**3**	**3 389 082**
Słowacja	3	44 943 237	5	11 738 445					**8**	**56 681 682**
Szwajcaria			44	645 558 630					**44**	**645 558 630**
Szwecja			5	12 691 726					**5**	**12 691 726**
Turcja			1	1 981 406					**1**	**1 981 406**
Ukraina					1	47 309			**1**	**47 309**
USA			19	53 762 591	6	12 105 162			**25**	**65 867 753**
Węgry					1	5 500 000			**1**	**5 500 000**
Wielka Brytania			122	19 451 967	13	39 442 226			**135**	**58 894 193**
Włochy	1	399 742 420	10	16 498 092	3	22 664 970	1	20 000	**15**	**438 925 482**
Razem	**27**	**3 535 034 809**	**412**	**1 889 098 838**	**88**	**318 674 876**	**2**	**31 667**	**529**	**5 742 840 190**

* - 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	164	
Zakończone	155	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	115	74%
Stwierdzono naruszenia	40	26%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	1	2%
ponowna ocena	16	40%
uchybienia formalne	23	58%

Kontrole doraźne

Kontrole	**Liczba**	
Wszczęte	85	
Zakończone	107	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Brak naruszeń	4	4%
Stwierdzono naruszenia	103	96%
W tym: zawiadomienie RDFP	53	51%

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	22	
Zakończone	25	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	25	100%
w tym:		
uchybienia formalne	25	100%
zawiadomienie RDFP	12	48%

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	**Liczba**	
Wszczęte	575	
Zakończone	1 177	
Wyniki postępowań	**Liczba**	**Struktura procentowa**
przekazane do kontroli	98	8%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	2 398	
Rozpatrzono ogółem	2 405	
Sposób rozpatrzenia	**Liczba**	**Rozkład procentowy**
Zwrócone	232	10%
Odrzucone	117	5%
Umorzone postępowanie	301	12%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	374	16%
Oddalone	771	32%
Uwzględnione	610	25%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2012 r.	2011 r.
Roboty budowlane	32%	27%
Dostawy	33%	34%
Usługi	35%	39%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2012 r.	2011 r.
Liczba wniesionych skarg	124	126
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	5%

Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka *Joanna Orzeł*
Krzysztof Sroczyński *Izabela Rzepkowska*
Wojciech Michalski
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