INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Marzec 2013 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
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dot. podwykonawstwa) 2
- Wejście w życie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń 3
- Uwzględnienie skargi Prezesa UZP na wyrok KIO z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12) 3
- Uchwała Sądu Najwyższego dotycząca sposobu liczenia terminów na wniesienie odwołania 5
- Wyrok KIO 2865/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji 6
- Konferencje „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych" w Toruniu, Krakowie i Lublinie 6

PRAWO EUROPEJSKIE 8
Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na gruncie prawa unijnego 8
OPINIE PRAWNE 27
Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie 27
System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych 34
Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa 45
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 52
Przykłady stwierdzonych w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń dotyczących nieuprawnionego udzielania zamówień publicznych bez stosowania przepisów Pzp w związku z nieprawidłową interpretacją definicji legalnej pojęcia „zamówienia publiczne", zawartej w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp 52
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH 81
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych 81
ANALIZY SYSTEMOWE 92
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 28.02.2013 92

AKTUALNOŚCI

➢ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dot. podwykonawstwa)

W dniu 11 marca 2013 r. projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dot. podwykonawstwa), przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 12 lutego 2013 r., został skierowany do Sejmu.

Aktualnie obowiązujące przepisy prawa w sposób ograniczony regulują obszar związany z wykonywaniem umów o zamówienie publiczne. Jest to szczególnie istotne z uwagi na występujące coraz częściej przypadki nieuregulowania lub nieterminowego uregulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji, zamówienia publicznego na roboty budowlane przez podmioty biorące udział w tej realizacji niemające statusu wykonawcy.

Pomimo tego, iż obecne przepisy nie zabraniają wprowadzenia uregulowań dotyczących podwykonawstwa do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pojawiające się w ostatnim czasie problemy, dotyczące podwykonawstwa, wskazują na konieczność zwrócenia większej uwagi na kwestie z tym związane w przepisach ustawy Pzp.

Wprowadzenie proponowanych rozwiązań służyć ma:

1. wzmocnieniu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych,
2. wyborowi wykonawców mających odpowiedni potencjał do realizacji zamówień publicznych,
3. wzmocnieniu ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia,
4. ograniczeniu ryzyka pojawiania się sporów na etapie realizacji zamówień publicznych,
5. zapewnieniu odpowiedniej jakości realizacji zamówień publicznych, przez powierzanie ich podwykonawcom dającym gwarancję prawidłowego wykonania podzlecanych robót.

Proponowane rozwiązania w sposób kompleksowy powinny przyczynić się do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych wraz z uzasadnieniem.

➢ Wejście w życie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń

W dniu 16 marca 2013 r. weszło w życie Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lutego 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 279).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lutego 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 279).

Przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych omówienie zmian nowelizacyjnych wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271) zostało zamieszczone w ***Informatorze UZP nr 2/2013*****.**

➢ Uwzględnienie skargi Prezesa UZP na wyrok KIO z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12)

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt: V Ca 3270/12) uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12) w zaskarżonej części i oddalił odwołanie wykonawcy, domagającego się m.in. nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanej na pozycji drugiej pod względem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Uwzględnienie odwołania może nastąpić tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy Pzp wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku wydanym w następstwie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt: V Ca 3270/12) uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12) w zaskarżonej części i oddalił odwołanie wykonawcy, domagającego się m.in. nakazania

zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanej na pozycji drugiej pod względem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. W ustnych motywach rozstrzygnięcia Sąd wskazał, iż w niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie na zasadzie „sztuka dla sztuki", skoro wynik postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty, w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej pozostałby ten sam. Sąd podkreślił, iż w postępowaniu odwoławczym wynik postępowania nie został skutecznie podważony, a zatem nie została spełniona przesłanka uwzględnienia odwołania wyrażona w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w postaci istotności wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie zapadł na skutek skargi Prezesa Urzędu oraz zamawiającego, w którym Izba błędnie uwzględniła odwołanie wykonawcy, zarzucającego zamawiającemu m.in. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanej na pozycji drugiej w rankingu złożonych ofert. Izba uznała, iż rozpoznanie tego zarzutu ma wpływ na wynik postępowania, mimo że oferta, której dotyczył zarzut, została sklasyfikowana na pozycji drugiej pod względem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i pomimo że w wyniku rozstrzygnięcia odwołań wybór oferty najkorzystniejszej pozostawał wciąż ten sam. W takim stanie rzeczy Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty zajmującej pozycję drugą w rankingu złożonych ofert.

Treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt: 2115/12, KIO 2129/12)

We wniesionej skardze Prezes Urzędu zarzucił wyrokowi naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uwzględnienie odwołania, pomimo iż zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanej na pozycji drugiej w rankingu złożonych ofert nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż naruszenie to nie miało wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powodowało jedynie zmianę pozycji oferty odwołującego z trzeciej na drugą, lecz nie wpływało na dokonany przez zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej.

Skarga Prezesa UZP z dnia 21 listopada 2012 r.

➢ Uchwała Sądu Najwyższego dotycząca sposobu liczenia terminów na wniesienie odwołania

W dniu 28 lutego 2013 r. Sąd Najwyższy powziął uchwałę w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12, w której stwierdził, że liczenie biegu terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej powinno odbywać się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177).

W dniu 28 lutego 2013 r. Sąd Najwyższy powziął uchwałę w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12, w której stwierdził, że liczenie biegu terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej powinno odbywać się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177).

Uchwała została podjęta w ramach udzielania odpowiedzi na pytanie prawne, z którym do Sądu Najwyższego zwrócił się Sąd Okręgowy we Wrocławiu postanowieniem z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: X Ga 372/12) w trakcie toczącego się postępowania skargowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 871/12.

Treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Pytania Sądu Okręgowego:

1. Czy w sytuacji, gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed przesłaniem przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177)?
2. Czy w sytuacji odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą spóźnionego odwołania rozstrzygnięcie w przedmiocie oddalenia skargi zapada w formie postanowienia?

Tezy Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r.:

1. **W sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad**

określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

2. **Sąd okręgowy rozstrzyga wyrokiem o oddaleniu skargi na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie odrzucenia odwołania.**

Informacja o wymienionej uchwale znajduje się na stronie internetowej Sądu Najwyższego pod adresem:

http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Najnowsze%20orzeczenia.aspx?ItemID=399&ListID=411c5dda-68cb-4ad8-b865-2705079f8593&el=Izba%20Cywilna)

Obecnie nie jest jeszcze dostępne uzasadnienie do powyższej uchwały.

➢ Wyrok KIO 2865/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji

W wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt 2865/12) Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w zakresie odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, w rozpatrywanej sprawie doszło do zmowy przetargowej.

Tezy z wyroku zamieszczone zostały w części *Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych* niniejszego numeru *Informatora* UZP.

Ponieważ kwestie te są przedmiotem zainteresowania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, informacja na temat powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej została przekazana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 24 stycznia 2013 r. na ręce Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

➢ Konferencje „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych" w Toruniu, Krakowie i Lublinie

8 marca 2013 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz **15 marca 2013 r.** w Międzynarodowym Centrum Kultury w Krakowie odbyły się konferencje pt. **„Nowelizacja ustawy Prawo Zamówień Publicznych"**, których celem była prezentacja zmian wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o

zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Konferencja w Toruniu została zorganizowana we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego oraz Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Wzięli w niej udział: Pan Prof. dr hab. Andrzej Sokala - Prorektor UMK w Toruniu, Pan Michał Korolko - Członek Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Pan dr Henryk Nowicki - Kierownik Podyplomowych Studiów Prawa Zamówień Publicznych oraz prelegenci z Urzędu Zamówień Publicznych: Pani Wioleta Bajda, Pan Artur Kowalski oraz Pan Karol Kacprzak.

Konferencja w Krakowie została zorganizowana we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i oraz Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego. Uczestniczyli w niej: Pan Sławomir Dyl, Dyrektor Wydziału Organizacyjno - Administracyjnego Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego oraz prelegenci z Urzędu Zamówień Publicznych - Pani Izabela Rzepkowska, Pani Magdalena Olejarz oraz Pan Adam Daramola.

Podczas obrad obu konferencji omawiano m.in. zasady wyboru wykonawcy oraz zmiany w katalogu przesłanek wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu, definicje roboty budowlanej i obiektu budowlanego, dialog techniczny, szerszy dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych, nowe rozporządzenia do ustawy Pzp oraz projekt ustawy Pzp dot. podwykonawstwa. Spotkania były także okazją do dyskusji oraz wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, dotyczących stosowania znowelizowanych przepisów. W konferencjach uczestniczyło łącznie ok. 430 osób.

Kolejna z cyklu konferencji pt. „Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych" odbędzie się **22 marca 2013 r. w Lublinie.** Przedsięwzięcie jest organizowane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej. Jego adresatami są przedstawiciele administracji samorządowej regionu lubelskiego. Przewiduje się, że w konferencji weźmie udział ok. 200 osób.

PRAWO EUROPEJSKIE

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na gruncie prawa unijnego

1. Artykuł 346 TFUE (dawny art. 296 TWE)

Rozważania dotyczące zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **należy rozpocząć od prezentacji art. 346 Traktatu o Funkcjonowaniu UE** (dawny art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – TWE), który mówi że *żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa; ponadto, każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych*.

W kontekście obronności, art. 346 TFUE **jest najbardziej istotnym odstępstwem opartym na Traktacie.** Oznacza to w szczególności, że **zamówienia mogą być udzielane bez zastosowania dyrektywy w przypadkach, kiedy konieczne jest to dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego**.

Przepis ten wprowadza **zwolnienie zamówień publicznych w dziedzinie obronności z przepisów rynku wewnętrznego** i stanowi środek odnoszący się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi.

Stanowi zatem **wyjątek** od obowiązku zastosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień publicznych.

Należy podkreślić, że art. 346 TFUE odnosi się do środków, które państwo członkowskie „uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa" lub do „informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne" z tymi interesami.

Zdefiniowanie swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa jest wyłącznym obowiązkiem państw członkowskich, jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości art. 346 TFUE **nie pozwala państwom członkowskim na odstąpienie od postanowień Traktatu poprzez samo odwołanie się do takich interesów.**

2. Zielona Księga w sprawie zamówień publicznych w dziedzinie obronności (COM(2004)608 z dn. 23.09.2004 r.)

We wrześniu 2004 r. KE opublikowała zieloną księgę w sprawie zamówień publicznych dziedzinie obronności, w której zwróciła się do zainteresowanych stron o **przedstawienie uwag** do różnych wariantów zwiększenia przejrzystości i otwartości rynków obronnych pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi UE. Konsultacje potwierdziły, że istniejące ramy legislacyjne dla zamówień publicznych w dziedzinie obronności **nie funkcjonują prawidłowo**.

KE zidentyfikowała **następujące nieprawidłowości**:

a) Utrzymywanie się **niepewności co do zakresu art. 296 Traktatu WE** (346 TFUE), który pozwala państwom członkowskim na niestosowanie się do przepisów rynku wewnętrznego, kiedy stawką są podstawowe interesy bezpieczeństwa. Ponieważ granica pomiędzy zakupami w dziedzinie obronności, które są związane z podstawowymi interesami bezpieczeństwa, a zakupami, które nie są z takimi interesami związane, nie jest jednoznaczna, **nie zawsze jest jasne, jakie zasady należy stosować do danego zamówienia**.
W rezultacie zastosowanie art. 296 Traktatu WE nadal sprawia problemy i znacznie różni się w poszczególnych państwach członkowskich;

b) Obowiązująca dyrektywa o zamówieniach publicznych (2004/18/WE) jest uważana za **niedostosowaną do wielu zamówień publicznych w dziedzinach obronności, ponieważ nie uwzględnia specyfiki zamówień w tej branży**.
W rezultacie wiele państw członkowskich niechętnie stosuje tę dyrektywę do zamówień publicznych na wyposażenie obronne, nawet jeżeli nie zostaną spełnione warunki zastosowania art. 296 TWE.

Na podstawie tych ustaleń, w grudniu 2005 r. **KE ogłosiła dwie inicjatywy** mające na celu poprawę sytuacji i polegające na:

a) przyjęciu „Komunikatu wyjaśniającego w sprawie zastosowania art. 296 Traktatu WE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności";

b) opracowaniu nowej dyrektywy o zamówieniach publicznych na wyposażenie obronne, do których nie stosuje się zwolnienia przewidzianego w art. 296

TWE, która wprowadziłaby nowe i bardziej elastyczne zasady udzielania zamówień dostosowane do specyfiki sektora obrony.

3. Komunikat wyjaśniający Komisji w sprawie zastosowania art. 296 TWE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności

Komunikat z dnia 7 grudnia 2006 r. **jako cel postawił sobie uniknięcie ewentualnej błędnej interpretacji i niewłaściwego stosowania art. 296 TWE** (obecny art. 346 TFUE);
Jak wskazał sam komunikat, jego celem nie jest zinterpretowanie podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich ani określenie z góry, do których zamówień publicznych stosuje się lub nie stosuje się zwolnienie przewidziane w art. 296 TWE (346 TFUE). Ma być on raczej **zbiorem wskazówek** dla podmiotów udzielających zamówienia publiczne **ułatwiających podjęcie decyzji czy zastosowanie wyłączenia na jakie pozwala ten artykuł jest zasadne**.
Należy jednak pamiętać, że **ostateczna decyzja co do określenia zakresu zastosowania art. 296 TWE należy do Trybunału Sprawiedliwości.**
Komunikat dotyczy wyłącznie zamówień publicznych w dziedzinie obronności udzielanych przez władze krajowe w ramach europejskiego rynku wewnętrznego.

<u>Jakie wskazówki dla zamawiających płyną z komunikatu:</u>

- **Wszelkie zwolnienia od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw nadanych Traktatem należy interpretować w rygorystyczny sposób.**

W zakresie sposobu interpretacji wyjątków wielokrotnie wypowiadał się ETS, który konsekwentnie dowodził, że **wszelkie zwolnienia od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw nadanych Traktatem należy interpretować w rygorystyczny sposób.**
Ponadto dowodził, że **jest tak również w przypadku zwolnień stosujących się „w sytuacjach, które mogą wiązać się z bezpieczeństwem publicznym”.** W sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii Trybunał orzekł, że artykuły, w których Traktat przewiduje takie zwolnienia (w tym art. 296 TWE) **„dotyczą wyjątkowych i jasno określonych przypadków. Ze względu na swój ograniczony charakter, artykuły te nie podlegają szerokiej interpretacji”** (16.09.1999 C-414/97 oraz 15.05.1986 r. C-222/84).

- **Z art. 296 TWE (346 TFUE) nie można wysnuć wniosku, że Traktat wyłącza z zakresu prawa unijnego wszelkie środki podejmowane ze względów bezpieczeństwa.**

Jak wskazano w komunikacie, zwolnienie z przepisów wspólnotowych na podstawie art. 296 ust. 1 lit. b) TWE dotyczyć może **wyłącznie zamówień publicznych dotyczących wyposażenia, które zostało zaprojektowane, opracowane i wyprodukowane specjalnie do celów wojskowych** (tak samo w orzeczeniu w sprawie T-26/01). Zamówienia publiczne do celów związanych z bezpieczeństwem niewojskowym są wyłączone z zakresu zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE.

Art. 296 ust. 1 lit. a) TWE **może natomiast obejmować również zamówienia publiczne na wyposażenie podwójnego zastosowania, do celów bezpieczeństwa wojskowego i niewojskowego,** jeżeli zastosowanie przepisów wspólnotowych zobowiązywałoby państwo członkowskie do ujawnienia informacji szkodliwych dla podstawowych interesów jego bezpieczeństwa.

Ponadto Trybunał potwierdził kilkakrotnie, że art. 296 Traktatu WE **nie wprowadza automatycznego zwolnienia w dziedzinie obronności.** Wręcz przeciwnie, zwolnienie opiera się prawnie na art. 296 Traktatu WE, co oznacza, że **pewne elementy mogą zostać zwolnione tylko pod warunkiem, że spełnione zostaną warunki zastosowania art. 296 Traktatu WE** (26.10.1999 C-273/97; 11.01.2000 C-285/98; 11.03.2003 C-186/01).

- **Państwo członkowskie, które chce skorzystać z możliwości powołania się na art. 296 TWE (346 TFUE), ma wykazać konieczność zastosowania tego odstępstwa w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa.**

Komunikat wskazuje, że państwa członkowskie **nie mają całkowitej swobody podejmowania decyzji o zwolnieniu danego zamówienia publicznego z przepisów rynku wewnętrznego.**

Wręcz przeciwnie, *„ciężar dostarczenia dowodów na to, że przedmiotowe zwolnienia nie przekraczają granic takich [wyraźnie określonych] przypadków leży po stronie państw członkowskich, które starają się oprzeć na [art. 296 Traktatu WE]”, podobnie jak udowodnienie, „że zwolnienia ... są niezbędne w celu ochrony podstawowych interesów ich bezpieczeństwa”*.

Trybunał Sprawiedliwości stwierdził również, że **odstępstwo na podstawie art. 346 TFUE jest ograniczone do wyjątkowych i jasno określonych przypadków, oraz że podjęte**

środki nie mogą wychodzić poza ograniczenia takich przypadków. Jak każde inne odstępstwo od podstawowych swobód, **musi być ono ściśle interpretowane.**

W związku z tym, jeżeli państwo członkowskie zamierza w oparciu o art. 346 TFUE udzielić zamówienia objętego postanowieniami dyrektywy 2009/81/WE (lub dyrektyw 2004/17/WE lub 2004/18/WE) **bez przestrzegania wymogów proceduralnych określonych w tych dyrektywach**, musi zagwarantować, że wybrany środek – na przykład bezpośrednie udzielenie zamówienia konkretnemu producentowi – **jest niezbędne w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa.** Decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi zatem opierać się na **jednostkowej ocenie każdego przypadku**, która określa zagrożone podstawowe interesy bezpieczeństwa oraz ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, tj. niezastosowania dyrektywy, biorąc pod uwagę **zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TFUE.**

4. Dyrektywa 2009/81/WE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE z dnia 13 lipca 2009 r.
(Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76).
Dyrektywa 2009/81/WE jest instrumentem prawnym mającym na celu **zagwarantowanie przestrzegania tych podstawowych przepisów Traktatu w szczególnej dziedzinie obronności i newralgicznych zamówień związanych z bezpieczeństwem.**

4.1 Systematyka

PREAMBUŁA
TYTUŁ I „Definicje, zakres zastosowania i zasady ogólne”
TYTUŁ II „Przepisy dotyczące zamówień”
Rozdział 1 „Przepisy ogólne”
Rozdział 2 „Progi, centralne jednostki zakupujące i wyłączenia”
Rozdział 3 „Przepisy dotyczące zamówień na usługi”
Rozdział 4 „Zasady szczególne dotyczące dokumentacji zamówienia”
Rozdział 5 „Procedury”
Rozdział 6 „Zasady dotyczące ogłoszeń i przejrzystości”

Rozdział 7 „Przeprowadzenie procedury”
TYTUŁ III „Zasady dotyczące podwykonawstwa”
TYTUŁ IV „Przepisy mające zastosowanie do odwołań”
TYTUŁ V „Obowiązki statystyczne, uprawnienia wykonawcze oraz przepisy końcowe”
ZAŁĄCZNIKI

4.2 Zakres podmiotowy

Dyrektywa ma zastosowanie do zamówień udzielanych przez instytucje lub podmioty zamawiające.
Art. 1 ust. 17 określa te warunki poprzez odniesienie do art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

4.3 Zakres przedmiotowy

Zamówienia w dziedzinie obronności:

- dostawy sprzętu wojskowego (zdefiniowanego w art. 1 pkt 6 dyrektywy);
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym;
- roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych;

Zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa:

- dostawy wrażliwego (newralgicznego) sprzętu (zdefiniowanego w art. 1 pkt 7);
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z newralgicznym (wrażliwym) sprzętem;
- newralgiczne (wrażliwe) roboty budowlane i usługi

Definicja zamówień objętych zakresem dyrektywy oparta jest **na dwojakim podejściu: w dziedzinie obronności** zakres dyrektywy opiera się na art. 346 TFUE i obejmuje zasadniczo wszystkie zamówienia na zakup sprzętu wojskowego, wojskowych robót budowlanych i usług do celów wojskowych. Ponadto dyrektywa ma zastosowanie również do wszystkich **zakupów do celów bezpieczeństwa**, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych.

Sprzęt wojskowy

- Sprzęt wojskowy określony jest w art. 1 ust. 6 **jako „sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne”**;

- Motyw 10 przewiduje, że **„jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.”**, jednakże wykaz z 1958 r. **nie daje wyczerpującego opisu** zakresu dyrektywy w odniesieniu do dostaw sprzętu wojskowego;
- Po pierwsze motyw 10 wprowadza **pewną elastyczność** w stosowaniu wykazu z 1958 r. dla zastosowania dyrektywy. Stwierdza w szczególności, że wykaz „ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadzącego do opracowania nowych typów sprzętu [obronnego]”. Taka elastyczność wydaje się być odpowiednia w szczególności ze względu na fakt, że **wykaz jest raczej ogólny i liczy sobie 50 lat**. Może się zatem zdarzyć na przykład, że sprzęt wojskowy nie jest wyraźnie wymieniony w wykazie ponieważ nie istniał w 1958 r., kiedy wykaz był tworzony (np. oprogramowanie i sprzęt IT). Niemniej jednak dyrektywa obejmuje zamówienia na taki sprzęt **pod warunkiem, że sprzęt jest specjalnie zaprojektowany lub dostosowany do celów wojskowych.**
- Po drugie motyw 10 stwierdza dalej, że „dla celów niniejszej dyrektywy, jako sprzęt wojskowy należy rozumieć **w szczególności** [nie wyłącznie] **typy produktów** [nie tylko produkty] figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.”. Stwierdza wyraźnie, że „państwa członkowskie mogą ograniczyć się wyłącznie do tego wykazu w przypadku transpozycji niniejszej dyrektywy”. Oznacza to, że państwa członkowskie **mogą również stosować inne listy**, takie jak (wyraźnie wymieniona) wspólna lista sprzętu wojskowego UE, **w celu nowoczesnej interpretacji wykazu z 1958 r.** Ten ostatni jest zatem najważniejszym, **ale nie wyłącznym** odniesieniem dla opisania zakresu stosowania.

Bezpośrednio związane

- Dyrektywa obejmuje nie tylko sprzęt wojskowy, ale również „roboty budowlane, usługi i dostawy bezpośrednio związane z [takim] sprzętem” (art. 2 lit. c)). Przepis ten podkreśla **wszechstronny charakter zakresu dyrektywy**. Dostawy bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, na przykład specjalne narzędzia i maszyny, które są niezbędne do produkcji lub konserwacji takiego sprzętu. Może to również oznaczać dodatkowy sprzęt, taki jak specjalne kombinezony i hełmy dla pilotów samolotów bojowych. Usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym mogą obejmować

na przykład przegląd i naprawy samolotów wojskowych, czołgów, okrętów wojennych, itd. Roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym mogą dotyczyć na przykład budowy obiektów testowych dla sprzętu wojskowego;

- Należy zauważyć, że termin „bezpośrednio związane" oznacza, że **musi istnieć bliski związek między danymi robotami budowlanymi, usługami lub dostawami a sprzętem wojskowym.** Taki związek może wynikać między innymi **z celu lub warunków wykorzystania.** Zasadniczo związek musi być tak bliski, że roboty budowlane, usługi lub dostawy **nie mogą być konstruktywnie wykorzystane bez sprzętu wojskowego, z którym są związane.**

Do szczególnych celów wojskowych

- Dyrektywa ma zastosowanie również do usług i robót budowlanych do „szczególnych celów wojskowych" art. 2 lit. d). Dotyczy to usług i robót budowlanych, **które nie są bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, ale mają szczególny cel wojskowy.** Takie „niezależne" usługi mogą uwzględniać na przykład transport wojska. Roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych mogą być związane na przykład z budową pasa startowego lub schronów przeciwlotniczych i przeciwatomowych;
- Sposób sformułowania tych przepisów jasno wskazuje, że usługi i roboty budowlane, o których mowa, **muszą być zamawiane do szczególnych celów wojskowych**. Wynika z tego, że **zamówienia na roboty budowlane i usługi, których to nie dotyczy, muszą być udzielane zgodnie z dyrektywami 2004/18/WE i 2004/17/WE.** Decydującym elementem jest zatem **cel** przypisany robotom budowlanym i usługom przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający na początku procedury udzielania zamówienia.

Newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi

- Art. 1 ust. 7 określa newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi jako **„sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub zawierają je".**

4.4 Zamówienia mieszane

Zgodnie z art. 3 dyrektywy, *zamówienia dotyczące robót budowlanych, dostaw lub usług objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2009/81/WE i częściowo dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE jest przyznawane zgodnie z dyrektywą 2009/81/WE, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.*
Przyznanie zamówienia dotyczącego robót budowlanych, dostaw lub usług objętego częściowo zakresem stosowania dyrektywy 2009/81/WE, a którego część nie podlega ani dyrektywie 2009/81/WE, ani dyrektywie 2004/17/WE lub dyrektywie 2004/18/WE nie podlega postanowieniom dyrektywy 2009/81/WE, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

Art. 3 dyrektywy zawiera zatem zestaw zasad związanych z tak zwanymi „zamówieniami mieszanymi", tj. z zamówieniami, **których przedmiotem są różne dostawy, roboty budowlane lub usługi, z których część podlega dyrektywie 2009/81/WE, a część nie**.

Rozróżnia on dwie sytuacje:

(1) Zamówienie łączy elementy podlegające dyrektywie 2009/81/WE oraz elementy podlegające dyrektywie 2004/17/WE lub dyrektywie 2004/18/WE. Może się tak zdarzyć na przykład, jeżeli instytucje/podmioty zamawiające dokonują zakupu newralgicznego sprzętu oraz nienewralgicznego sprzętu w jednym postępowaniu.

(2) Zamówienie obejmuje elementy podlegające dyrektywie 2009/81/WE oraz elementy, które znajdują się poza zakresem dyrektyw dotyczące zamówień publicznych (dyrektywy 2009/81/WE, 2004/17/WE i 2004/18/WE). Może się tak zdarzyć, jeżeli część dużego zamówienia na sprzęt wojskowy podlega art. 346 TFUE.

W obydwu przypadkach zastosowanie mają te same zasady: instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający **może zastosować mniej restrykcyjną procedurę dla całego zamówienia**, pod warunkiem, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia **jest uzasadniona z obiektywnych względów i nie została podjęta w celu wyłączenia zamówień z zakresu zastosowania dyrektywy 2009/81/WE lub dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE**.
Dlatego też w przypadku (1) całego zamówienia udziela się zgodnie z dyrektywą 2009/81/WE, podczas gdy w przypadku (2) zamówienie nie podlega zastosowaniu dyrektyw.
Należy zwrócić uwagę, że wskutek zastosowania tych zasad wyłącza się zamówienia z zakresu dyrektyw, które normalnie miałyby do niego zastosowanie. W związku z tym art. 3

musi być ściśle interpretowany. Instytucje/podmioty zamawiające opierające się na tym przepisie **muszą udowodnić, że różne komponenty zamówienia mieszanego są obiektywnie powiązane w sposób, który sprawia, że niezbędne jest udzielenie jednego zamówienia jednemu wykonawcy**. Ścisła interpretacja jest szczególnie istotna w przypadkach, gdzie zastosowanie art. 3 prowadziłoby do zwolnienia zamówienia mieszanego z prawa UE na podstawie art. 346 TFUE. W takim przypadku musiałaby zostać zapewniona proporcjonalność środka jako całości, tj. niestosowanie dyrektywy do całości zamówienia.

4.5 Zasady udzielania zamówień

Art. 4 dyrektywy:

- Zasada równego traktowania;
- Zasada niedyskryminacji;
- Przejrzystość działania.

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

4.6 Wartości progowe

Zgodnie z art. 8 dyrektywy:

Dyrektywę 2009/81/WE stosuje się do zamówień, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od:

- **400 000 EUR** dla zamówień na dostawy i usługi;
- **5 000 000 EUR** dla zamówień na roboty budowlane.

Progi dyrektywy obronnej zostały dostosowane do progów, których podmioty zamawiające muszą przestrzegać stosując dyrektywę sektorową 2004/17/WE.

Do wartości progowych zastosowanie znajdują ponadto następujące regulacje:

NOWE ROZPORZĄDZENIE KOMISJI (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (obowiązuje od dnia 1 stycznia 2012 roku).

NOWY KOMUNIKAT KOMISJI (2011/C 353/01) określający równowartość progów ujętych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (obowiązuje od dnia 1 stycznia 2012 roku).

4.7 Wyłączenia

Zasada korzystania z wyłączeń (art. 11):

Nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień o których mowa w sekcji „Zamówienia objęte wyłączeniem" w celu omijania postanowień niniejszej dyrektywy.

Zamówienia wyłączone z zakresu dyrektywy 2009/81/WE

- Zamówienia poniżej progów (art. 8);
- Zamówienia udzielane na podstawie procedur międzynarodowych (art. 12);
- Zamówienia podlegające wyłączeniom szczególnym (art. 13).

Art. 11 dyrektywy stanowi, że **„nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień, o których mowa w niniejszej sekcji w celu omijania postanowień niniejszej dyrektywy"**. Przepis ten służy przypomnieniu orzecznictwa ETS, wyraźnie zabraniającego wykorzystywania konstrukcji prawnych zwolnionych od stosowania zasad UE, dotyczących zamówień publicznych, w celu ominięcia transparentnych i konkurencyjnych procedur udzielania zamówień bez obiektywnych przyczyn.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, **przepisy dopuszczające wyjątki od zasad zamówień publicznych, muszą być interpretowane ściśle.** Oznacza to, że wyłączenia z zakresu zastosowania Dyrektywy, określone w art. 12 i 13, muszą być ograniczone do zamówień, które zostały wskazane w tych przepisach. **Ciężar dowodzenia, że dane zamówienie mieści się w ramach jednego z tych wyłączeń spoczywa na instytucjach/podmiotach zamawiających, które zamarzają się na nie powołać**.

Wreszcie, instytucje/podmioty zamawiające zamierzające powołać się na wyjątki określone w art. 12 i 13 w celu udzielenia zamówienia bez ogłaszania mogą rozważyć **opublikowanie dobrowolnego ogłoszenia ex ante**, zgodnie z art. 60 ust. 4 i art. 64 Dyrektywy. Poprzez opublikowanie takiego ogłoszenia instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający **formalnie ogłasza i uzasadnia swoją decyzję o udzieleniu zamówienia bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym**. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający opublikował takie ogłoszenie ex ante i dochował **okresu zawieszenia** trwającego 10 dni od publikacji, **zamówienie nie może zostać uznane za bezskuteczne** poprzez zastosowanie art. 60 ust. 1 Dyrektywy.

4.8 Procedury udzielania zamówień

Art. 25 dyrektywy:

Możliwość zastosowania **bezwarunkowo:**

Procedura ograniczona;

Procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia o zamówieniu.

Możliwość zastosowania **pod pewnymi warunkami:**

Dialog konkurencyjny;

Procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

4.9 Dialog konkurencyjny

- art. 1 ust. 21 – **definicja** dialogu konkurencyjnego;
- art. 27 – **przesłanki zastosowania** dialogu konkurencyjnego;
- Zastosowanie w przypadku **szczególnie złożonych zamówień** (definicja w art. 1 ust. 21);
- Wyłącznie **kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie**;
- Obowiązek zapewnienia **równego traktowania** wszystkich oferentów;
- Możliwość przeprowadzenia procedury **w etapach** w celu ograniczenia liczby rozwiązań omawianych na etapie dialogu;
- Możliwość przewidzenia **nagród lub płatności** dla uczestników dialogu.

4.10 Procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu

Przesłanki zastosowania specyficzne dla sektora obronnego i sektora bezpieczeństwa:

- **Pilna konieczność** wynikająca z sytuacji kryzysowej, której nie da się pogodzić z terminami wymaganymi dla procedury ograniczonej i negocjacyjnej, w tym z terminami skróconymi;
- Zamówienia związane ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla sił zbrojnych państwa członkowskiego i uczestniczącego lub mającego uczestniczyć w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi się zwrócić o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie na takie krótkie terminy przewidziane dla procedury ograniczonej i negocjacyjnej z ogłoszeniem, w tym terminy skrócone, nie mogą być dotrzymane.
- art. 1 ust. 20 – **definicja** procedur negocjacyjnych;

- art. 28 – **przesłanki** uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

4.11 Bezpieczeństwo informacji

Biorąc pod uwagę newralgiczny charakter wielu zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, bezpieczeństwo informacji stanowi szczególnie istotne zagadnienie w dyrektywie 2009/81/WE.

Zdolność i wiarygodność wykonawców **związane z ochroną informacji niejawnych** są kluczowe dla udzielania i realizowania wielu zamówień z dziedziny obronności lub newralgicznego sprzętu związanego z bezpieczeństwem. Wymogi bezpieczeństwa informacji obowiązują w trakcie trwania zamówienia i będą praktycznie testowane w trakcie realizacji zamówienia.

Do każdego państwa członkowskiego należy określenie jakie informacje należy zaklasyfikować i na jakim poziomie poufności; każde państwo członkowskie udziela też **własnych poświadczeń bezpieczeństwa** potwierdzających zdolność dostawcy do ochrony informacji poufnych. Te certyfikaty bezpieczeństwa nie są automatycznie uznawane przez inne państwa członkowskie. Jednak w wielu przypadkach umowy dwustronne lub inne odpowiednie umowy lub porozumienia uwzględniają postanowienia dotyczące wzajemnego uznawania certyfikatów bezpieczeństwa, które zmniejszają negatywny wpływ na skuteczność dyrektywy.

Bezpieczeństwo informacji pojawia się w różnych miejscach w dyrektywie: wzmiankowane jest **jako wymóg na etapie zbierania ofert i udzielania zamówień** (art. 7) i **może być przyczyną wyłączenia** (art. 13), **warunkiem zamówienia** (art. 20 i 22) oraz **kryterium kwalifikacji** (art. 39 i 42). Razem postanowienia te pozwalają na **stosowanie wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych na wszystkich etapach od początku procedury udzielania zamówienia do końca realizacji zamówienia**;

Przy udzielaniu newralgicznych zamówień z dziedziny bezpieczeństwa, wiarygodność i możliwość zagwarantowania bezpieczeństwa informacji jest jednym z kluczowych kryteriów kwalifikacji podmiotowej;

Art. 39 ust. 2 zawiera **dwa kryteria wykluczenia** związane z bezpieczeństwem informacji. Stwierdza on, że *„z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:*

...

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na

*przykład **pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji** lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia;*

*e) na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że **nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego**".*

Lit. d) odnosi się wyraźnie do naruszeń zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa informacji w trakcie wcześniejszych zamówień. Obejmuje to również naruszenia takich zamówień w stosunku do innych instytucji/podmiotów zamawiających, bez względu na to, w którym państwie członkowskim znajduje się ich siedziba. Chociaż przepis ten nie wymaga skazania prawomocnym wyrokiem sądu, dość mocne określenia „winny" oraz „udowodnionego" wskazują, **że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi polegać na obiektywnych i wiarygodnych informacjach, jeżeli chce wykluczyć kandydata/oferenta z procedury na tych podstawach**.

4.12 Bezpieczeństwo dostaw

Bezpieczeństwo dostaw można zdefiniować jako **gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa**.

Bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle długi okres użytkowania produktu w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wsparcia logistycznego, unowocześniania, modernizacji, itd. przez wiele lat.

Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw w rozumieniu dyrektywy są **wymogami umownymi** nakładanymi przez instytucje/podmioty zmawiające w celu zagwarantowania rzetelnej i terminowej dostawy sprzętu i usług w odpowiedniej ilości z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, jak również stałej dostępności zdolności w dziedzinie konserwacji i napraw, części zamiennych oraz innych rodzajów wsparcia w każdych warunkach, szczególnie w sytuacjach kryzysowych.

Zgodnie z art. 23 instytucje/podmioty zamawiające **określą swoje wymogi bezpieczeństwa dostaw w dokumentacji zamówienia** (ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe). Wymogi te mogą zwykle przyjmować formę warunków wykonania zamówienia. Mogą być również stosowane w procedurze udzielania zamówień jako kryteria wyboru lub kryteria udzielania zamówień.

Dyrektywa wskazuje obszary, które mogą obejmować wymogi bezpieczeństwa dostaw, ale nie podaje szczegółowej definicji określającej treść tych wymogów.

Art. 23 podaje listę szczegółowych informacji, których uwzględnienia instytucje/podmioty zamawiające mogą żądać w ofercie. Jednakże **lista ta nie jest wyczerpująca** i określa jakie dokumenty przekazać i jakie zobowiązanie podjąć, a nie konkretne wymogi.

Pozostawia to instytucjom/podmiotom zamawiającym **elastyczność w określaniu swoich wymogów dotyczących bezpieczeństwa dostaw**. Taka elastyczność jest niezbędna do dostosowania tych wymogów do specyfikacji każdego zamówienia oraz uwzględnienia wszelkich rodzajów zagrożeń związanych z bezpieczeństwem dostaw (które mogą różnić się ze względu na jednostkową sytuację każdego oferenta).

Dyrektywa stwierdza wyraźnie, że kryteria bezpieczeństwa dostaw mogą odgrywać **istotną rolę na etapie selekcji jakościowej**. Motyw 67 stwierdza, że *„ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji”.*

*Art. 39 ust. 2 zawiera kryteria wykluczenia związane z bezpieczeństwem dostaw. Stwierdza on, że „Z udziału w zamówieniu **można wykluczyć** każdego wykonawcę, który:*

…

*d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na przykład pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub **bezpieczeństwa dostaw** w czasie wcześniejszego zamówienia;*

e) na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”;

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający **musi opierać się na obiektywnych i wiarygodnych informacjach, jeżeli chce na tej podstawie wykluczyć z procedury kandydata/oferenta**.

4.13 Podwykonawstwo

Jedną z właściwych obronności **innowacji dyrektywy 2009/81/WE** są zasady dotyczące podwykonawstwa.

Dyrektywa 2004/18/WE przewiduje jedynie bardzo ograniczone obowiązki w odniesieniu do podwykonawstwa i zasadniczo pozostawia zwycięskiemu wykonawcy kwestię organizacji własnego łańcucha dostaw. Natomiast dyrektywa 2009/81/WE zawiera szczegółowy zestaw przepisów określonych w art. 21 i tytule III (art. 50-54) pozwalających instytucjom zamawiającym w szczególności **żądać od zwycięskich wykonawców udzielenia zamówień na podwykonawstwo na pewną część głównego zamówienia** (tj. określenie minimalnego poziomu podwykonawstwa) **i/lub powierzenia proponowanych umów na podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego**. Jednocześnie określa podstawowe zasady uczciwego i przejrzystego udzielania takich zamówień na podwykonawstwo.

Podejście to opiera się na założeniu, że na prawdziwie europejskim rynku sprzętu obronnego, **konkurencja nie powinna być ograniczona do poziomu głównych wykonawców**. Podwykonawcy skorzystają z otwarcia krajowych rynków obronnych, jeżeli będą mieli uczciwą szansę zdobycia dostępu do łańcuchów dostaw integratorów systemów zlokalizowanych w innych państwach członkowskich. Jest to ważne z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ **daje wykonawcy większy wybór potencjalnych podwykonawców**, jak również z politycznego punktu widzenia, ponieważ baza przemysłu obronnego w wielu państwach członkowskich składa się głównie z małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP).

Dlatego też przepisy dyrektywy dotyczące podwykonawstwa mają na celu **wprowadzenie konkurencji do łańcucha dostaw głównych wykonawców**.

Postanowienia dyrektywy dotyczące podwykonawstwa opierają się **na zasadzie niedyskryminacji**. Oznacza to, że:

- Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający żąda od wybranego oferenta przyznania umów o podwykonawstwo na pewną minimalną część zamówienia, umowy te muszą być przyznawane zgodnie ze szczególnymi zasadami określonymi w tytule III. **Instytucja zamawiająca nie może żądać od wybranego oferenta przyznania umów o podwykonawstwo konkretnym podwykonawcom lub podwykonawcom konkretnej narodowości**;
- Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wymaga od wybranego oferenta przyznania konkretnych umów o podwykonawstwo w postępowaniu konkurencyjnym, **postępowanie to musi być również zorganizowane na poziomie ogólnoeuropejskim oraz w sposób sprawiedliwy i przejrzysty**;

- W odniesieniu do wszystkich umów na podwykonawstwo nieobjętych jednym z powyższych wymogów wybrany oferent może dowolnie wybierać podwykonawców, „a w szczególności nie można od niego wymagać dyskryminacji potencjalnych podwykonawców ze względu na narodowość" (art. 21 ust. 1).

Postanowienia dotyczące podwykonawstwa **mogą być stosowane do wszystkich procedur udzielania zamówień wynikających z dyrektywy 2009/81/WE**, uwzględniając procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 28).

Ponadto należy zauważyć, że postanowienia dotyczące podwykonawstwa odnoszą się **tylko do umów na podwykonawstwo przyznawanych "stronom trzecim"**. Zgodnie z art. 50 ust. 2 „grupy przedsiębiorstw utworzone w celu uzyskania zamówienia lub przedsiębiorstwa z nimi powiązane nie są uważane za osoby trzecie".

Wymogi dotyczące podwykonawstwa przyjmują zatem zwykle **formę warunków wykonania zamówienia**: instytucje/podmioty zamawiające nakładają warunki umowne określające zobowiązania zwycięskiego wykonawcy.

Zgodnie z art. 21 ust. 6 instytucje/podmioty zamawiające **muszą wskazać wszystkie swoje wymogi dotyczące podwykonawstwa w ogłoszeniu o zamówieniu**. Stosuje się to do każdej możliwości opisanej w punkcie 3 i do wszystkich procedur z publikacją ogłoszenia o zamówieniu (procedura ograniczona, procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia o zmówieniu lub dialog konkurencyjny). Z uwagi na ogólną zasadę przejrzystości oraz ze względów praktycznych ważne jest, by instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający informowała wykonawców tak wyczerpująco jak to tylko możliwe o swoich wymogach dotyczących podwykonawstwa.

Przy zawieraniu umów **o wartości przekraczającej próg stosowania dyrektywy** (art. 8) zwycięscy wykonawcy **muszą opublikować w TED ogłoszenie dotyczące podwykonawstwa**, które musi zawierać podstawowe informacje dotyczące udzielanego zamówienia. Dokładna zawartość ogłoszenia znajduje się w załączniku V dyrektywy. Ogłoszenie należy sporządzić stosując standardowy formularz.

Dla umów o podwykonawstwo poniżej progu stosowania dyrektywy nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia.

Jeżeli zwycięski wykonawca nie wypełnia swoich zobowiązań związanych z podwykonawstwem, narusza warunki umowy z instytucją zamawiającą/podmiotem zamawiającym. Z zastrzeżeniem obowiązujących przepisów prawa zobowiązań, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający **może zatem zastosować środki ochrony prawnej takie**

jak roszczenie odszkodowawcze lub wniosek o unieważnienie umowy przeciwko zwycięskiemu wykonawcy.

4.14 Procedury odwoławcze

Przestrzeganie zobowiązań dotyczących przejrzystości i konkurencji należy zapewnić za pomocą **skutecznego systemu odwoławczego** opartego na systemie, który wprowadziły dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG zmienione dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

W szczególności należy zapewnić **możliwość zakwestionowania procedury udzielania zamówienia przed podpisaniem umowy**, a także gwarancje niezbędne w celu zapewnienia skuteczności odwołania, takie jak **okres zawieszenia**.

Należy również zapewnić możliwość zakwestionowania bezpośredniego udzielania zamówień lub zawierania umów, które jest nielegalne i stanowi naruszenie przepisów niniejszej dyrektywy.

Procedury odwoławcze powinny jednak **uwzględniać ochronę interesów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w związku z procedurami organów odwoławczych**, wyborem środków tymczasowych lub sankcji nałożonych za niewywiązanie się z zobowiązań odnoszących się do przejrzystości i konkurencji.

Szczególnie państwa członkowskie powinny móc postanowić, że **organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną**, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn, o których mowa w niniejszej dyrektywie, jeżeli stwierdzi on, **po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają utrzymania skutków umowy w mocy**.

W świetle charakteru i cech robót, dostaw i usług objętych zakresem niniejszej dyrektywy **takie nadrzędne przyczyny powinny przede wszystkim wiązać się z ogólnymi interesami obronności i bezpieczeństwa państw członkowskich**. Mogłoby tak być przykładowo w przypadku gdy nieskuteczność umowy poważnie zagroziłaby nie tylko realizacji konkretnego projektu będącego przedmiotem umowy, ale także istnieniu szerszego programu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego projekt jest częścią.

4.15 Przydatne dokumenty

Polecamy Państwa uwadze noty wyjaśniające do tekstu dyrektywy obronnej.

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych[1] odnajdą Państwo następujące noty:

a) Dyrektywa obronna - Zakres zastosowania;
b) Dyrektywa obronna – Wyłączenia;
c) Dyrektywa obronna - Badania i rozwój;
d) Dyrektywa obronna - Bezpieczeństwo dostaw;
e) Dyrektywa obronna - Bezpieczeństwo informacji;
f) Dyrektywa obronna – Podwykonawstwo;
g) Dyrektywa obronna – Offset.

[1] http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1594

OPINIE PRAWNE

Zagadnienia dotyczące stosowania ustawy przez instytucje naukowe i środowiska akademickie

Sygnalizowane przez instytucje naukowe i środowiska akademickie problemy związane ze stosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej zwanej „ustawą Pzp"), dotyczą zasadniczo dwóch grup zagadnień: związanych z korzystaniem z wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, a także zagadnień związanych z szacowaniem wartości zamówienia, w tym z dzieleniem zamówienia na części. W szczególności, ta druga grupa zagadnień jest przedmiotem licznych zapytań kierowanych do Prezesa Urzędu w związku z organizacją udzielania zamówień przez instytucje naukowe i środowiska akademickie, które, jak wynika z przekazywanych informacji, preferują zbiorcze udzielanie zamówień dla wszystkich jednostek organizacyjnych pozostających w strukturach uczelni i instytutów z nimi powiązanych, bez względu na istnienie wyodrębnienia organizacyjnego i finansowego takich jednostek. Przyjęte wewnętrzne zasady udzielania zamówień, w tym skomplikowanie struktury procesu udzielania zamówienia; od opisu zapotrzebowania po ostateczne zawarcie umowy, stają się często przyczyną niewydolności tego systemu i braku korzystania z możliwości, które stwarza w tym względzie ustawa Pzp przy udzielaniu poszczególnych rodzajów zamówień.

I. Stosownie do postanowień art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są *usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.* Interpretacja art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, z uwagi na to, że dotyczy materii uregulowanej w przepisach prawa unijnego, musi uwzględniać postanowienia art. 16f dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym dyrektywy nie stosuje się do zamówień *dotyczących usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej*

własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca. Z racji tego, iż *wyłączenia przedmiotowe* przy udzielaniu zamówień publicznych uregulowane są w przepisach prawa Unii Europejskiej (a ich wyliczenie jest taksatywne), ich interpretacja nie może być rozszerzająca i powinna odpowiadać ściśle wyróżnionym w przepisach prawa przypadkom. Wyłączenie stosowania ustawy Pzp, dotyczące zamawiania usług badawczo – rozwojowych, odnosi się do dwóch przypadków, w których:

a) zamawiający nie opłaca samodzielnie zamówienia w całości, lub

b) rezultat zamówienia, nie będzie wyłączną własnością zamawiającego.

Dla uznania, iż norma art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest spełniona, wystarczy, że wystąpi przynajmniej jeden z dwóch wymienionych wyżej przypadków. Zamawiający nie będzie więc stosował ustawy, gdy zamawiane przez niego usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych będą opłacane również przez podmiot trzeci. Przez usługi nie opłacane w całości przez zamawiającego, należy rozumieć te, za które wynagrodzenie jest uiszczane przy udziale podmiotu trzeciego. Bez znaczenia dla takiej kwalifikacji pozostaje źródło pochodzenia środków pozostających w dyspozycji zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia.

Zastosowanie wyłączenia usług badawczo-rozwojowych spod reżimu ustawy, na podstawie w art. 4 pkt 3 lit. e, wymaga właściwego rozumienia, użytego w tym przepisie pojęcia własności rezultatów zrealizowanych usług. Rezultaty zlecanych badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczonych usług badawczych muszą bowiem stanowić w okolicznościach zastosowania tego przepisu niewyłączną własność zamawiającego, w tym kontekście że nie będą służyć do wyłącznego użytku czy korzyści zamawiającego. Celem regulacji jest bowiem wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych, zamówień których przedmiotem są usługi badawczo – rozwojowe mające nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Zamawianie usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, nie będzie powodowało obowiązku stosowania ustawy Pzp, gdy wyniki tych badań lub prac zostaną opublikowane oraz udostępnione do wykorzystania wszystkim zainteresowanym, bez względu na okoliczności wypłacania całego wynagrodzenia z tytułu realizacji tych usług z budżetu zamawiającego.

II. Zgodnie z art. 4 pkt. 4 ustawy Pzp, z zakresu zamówień publicznych wyłączone są zamówienia, których przedmiotem są umowy z zakresu prawa pracy. W celu rozstrzygnięcia,

co jest umową z zakresu prawa pracy należy posłużyć się przepisami ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (dalej „K.p.”), która w art. 9 definiuje pojęcie prawa pracy. Do zamówień, których przedmiotem są zobowiązania wzajemne stron, których podstawa prawna wynika z art. 9 K. p. nie stosuje się ustawy Pzp. Do zakresu prawa pracy, nie zalicza się jednak umów cywilnoprawnych, nie noszących cech stosunku pracy. Tym samym nie wypełnienia przesłanki wyłączenia z art. 4 pkt. 4 ustawy Pzp, sytuacja w której pracownik uczelni wyższej otrzymuje zlecenie wykonania czynności czy prac na podstawie umowy cywilnoprawnej, nie wykazującej cech stosunku pracy.

Powyższa interpretacja nie przesądza jednak o możliwości zastosowania przez zamawiającego uproszczonej procedury wyboru wykonawcy, która wynika z innych przepisów ustawy Pzp, określających podstawy zastosowania m. in. trybów niekonkurencyjnych.

III. Przepisy art. 32 ustawy Pzp ustalające zasady dotyczące szacowania wartości zamówienia publicznego, stanowią kluczową regulację służącą prawidłowemu stosowaniu przez zamawiających przepisów z zakresu zamówień publicznych. W oparciu o przepisy ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Zamawiający może więc z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych podzielić zamówienie (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzić kilka odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrzonej). Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące części o wartości poniżej 14 000 euro będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który zamierza skorzystać z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie wyrażonej w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

Określony w art. 6a ustawy Pzp maksymalny próg, dopuszczający udzielanie zamówień w częściach w uproszczony sposób, odnoszący się do 20 % wartości przedmiotu

zamówienia, dotyczy planowanego przez zamawiającego zamówienia. Jeśli zamówienie ma być udzielone na czas oznaczony nie dłuższy niż 12 miesięcy, zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 lit a w zw. z art. 6a ustawy Pzp, próg 20 % będzie dotyczył wartości zamówienia ustalonej z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia. Jeśli zamówienie ma obejmować okres dłuższy niż 12 miesięcy, próg ten będzie również ustalony z uwzględnieniem rzeczywistego okresu trwania zamówienia, z wyjątkami wynikającymi z zamówień których przedmiotem są umowy dzierżawy, najmu lub leasingu.

W przypadku planowania określonych wydatków, o tym czy mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami przesądza posłużenie się przez zamawiającego przynajmniej trzema kryteriami: przedmiotem, czasem zamówienia oraz możliwością wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wymienionych kryteriów, pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Czas zamówienia, jako jeden z tych elementów, umożliwia ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze, udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 5 października 2000 r., C-16/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, LEX nr 83004*, czas zamówienia oceniamy na chwilę wszczęcia procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego. Jeśli więc na chwilę wszczynania procedury, jest możliwe ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, możliwego do wykonania przez jeden podmiot, co do zasady możemy mówić o jednym zamówieniu.

Szacowanie wartości zamówienia

I. Podstawowym elementem prawidłowego i efektywnego stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej zwanej „Pzp") jest właściwe planowanie przez zamawiających zamówień i szacowanie ich wartości. Jest to szczególnie istotne w kontekście do przewidzianego w art. 32 ust. 2 Pzp zakazu dzielenia zamówienia publicznego lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przesądzenie czy w przypadku określonego rodzaju zapotrzebowania planowanego w perspektywie roku budżetowego lub wieloletniego w przypadku umów długoterminowych,

mamy do czynienia z jednym lub kilkoma zamówieniami wymaga posłużenia się przynajmniej trzema następującymi kryteriami:

a) przedmiotu zamówienia, umożliwiającego zidentyfikowanie zapotrzebowania o zbliżonym rodzaju i przeznaczeniu,

b) czasu zamówienia, umożliwiającego ustalenie pełnego zakresu przedmiotowego zamówień o zbliżonym charakterze udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej np. okres jednego roku budżetowego albo okres objęty decyzją o udzielenie wsparcia finansowego na realizację określonego projektu,

c) możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pozytywne wyodrębnienie pod względem trzech wyżej wymienionych kryteriów planowanego przez zamawiającego wydatku pozwala ustalić, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym. Tylko do tak ustalonego zakresu zamówienia publicznego odnosi się określony przez ustawodawcę w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zakaz dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (Pzp). Zamawiający, który podzieli tak wyodrębnione zamówienie na części o wartościach przedmiotu poszczególnych zamówień mniejszych niż 14 000 euro netto i udzieli z pominięciem stosowania procedur przewidzianych w ustawie Pzp (z zastrzeżeniem art. 6a ustawy Pzp, o czym szerzej w punkcie III), narusza wskazany wyżej zakaz dzielenia zamówienia na części. Możliwe i zgodne z przepisami ustawy Pzp jest jednak takie działanie zamawiającego, które zmierza do podziału zamówienia z obiektywnie uzasadnionych przyczyn albo przeprowadzenia postępowań w ramach poszczególnych części zgodnie z reżimem przewidzianym dla pełnej wartości zamówienia.

Pewne odrębności dotyczące szacowania wartości zamówienia są przewidziane w stosunku do obliczania wartości przedmiotu zamówienia, udzielanego na czas nieoznaczony przy uwzględnieniu planowanej długość udzielenia zamówienia (art. 34 ust. 3 pkt 1 Pzp), dla zamówień powtarzających się okresowo (art. 34 ust. 1 Pzp). Wielość możliwych stanów faktycznych, które wiążą się z określaniem szacunkowej wartości zamówienia, uniemożliwia jednak szczegółowe opisanie każdego potencjalnego przypadku.

II. Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym ustalenia właściwego trybu, w jakim powinno być ono udzielone, ustala wartość zamówienia w stosunku do zamówień *planowanych*. Zamówieniem planowanym będzie więc

wydatek, który zamawiający przewiduje (lub powinien przewidzieć) w odpowiedniej perspektywie czasowej. Odpowiednią perspektywą dla zamawiającego, umożliwiającą mu rzeczywiste zaplanowanie wydatków, będzie np. rok budżetowy (obrachunkowy) albo okres realizacji danego projektu (np. finansowanego ze środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Przystępując do szacowania wartości zamówienia, zamawiający powinien z należytą starannością ustalić co i w jakiej ilości będzie mu konieczne do realizacji jego gospodarczo-organizacyjnych celów.

Przez planowanie zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp rozumie się w zasadzie dwa procesy:

1) planowanie wstępne, przewidziane w art. 13 ustawy Pzp, oraz
2) planowanie konkretnego zamówienia.

Zgodnie z art. 13 ustawy Pzp, zamawiający posiadający wiedzę o wysokości środków finansowych którymi będzie dysponował (tj. w zależności od przepisów którym podlega, po zatwierdzeniu planu finansowego lub po sporządzeniu planu wydatków) może upublicznić swoje zamierzenia wydatkowe na najbliższe 12 miesięcy, przekazując wstępne ogłoszenie informacyjne Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczając je na swojej stronie internetowej. Upublicznienie takich informacji przez zamawiającego, służyć ma skróceniu terminów składania ofert w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Bez względu jednak na fakt sporządzania wstępnego ogłoszenia informacyjnego czy też jego braku ustalenie wartości zamówień publicznych następuje zawsze w odniesieniu do zamówień planowanych przez zamawiających. Jeśli więc zamawiający planuje zamówienia na dany okres, powinien przygotować postępowania oceniając czy nie zachodzi potrzeba łącznego szacowania wartości zamówień w aspektach przedmiotu, czasu oraz podmiotu potencjalnego wykonawcy. Nie podlega natomiast sumowaniu z innymi udzielonymi, zamówienie którego wartość zamówienia zamawiający nie był w stanie przewidzieć wcześniej w okresie roku budżetowego, nawet jeżeli jest to zamówienie o zbliżonym charakterze do udzielonych już zamówień. Szeroko rozumiane pojęcie planowania postępowań o zamówienie publiczne, ma bowiem służyć przede wszystkim prawidłowej ocenie przez zamawiającego jaki reżim wyboru wykonawcy zastosować w konkretnym przypadku. Nie ma zatem uzasadnienia by zamawiający szacując z należytą starannością przedmiot zamówienia, którego nie mógł wcześniej przewidzieć, brał pod uwagę wydatki już przez siebie poniesione.

III. Na podstawie przepisów ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo udzielenia jednego zamówienia w kilku częściach. Może się zdarzyć, iż zamawiający z przyczyn organizacyjnych lub gospodarczych zdecyduje, że bardziej odpowiednie jest dla niego podzielenie zamówienia (o wiadomym zamawiającemu rozmiarze i zakresie przedmiotowym) i przeprowadzenie kilku odrębnych postępowań (zamiast jednego). Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w takim przypadku zamawiający będzie jednak zobowiązany szacować wartość zamówienia, poprzez sumowanie wartości wszystkich jego części. Dopiero uzyskana w ten sposób wartość, będzie oceniana przez pryzmat progu bagatelności (tj. wartości z art. 4 pkt 8 Pzp, poniżej której zamawiający nie stosuje ustawy) oraz zastosowania odpowiedniej procedury postępowania (uproszczonej, zwykłej czy zaostrzonej). Aby zamawiający nie musiał dla każdej z wyodrębnionych części stosować przepisów właściwych dla wartości całego zamówienia, ustawodawca w art. 6a ustawy Pzp przewidział normę szczególną. Jeśli zamówienie jest udzielane w częściach o wartościach poniżej 80 000 euro dla dostaw i usług lub 1 000 000 euro dla robót budowlanych, zamawiający przeprowadzając postępowanie dla każdej z takich części, może zastosować przepisy właściwe dla każdej z wyodrębnionych części. Łączna wartość części zamówienia do których może znaleźć zastosowanie art. 6a nie może przekroczyć 20 % wartości całego zamówienia.

W praktyce może zdarzyć się, iż część zamówienia do której znalazł zastosowanie art. 6a ustawy Pzp, będzie miała wartość poniżej 14 000 euro. Z literalnej wykładni art. 6a ustawy Pzp, wynika, iż postępowanie dotyczące tej części będzie zwolnione z procedur przewidzianych w ustawie Pzp (przepisem właściwym dla takiej części zamówienia, będzie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający, który skorzysta z dobrodziejstwa art. 6a ustawy Pzp, nie może jednak zapominać o ogólnej normie z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą podział zamówienia na części nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy. Ponieważ konsekwencje zastosowania powyższych regulacji mogą być daleko idące: zamawiający w skrajnych przypadkach nie stosuje ustawy Pzp do postępowań na części obejmujące łącznie do 20 % wartości zamówienia, podział zamówienia na części musi być obiektywnie uzasadniony (co oznacza, iż jedynym celem podziału nie może być uzyskanie części zamówienia o wartościach poniżej progu bagatelności).

System kwalifikowania wykonawców w zakresie zamówień sektorowych

1. Wstęp

Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, oprócz implementacji dyrektywy obronnej, wdraża do polskiego systemu prawnego również przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tzw. dyrektywy sektorowej, dotyczące systemów kwalifikowania wykonawców.

Wprowadzone do ustawy Prawo zamówień publicznych nowe art. 134a – 134e w odniesieniu do zamówień sektorowych stwarzają możliwość tworzenia i utrzymywania przez zamawiających – systemów kwalifikowania wykonawców, mających polegać na prowadzeniu wykazu wykonawców spełniających określone warunki podmiotowe dotyczące konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

Zasady systemu kwalifikowania wykonawców zostały określone w art. 41, art. 53 oraz załączniku XIV dyrektywy sektorowej. Zgodnie z regulacjami dyrektywy sektorowej zamawiający mogą tworzyć na własne potrzeby systemy kwalifikacji wykonawców, zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami, które według uznania podmiotów zamawiających, mogą dotyczyć możliwości wykonawców lub charakterystyki robót budowlanych, dostaw lub usług objętych systemem.

Narzędzie w postaci systemu kwalifikowania powinno stanowić udogodnienie dla zamawiających oraz usprawnić proces udzielania zamówień sektorowych, gdyż pozwoli ograniczyć czynności o charakterze powtarzalnym, dotyczące oceny zdolności kandydatów do należytego wykonania określonych kategorii zamówień.

2. Definicja

Wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 12 października 2012 r. do polskiego porządku prawnego system kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, na podstawie wcześniej przeprowadzonych procedur kwalifikacji obejmujących konkretną kategorię zamówień sektorowych. W wykazie zamieszczani będą wykonawcy, spełniający warunki podmiotowe określone przez

zamawiającego dla określonej kategorii zamówień. Umieszczenie wykonawcy w wykazie zakwalifikowanych wykonawców oznaczać będzie pozytywną ocenę zamawiającego, co do zdolności konkretnego wykonawcy do wykonania zamówień objętych daną kategorią zamówień sektorowych.

Zgodnie z art. 134a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może ustanowić system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców spełniających warunki wskazane przez zamawiającego w publicznym ogłoszeniu, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców.

Ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców jest fakultatywne i podyktowane wyłącznie potrzebami zamawiającego wynikającymi z prowadzonej działalności w odniesieniu do konkretnej kategorii zamówień sektorowych. Potrzeba ustanowienia takiego systemu będzie mieć szczególne uzasadnienie w odniesieniu do zamówień powtarzalnych, o częstotliwym charakterze. System ustanawiany jest stosownie do potrzeb zamawiającego na czas oznaczony.

System kwalifikowania może mieć podwójne zastosowanie.

Po pierwsze, służy do usprawnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwarzając domniemanie, iż wpisani do wykazu wykonawcy są zdolni do prawidłowego wykonania zamówienia objętego daną kategorią zamówień. Wykonawcy dopuszczeni do systemu, w odniesieniu do zamówień nim objętych są zwolnieni z obowiązku przedkładania wymaganych w konkretnych postępowaniach dokumentów i zaświadczeń potwierdzających spełnianie przez nich warunków określonych przez zamawiającego, np. w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia danej działalności, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, ich sytuację finansową i potencjał ekonomiczny czy też nie podlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu

Po drugie, ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania może stanowić etap wszczynający konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w których będą mogli uczestniczyć wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do systemu kwalifikowania u danego zamawiającego. W tym przypadku zamawiający wszczyna postępowanie o zamówienie publiczne publikując ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania. Dopuszczonymi do udziału w postępowaniu – składaniu ofert (przetarg ograniczony) czy też negocjacjach (negocjacje z ogłoszeniem) są wykonawcy, którzy zostali dopuszczeni do systemu kwalifikowania.

Zamawiający nie publikuje w takim przypadku odrębnego ogłoszenia o zamówieniu, którego przedmiotem są zamówienia, których dotyczy system kwalifikowania.

System kwalifikowania upraszcza zatem wyłanianie wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienia u danego zamawiającego oraz weryfikację jakościową cech robót, dostaw lub usług objętych systemem. Ustalona przy ustanowieniu systemu, obowiązująca dla powtarzalnych zamówień zasada ich nabywania oraz jednokrotna weryfikacja wykonawcy ma umożliwić nabywanie określonego typu zamówień wielokrotnie, bez dokonywania niektórych czynności weryfikacji zdolności i wiarygodności wykonawcy podczas procedury udzielania zamówienia.

Należy mieć na uwadze, że regulacja systemów kwalifikowania zawarta w art. 134a - 134e ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest regulacją zupełną, zatem do tej instytucji w sposób odpowiedni będą mieć zastosowanie inne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w tym w szczególności przepisy jej części ogólnej.

Tytułem przykładu, ustawodawca polski nie przewidział wprost możliwości zmiany istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, takich jak opis kategorii zamówienia czy kryteria kwalifikacji, podobnie jak i zakończenia bytu systemu przed określonym w ogłoszeniu terminem jego obowiązywania.

Chociaż co do zasady należy przychylić się do możliwości modyfikowania poszczególnych elementów systemu w trakcie jego trwania, to jednakże ze względu na potrzebę zachowania przejrzystości systemu, zamawiający powinni zachować przy takich czynnościach szczególną ostrożność, zwłaszcza przy modyfikacji istotnych elementów systemu kwalifikowania wykonawców, które mają wpływ na decyzję wykonawców o ubieganie się o dopuszczenie do systemu. W takich sytuacjach odpowiednie zastosowanie będą mieć zasady modyfikacji określone w art. 12 ust. 4, art. 12 a oraz art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakultatywność instytucji oraz cel jej ustanowienia należy opowiedzieć się za możliwością wcześniejszego zakończenia przez zamawiającego działania systemu przed upływem terminu jego obowiązywania. Istnienie systemu kwalifikowania wykonawców uzasadnione jest potrzebami konkretnego zamawiającego, który powinien mieć swobodę, co decyzji w przedmiocie korzystania z tego narzędzia.

3. Zakres zastosowania

Systemy kwalifikowania mogą mieć zastosowanie wyłącznie do zamówień sektorowych, czyli 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, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, określonych w art. 132 ust. 1 pkt 1-7 ustawy Pzp, tj.:

1) poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania gazu ziemnego, ropy naftowej oraz jej naturalnych pochodnych, węgla brunatnego, węgla kamiennego i innych paliw stałych;
2) zarządzania lotniskami, portami morskimi lub śródlądowymi oraz ich udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim i śródlądowym;
3) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
4) tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami;
5) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu kolejowego, tramwajowego, trolejbusowego, koleją linową lub przy użyciu systemów automatycznych;
6) obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego;
7) świadczenia usług pocztowych.

W nowelizacji nie została przewidziana możliwość korzystania przez zamawiających sektorowych z systemów kwalifikowania ustanowionych i prowadzonych przez innych zamawiających, zatem należy uznać, iż polskie podmioty zamawiające mogą korzystać wyłącznie z ustanowionego i prowadzonego przez siebie systemu kwalifikowania wykonawców.

4. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców

Zgodnie z nowym art. 134b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający, w celu ustanowienia systemu kwalifikowania wykonawców, przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. System kwalifikowania wykonawców jest zatem inicjowany publikacją ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Ogłoszenie przekazuje się zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika XX do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tj.: http://simap.eu.int.

Zasady publikacji ogłoszeń o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców są takie same, jak dla pozostałych ogłoszeń, tj. ogłoszenie publikowane jest w całości w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz w bazie danych TED w języku, w jakim zostało sporządzone. Streszczenie ważniejszych elementów ogłoszenia publikuje się w językach urzędowych UE, przy czym za autentyczny uznawany jest jedynie tekst oryginału ogłoszenia.

Działający u zamawiającego system kwalifikowania wykonawców może obejmować wiele kategorii zamówień, jednak ze względów przejrzystości systemu właściwym jest, by w odniesieniu do każdej kategorii zamówień każdej oddzielnej kategorii publikowane było odrębne ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania.

Art. 134b ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do systemów kwalifikowania wykonawców ustanawianych na okres przekraczający 3 lata, zawiera dodatkowy wymóg corocznej publikacji ogłoszenia o ustanowieniu systemu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.. Ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców powinny być dodatkowo udostępniane przez zamawiającego na stronie internetowej przez cały okres trwania systemu.

Powyższe rozwiązania mają służyć realizacji zasady jawności i rozpowszechnieniu informacji o istniejących systemach kwalifikowania wśród potencjalnych wykonawców, w celu zapewnienia im możliwości ubiegania się o dopuszczenie do tych systemów i w ten sposób zwiększenie konkurencyjności zamówień objętych systemami kwalifikowania wykonawców.

W Załączniku XIV dyrektywy 2004/18/WE zostały wyszczególnione informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o istnieniu systemu kwalifikowania, tj.:

1) nazwa, adres, adres telegraficzny, adres elektroniczny, numer telefonu, teleksu i faksu podmiotu zamawiającego;

2) o ile dotyczy, wskazanie, czy zamówienie jest zastrzeżone dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja jest zastrzeżona w kontekście programów wsparcia pracy chronionej;

3) cel systemu kwalifikowania (opis towarów, usług lub robót budowlanych lub ich kategorii, jakie mają być zamawiane poprzez system – numery w nomenklaturze);

4) warunki, jakie powinni spełnić wykonawcy w celu zakwalifikowania w ramach systemu oraz metody, według których będą weryfikowane wszystkie te warunki. Jeżeli opis tych warunków i metod weryfikacji jest obszerny i opiera się na dokumentach dostępnych

zainteresowanym wykonawcom, wystarczy podsumowanie głównych warunków i metod oraz odniesienie do tych dokumentów;

5) okres ważności systemu kwalifikowania oraz formalności w celu jego przedłużenia;

6) informacja, czy ogłoszenie stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie;

7) adres, pod którym można uzyskać dalsze informacje i dokumentację dotyczącą systemu kwalifikowania (jeżeli inny niż adres podany w pkt 1);

8) nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, o ile dotyczy, procedury mediacyjne. Dokładne informacje na temat terminów składania odwołań oraz, jeżeli konieczne, nazwę, adres, numer telefonu i faksu oraz adres e-mail biura, od którego można uzyskać tego rodzaju informacje;

9) kryteria udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 55: „najniższa cena" lub „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie";

10) wszelkie inne istotne informacje.

5. Kategorie systemu kwalifikacji

System klasyfikowania wykonawców zawsze obejmuje przynajmniej jedną określoną kategorię zamówień sektorowych, której opis powinien być dokonywany w sposób zgodny z zasadami sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie powinien utrudniać uczciwej konkurencji oraz nie powinien zawierać wskazań znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny" (art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Odpowiednie zastosowanie do opisu kategorii zamówień objętych systemem kwalifikowania powinien mieć również art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, określający wymogi jednoznaczności, dokładności i zrozumiałości stosowanych określeń opisu przedmiotu zamówienia, gdyż informacje zawarte w opisie kategorii zamówień systemu kwalifikowania stanowią dla potencjalnych uczestników systemu podstawę podjęcia decyzji o przystąpieniu do konkretnego systemu kwalifikowania. Do opisu kategorii systemu kwalifikowania należy stosować nomenklaturę Wspólnego Słownika Zamówień (CPV).

6. Warunki kwalifikacji do systemu kwalifikowania wykonawców

Do określania warunków systemu kwalifikowania wykonawców zastosowanie mają przepisy dotyczące formułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Odmowa dopuszczenia wykonawcy

do udziału w systemie może być oparta tylko na kryteriach kwalifikacji określonych dla danego systemu.

Celem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wspomaganie procesu prawidłowego wydatkowania pieniędzy publicznych poprzez udzielanie zamówień wyłącznie wykonawcom dającym rękojmię ich należytego wykonania. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia można podzielić na warunki pozytywne, określone ogólnie w art. 22 ustawy Pzp, dotyczące posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, których spełnienie warunkuje udział w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz warunki negatywne, dotyczące wiarygodności wykonawcy, określone w art. 24 ustawy Pzp, których wystąpienie eliminuje możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w odniesieniu do zamówień sektorowych o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp mogą odstąpić od obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem w odróżnieniu od zamówień klasycznych, szerszy jest zakres swobody zamawiających udzielających zamówień sektorowych w procesie kwalifikacji wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Art. 138c ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ma również zastosowanie do ustalania przez zamawiającego warunków na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców dotyczących określonej kategorii zamówień sektorowych.

Warunki kwalifikowania wykonawców nie mogą jednak być dowolne. Powinny być obiektywne, nie mogą zaś być arbitralne lub irracjonalne, tzn. formułować wymogów, które nie mają żadnego związku z wykonaniem zamówień. Warunki powinny także być adekwatne do danej kategorii zamówień sektorowych. Przy ustalaniu podstaw kwalifikowania zamawiający musi kierować się zasadą niedyskryminacji wynikającą z przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jak i szerszą zakresowo regułą równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, wyrażoną w przepisach dyrektywy 2004/17/WE. Wymagania administracyjne, techniczne czy finansowe w ramach każdej z kategorii zamówień sektorowych powinny być jednolicie wymagane od wszystkich potencjalnych wykonawców, z zastrzeżeniem, że wnioski o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców mogą również być składane przez grupy wykonawców. Identycznie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego, dopiero

przed zawarciem konkretnej umowy w sprawie zamówienia sektorowego zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie składających wniosek o dopuszczenie do udziału w systemie kwalifikowania.

Do oceny, czy wykonawca spełnia warunki określone w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania zastosowanie ma art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca może zatem polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówień. Wykonawca powinien wykazać, że zasoby podmiotów trzecich będą faktycznie dostępne dla niego w całym okresie obowiązywania systemu kwalifikacji.

7. Kwalifikacja wykonawców

Wykaz zakwalifikowanych do systemu wykonawców sporządza, aktualizuje oraz prowadzi zamawiający przez czas określony w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. Polskie przepisy nie przewidują możliwości ograniczania liczby wykonawców uczestniczących w systemie na innej podstawie, niż na podstawie obiektywnych warunków określonych przez zamawiających w publicznym ogłoszeniu o ustanowieniu systemu.

Procedura kwalifikowania wykonawców odbywa się na podstawie wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w systemie, złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wnioski mogą być wnoszone w całym okresie obowiązywania systemu. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku na wybranie wykonawców dopuszczonych do udziału w systemie, przy czym o dopuszczeniu albo odmowie dopuszczenia do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców zamawiający powinien powiadomić wykonawcę niezwłocznie, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wraz z wnioskiem wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału określonych przez zamawiającego. Na żądanie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o istnieniu systemu, wykonawcy powinni złożyć również dokumenty

potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pod rygorem niedopuszczenia do systemu. Co do zasady, dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie delegacji przewidzianej w art. 25 Pzp. W procedurach udzielania zamówień sektorowych oraz na potrzeby systemu kwalifikowania wykonawców zamawiający mogą żądać również innych dokumentów, jednak pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowaniem procesu kwalifikacji wykonawców do systemu kwalifikowania wykonawców będzie sporządzenie przez zamawiającego wykazu zakwalifikowanych wykonawców, podzielonego na odpowiednie kategorie zamówień sektorowych. Wykaz jest jawny i powinien być udostępniany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Wykaz nie ma jednak charakteru statycznego i w okresie obowiązywania systemu podlegać może zmianom, np. w wyniku aktualizacji wniosków złożonych przez wykonawców lub składania nowych wniosków.

Zgodnie z art. 134d ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczenie do systemu kwalifikowania oznacza dla wykonawcy zwolnienie z obowiązku przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone dokumenty są aktualne w rozumieniu odrębnych przepisów.

Wprawdzie aktualizacja złożonego wniosku jest prawem wykonawcy, nie zaś jego obowiązkiem, to wykonawcy powinni dbać o aktualność dokumentów składanych, pod rygorem utraty możliwości korzystania z udogodnień wynikających z wcześniejszego dopuszczenia do systemu kwalifikowania wykonawców.

8. Zastosowanie systemu kwalifikacji wykonawców w procedurach przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem

W odniesieniu do zamówień sektorowych objętych systemem kwalifikowania wykonawców, nowa regulacja zezwala zamawiającym na odstąpienie od konieczności odrębnego ogłaszania o tych zamówieniach w przypadku zastosowania trybów przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Stosownie do nowego art. 134e ust. 1 ustawy Pzp, wszczęcie postępowań w tych trybach będzie mogło nastąpić przez zamieszczenie ogłoszenia o ustanowienia systemu

kwalifikowania wykonawców w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym celu ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikacji powinno zawierać stosowne zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. W takiej sytuacji, za dopuszczonych do udziału w postępowaniu będą uważani wyłącznie wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, do określonej kategorii zamówień sektorowych.

Brak konieczności ponownego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za jedną z podstawowych korzyści dla zamawiającego, wynikającą z utworzenia systemu kwalifikowania.

Zastosowanie ogłoszenia o ustawieniu systemu kwalifikowania wykonawców do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie będzie jednak możliwe w odniesieniu do innych procedur udzielania zamówień np. przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zainteresowani zwiększeniem konkurencji, poprzez udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia również innych podmiotów niż dopuszczone do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, powinni do wszczęcia postępowań o udzielenie zamówienia zastosować stosowne ogłoszenia o zamówieniu sektorowym, inne jednak niż ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców.

Podsumowanie

Wprowadzenie do polskiego systemu zamówień sektorowych możliwości stosowania przez zamawiających systemów kwalifikowania wykonawców wynika z implementacji przepisów dyrektywy 2004/17/WE.

System kwalifikowania wykonawców polega na prowadzeniu przez zamawiającego wykazu wykonawców, co do których przeprowadzono procedurę sprawdzającą dotyczącą spełniania określonych przez zamawiającego warunków podmiotowych w zakresie konkretnej kategorii zamówień sektorowych.

System jest jawny i ustanawiany jest na czas określony. Ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców podlega opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Nowe narzędzie powinno sprzyjać odbiurokratyzowaniu procesu udzielania zamówień sektorowych poprzez rezygnację z obowiązku żądania dokumentów od wykonawców objętych systemem kwalifikowania.

Celem nowej regulacji jest umożliwienie zamawiającym zaoszczędzenie czasu oraz kosztów związanych z procedurą weryfikacji oraz przedstawiania stosownych dokumentów przez wykonawców oraz umożliwienie zamawiającemu dysponowania pulą potencjalnych

wykonawców, gdy zamierza on udzielić zamówienia w trybie negocjacyjnym lub ograniczonym.

Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Wprowadzenie

Przepisy dotyczące podwykonawstwa to – obok rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji – jedna z głównych nowości wprowadzonych ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), dalej: ustawa nowelizująca, w ślad za dyrektywą obronną[2], do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; Nr 161, poz. 1078; Nr 182, poz. 1228; z 2011 r. Nr 5, poz. 13; Nr 28, poz. 143; Nr 87, poz. 484; Nr 234, poz. 1386; Nr 240, poz. 1429; z 2012 r. poz. 769, 951, 1101 i 1271), dalej: ustawa, i jeden z głównych elementów wyróżniających sposób uregulowania postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na tle ogólnego reżimu udzielania zamówień publicznych.[3]

W przypadku zamówień udzielanych na podstawie przepisów dodawanego ustawą nowelizującą rozdziału 4a w dziale III ustawy zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, przy czym poziom ten nie może przekraczać 30 % wartości udzielonego danemu wykonawcy zamówienia. Co więcej, ustawa nowelizująca przewiduje wybór podwykonawców w drodze konkurencyjnego postępowania wszczynanego publikacją ogłoszenia o podwykonawstwie. Taka procedura znajduje zastosowanie zawsze, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, a także jeżeli zamawiający zobowiąże do tego wykonawcę w odniesieniu do części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Celem tych przepisów jest ułatwienie dostępu do rynku zamówień małym i średnim przedsiębiorstwom, którym byłoby trudno ubiegać się o udzielenie zamówienia samodzielnie,

---

[2] dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76)

[3] por. przygotowaną przez Dyrekcję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług *Guidance note on Subcontracting* opublikowaną na stronie internetowej Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-subcontracting_en.pdf.
Polskie tłumaczenie noty można znaleźć w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Warszawa 2011, str. 169 i nast.

przy jednoczesnym zagwarantowaniu im równych szans w ubieganiu się o podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego.

Definicje

Umowa o podwykonawstwo została zdefiniowana w art. 131m ust. 2 ustawy jako pisemna umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a co najmniej jednym innym podmiotem.

Jednocześnie za taki inny podmiot, tj. za podwykonawcę, na mocy 131u ust. 1, nie uznaje się podmiotów powiązanych z wykonawcą ani podmiotów wchodzących w skład grupy utworzonej w celu ubiegania się o zamówienie, ani podmiotów powiązanych z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy.

Wymagania w zakresie podwykonawstwa

Udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamawiający może nałożyć na wykonawcę szczególne wymagania dotyczące podwykonawstwa, o których ma obowiązek poinformować na możliwie wczesnym etapie postępowania, tj. w ogłoszeniu o zamówieniu. Inaczej niż w przypadku bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji, gdzie wyliczenie możliwości dostępnych zamawiającemu nie jest wyczerpujące, katalog dopuszczalnych wymagań w zakresie podwykonawstwa, zawarty w art. 131g ust. 3 i 131m ust. 1 ustawy, ma charakter zamknięty. Mogą one obejmować:

- wzorem zamówień objętych reżimem ogólnym – zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, oraz podania wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiotu umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani;
- zobowiązanie wykonawcy do poinformowania zamawiającego o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia;
- zobowiązanie wykonawcy do wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu – w odniesieniu do wszystkich lub niektórych planowanych przez wykonawcę umów o podwykonawstwo;
- zobowiązanie wykonawcy do zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu (ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa);

- zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego oraz poinformowania o podwykonawcach, których wykonawca już wybrał.

Wszystkie wymienione rozwiązania mają charakter fakultatywny i ich zastosowanie zostało uzależnione od decyzji zamawiającego podejmowanej w konkretnym postępowaniu.

Formularz ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[4] zawiera dedykowaną podwykonawstwu część II.1.7 umożliwiającą poinformowanie wykonawców o wymaganiach zamawiającego dotyczących podwykonawstwa.

Ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa

Przepis art. 131m ustawy przyznaje zamawiającemu uprawnienie do zobowiązania wykonawcy do powierzenia realizacji określonego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu poprzez wskazanie minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Zamawiający, który zamierza skorzystać z przysługującego mu uprawnienia w tym zakresie, musi poinformować o tym w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazując przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny odsetek wartości umowy, co do którego zobowiązuje wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo. Inaczej mówiąc, zamawiający określa minimalny poziom podwykonawstwa, podając w ogłoszeniu dwie wartości: dolną i górną granicę podwykonawstwa rozumianego jako odsetek wartości głównego zamówienia, którego realizację wykonawca jest zobowiązany powierzyć podwykonawcom. Zarazem ustawa ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu drugiej z tych wartości, wskazując, że łączna wartość umów o podwykonawstwo objętych omawianym obowiązkiem nie może przekraczać 30 % udzielanego zamówienia. Tym samym, zamawiający może określić minimalny poziom podwykonawstwa poprzez wskazanie dwóch wartości mieszczących się w przedziale od > 0 % do 30 % wartości udzielanego zamówienia.

Wykonawca wskazuje w ofercie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia powyższych wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa. Każdy procent wartości umowy mieszczący się w przedziale określonym

[4] wzór ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony w załączniku XVI do rozporządzenia wykonawczego Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie nr 1564/2005 (Dz. Urz. UE L 222 z 27.8.2011, str. 1)

przez zamawiającego uznaje się za realizujący wymagania zamawiającego dotyczące podwykonawstwa.

Jednocześnie za spełniające wymagania zamawiającego w tym zakresie nie uznaje się, zgodnie z art. 131u ustawy, umów zawartych przez wykonawcę z podmiotami powiązanymi i podmiotami wchodzącymi w skład grupy utworzonej w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie, ani z podmiotami powiązanymi z podmiotami wchodzącymi w skład tej grupy. Wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty wykaz tych podmiotów oraz na bieżąco go uaktualniać.

Wszystkie części zamówienia wskazane przez wykonawcę w celu spełnienia wymagań dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa muszą być powierzone podwykonawcom wybranym w konkurencyjnym postępowaniu, o czym niżej.

Należy przy tym pamiętać, że na podstawie art. 131p ust. 1 ustawy wykonawcy przysługuje jednocześnie uprawnienie do powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia w części wykraczającej poza minimalny poziom podwykonawstwa ustalony przez zamawiającego.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zamawiający, określając w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny poziom podwykonawstwa, tj. zobowiązując wykonawcę do zawarcia umów o podwykonawstwo stanowiących ustalony odsetek wartości głównego zamówienia, nie ma wpływu na to, które konkretnie części zamówienia zostaną powierzone podwykonawcom celem osiągnięcia wymaganego minimalnego poziomu podwykonawstwa. Zamawiający może natomiast mieć wpływ na to, które spośród części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom niezależnie od wymagań zamawiającego dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa, zostaną powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym. Tyle że i w tym przypadku wpływ zamawiającego jest ograniczony, bowiem opiera się na wyborze dokonanym w ofercie przez wykonawcę.

Wybór podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców zostało uregulowane w art. 131n ustawy.

Jak to zostało wyżej wspomniane, wykonawca jest zobowiązany do wyłonienia podwykonawców w postępowaniu konkurencyjnym zawsze, gdy zamawiającym korzysta z przysługującego mu uprawnienia do określenia minimalnego poziomu podwykonawstwa.

Ponadto, jeżeli wykonawca zamierza zawrzeć umowy o podwykonawstwo w zakresie wykraczającym ponad minimalny poziom podwykonawstwa określony przez zamawiającego, informuje o tym zamawiającego, wskazując, które części zamówienia zamierza powierzyć

podwykonawcom ponad poziom minimalny, a zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wskazania, które z tych części powinny zostać powierzone w postępowaniu konkurencyjnym.

Podobnie w sytuacji, gdy zamawiający nie określa minimalnego poziomu podwykonawstwa, a wykonawca zamierza zlecić realizację części lub całości zamówienia podwykonawcom, zamawiającemu przysługuje uprawnienie wskazania, w oparciu o decyzję wykonawcy, części zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom w postępowaniu konkurencyjnym.

Aby realizacja omawianych uprawnień zamawiającego była możliwa, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim, a w przypadku, gdy zamawiający korzysta z uprawnienia do ustalenia minimalnego poziomu podwykonawstwa, powinien zobowiązać wykonawcę do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podmiotom trzecim w zakresie wykraczającym ponad ten poziom minimalny.

Umowy o wartości powyżej tzw. progów unijnych

W przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 400 000 euro[5] oraz robót budowlanych o wartości co najmniej 5 000 000 euro[6] wykonawca, któremu udzielono zamówienia, wszczyna postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców, publikując ogłoszenie o podwykonawstwie. Przepisy dotyczące ogłoszenia o zamówieniu stosuje się odpowiednio. Oznacza to, w szczególności, że wykonawca przekazuje ogłoszenie o podwykonawstwie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pisemnie faksem lub drogą elektroniczną za pomocą strony internetowej http://simap.europa.eu. Przy ustalaniu wartości umowy o podwykonawstwo wykonawca stosuje odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia (zob. art. 32-35 ustawy).

Wykonawca nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia o podwykonawstwie, jeśli zachodzi którakolwiek z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

[5] zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650) równowartość kwoty 400 000 euro wynosi 1 607 840 złotych

[6] zgodnie z cyt. rozporządzeniem w sprawie kursu złotego równowartość kwoty 5 000 000 euro wynosi 20 098 000 złotych

Ogłoszenie o podwykonawstwie[7] musi przede wszystkim zawierać opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podwykonawcę. Oprócz kryteriów selekcji jakościowej podwykonawców (warunków udziału w postępowaniu) przewidzianych przez zamawiającego, opis ten może obejmować wszelkie inne kryteria, jakie wykonawca zamierza zastosować do wyboru podwykonawców i oceny ich ofert, o ile będą one obiektywne, niedyskryminujące i spójne ze sposobem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału stosowanym przez zamawiającego przy wyborze wykonawcy głównego zamówienia.

W toku postępowania w sprawie wyboru podwykonawców wykonawca jest obowiązany działać w sposób przejrzysty i przestrzegać zasad równego traktowania i niedyskryminacji.

Postępowanie w sprawie wyboru podwykonawców może prowadzić do zawarcia umowy ramowej. W takiej sytuacji umowy o podwykonawstwo zawierane są na warunkach określonych w umowie ramowej. Z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, uwzględniając cykl życia produktów oraz trudności techniczne, jakie spowodowałaby zmiana wykonawcy, okres, na jaki jest zawierana umowa ramowa, nie może przekroczyć siedmiu lat.

Wykonawca nie ma obowiązku zawierania umowy o podwykonawstwo, jeżeli żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców albo żadna ze złożonych ofert nie spełniają wymagań określonych w ogłoszeniu o podwykonawstwie, wskutek czego wykonawca nie może spełnić wymagań zamawiającego w zakresie podwykonawstwa.

Umowy o wartości poniżej tzw. progów unijnych

Publikacja ogłoszenia o podwykonawstwie nie jest obowiązkowa w przypadku umów o podwykonawstwo dotyczących dostaw lub usług o wartości nie przekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 400 000 euro oraz robót budowlanych o wartości poniżej 5 000 000 euro. Zarazem ustawa dopuszcza publikację takiego ogłoszenia, niezależnie od wartości umowy o podwykonawstwo, zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym.

W przypadku tego rodzaju umów o podwykonawstwo ustawa nakłada jedynie na wykonawcę obowiązek stosowania zasad traktatowych, w szczególności zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i działania w sposób przejrzysty.

[7] wzór ogłoszenia o podwykonawstwie został określony w załączniku XVIII do rozporządzenia 842/2011

Możliwość odrzucenia podwykonawców

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a także na każdym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiającemu przysługuje, na mocy art. 131r ust. 1 ustawy, uprawnienie do odrzucenia proponowanego podwykonawcy, w stosunku do którego zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym ze względu na bezpieczeństwo dostaw, bezpieczeństwo informacji albo zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, lub który nie spełnia przewidzianych dla wykonawcy zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

Do podwykonawców znajdują zastosowanie te same przesłanki wykluczenia, które obowiązują w przypadku wykonawców (zob. art. 131e ust. 1 ustawy). Z kolei do oceny spełniania przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu stosuje się odpowiednio opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę z uwzględnieniem opisu przedmiotu umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, że stawiane podwykonawcom warunki muszą być związane z przedmiotem tej umowy oraz być do przedmiotu tej umowy proporcjonalne.

Odrzucając podwykonawcę, zamawiający ma obowiązek poinformowania wykonawcy, który go proponował, o powodach swojej decyzji.

Odpowiednikiem omawianego uprawnienia zamawiającego po stronie wykonawcy jest obowiązek wskazania w ofercie wszystkich proponowanych podwykonawców wraz z przedmiotem umów, dla których zostali wybrani, zaś na etapie realizacji zamówienia obowiązek informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców. Dlatego też wskazane jest, by zamawiający, celem umożliwienia sobie realizacji uprawnień w tym zakresie, nałożył na głównego wykonawcę odpowiednie obowiązki informacyjne.

Podsumowanie

Reasumując, ustawa przewiduje możliwość nałożenia przez zamawiającego na wykonawcę szeregu wymagań w zakresie podwykonawstwa, które mogą, w szczególności, dotyczyć obowiązku wyboru podwykonawców w konkurencyjnym postępowaniu albo obowiązku zlecenia określonego przez zamawiającego odsetka wartości zamówienia podwykonawcom. Poza tym ustawa przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo, jeżeli podwykonawcy proponowani przez wykonawcę nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w tym tych dotyczących bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw.

KONTROLA
UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przykłady stwierdzonych w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń dotyczących nieuprawnionego udzielania zamówień publicznych bez stosowania przepisów Pzp w związku z nieprawidłową interpretacją definicji legalnej pojęcia „zamówienia publiczne", zawartej w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Pzp

Zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych.

Analiza treści przywołanego przepisu wskazuje zatem na istnienie trzech przesłanek, których łączne zaistnienie powoduje uznanie umowy za zamówienie publiczne. Przesłankami tymi są:

1. odpłatny charakter umowy,
2. fakt zawierania umowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, oraz
3. przedmiot umowy, który musi obejmować nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych.

Poniżej przedstawione zostały przykłady wyników kontroli Prezesa UZP, w których stwierdzono naruszenie przez zamawiających przepisów art. 7 ust. 3 ustawy, w związku z błędnym stosowaniem niniejszej definicji legalnej, prowadzącym do nieuprawnionego udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu bez stosowania przepisów Pzp.

Warto wskazać, iż najczęstsze błędy popełniane przez zamawiających dotyczą w ramach niniejszej problematyki interpretacji przesłanki odnoszącej się do odpłatnego charakteru umów. Zaprezentowane poniżej przypadki świadczą, iż odpłatność obejmuje nie tylko świadczenia pieniężne, ale także wzajemne świadczenia w innej postaci niż pieniężna.

Ponadto, zaprezentowane przykłady niezgodnego z ustawą PZP udzielenia zamówień bez stosowania przepisów ustawy wskazują, iż dla uznania umowy za umowę o zamówienie publiczne nie ma znaczenia czy będzie ona miała formę umowy dzierżawy, najmu, lub jakiejkolwiek innej umowy nazwanej lub nienazwanej. Od nazwy umowy zawartej między stronami istotniejszy jest bowiem cel oraz skutek stosunku prawnego łączącego wykonawcę oraz zamawiającego. Jednocześnie należy dodać, iż Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23 listopada 2012 r. (sygn. akt V Ca 2497/12) wskazał, iż umowa zawarta poza ustawą, również stanowi umowę w sprawie zamówienia publicznego, o ile odpowiada definicji legalnej zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 ustawy PZP). Umową o zamówienie publiczne jest bowiem zgodnie z wyrażonym przez Sąd poglądem każda umowa, która odpowiada definicji legalnej zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 PZP) bez względu na to czy została zawarta po przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów przewidzianych w ustawie PZP, czy też jej zawarcie nastąpiło bez stosowania ustawy (np. na podstawie wyłączenia wskazanego w art. 4 pkt 1 lit. a ustawy PZP).

Mając na uwadze powyższe, w dalszej części przedstawione zostały przykłady stwierdzonych w toku kontroli Prezesa UZP naruszeń, o których mowa w tytule niniejszego artykułu.

KND/11/12

W dniu 5 lipca 2010 r., Zamawiający Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w O., zawarł z Wykonawcą Zakład Remontowo Budowlany M. umowę o dzieło polegającą na rozbiórce budowli „Zakładu żwirowni" zlokalizowanej na działkach w B. Umowa obejmowała:

1. wykonanie projektu technologii i organizacji rozbiórki, zapewnienie nadzoru prowadzonych robót przez osobę legitymującą się stosownymi uprawnieniami,
2. wygrodzenie i oznakowanie terenu rozbiórki,
3. demontaż konstrukcji stalowej wraz z urządzeniami technicznymi posadowionymi na fundamentach i płytach drogowych. Urządzenia te to m.in.:
   - przesiewacz kruszywa,
   - przenośniki taśmowe,
   - kruszarka stożkowa,

- podajnik wibracyjny,
- zasobnik buforowy,

Szacunkowy tonaż ww. urządzeń to ponad 60 t.

4. wyburzenie fundamentów żelbetowych i betonowych (kilkadziesiąt sztuk, orientacyjna kubatura – około 100 m^3),
5. usunięcie płyt drogowych,
6. likwidacja tymczasowych obiektów budowlanych (pierwszy wykorzystywany jako biuro oraz drugi wykorzystywany jako pomieszczenie socjalne),
7. transport materiałów z rozbiórki na odległość do 10 km,
8. uporządkowanie terenu.

Zgodnie z § 6 ww. umowy, Zamawiający zobowiązał się wypłacić Wykonawcy w ciągu 6 tygodni od dnia odbioru dzieła, wynagrodzenie w wysokości 300 000,00 zł netto (co stanowi równowartość 78 145,35 euro), powiększone o podatek VAT w wysokości 22%, tj. 366 000,00 zł brutto.

Z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji oraz wyjaśnień wynika, iż zawarcie ww. umowy nastąpiło bez stosowania przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą".

W odpowiedzi na prośbę Urzędu Zamówień Publicznych o podanie faktycznych oraz prawnych podstaw uzasadniających udzielenie przedmiotowego zamówienia bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r., wyjaśnił, co następuje:

„*Umowę na rozbiórkę przedmiotowego obiektu bez stosowania procedury zamówień publicznych zawarto z uwagi na fakt, iż w ocenie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w O. wykonane roboty nie mogą być kwalifikowane jako zamówienie publiczne. Przepis art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje pojęcie zamówienia publicznego jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W omawianej sprawie zamawiającym był Pan A. zobowiązany do wykonania rozbiórki przedmiotowej żwirowni. Pan A. jest osobą prywatną, do której nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych. Tut. organ wykonał obowiązek obciążający zobowiązanego na jego koszt i niebezpieczeństwo (art. 127 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji stanowi, że wykonanie zastępcze stosuje się, gdy egzekucja dotyczy obowiązku wykonania czynności, którą można zlecić innej osobie do*

wykonania za zobowiązanego na jego koszt). Środki wydatkowane na wykonanie zastępcze pochodzą de facto od osoby zobowiązanego, a tut. organ jedynie „założył" je w celu szybszego i sprawnego wykonania obowiązku. Roboty były wykonane niejako w imieniu zobowiązanego i na jego rzecz, tut. organ był jedynie ogniwem pośredniczącym.

Obowiązek rozbiórki przedmiotowego obiektu wynikał z ostatecznej decyzji M. Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. z dnia 16.12.2009 r. (...) orzekającej o uchyleniu w całości decyzji tut. organu z dnia 03.07.2009 r. o symbolu (...) i orzeczeniu nakazu – inwestorowi Panu A. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo P. – dokonania rozbiórki wybudowanej bez wymaganego pozwolenia na budowę budowli „Zakładu żwirowni" zlokalizowanej (...) w B.. Wobec braku wykonania obowiązku przez zobowiązanego tut. organ był zobowiązany wyegzekwować wykonanie obowiązku. Przedmiotowy obiekt stwarzał realne zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego oraz mienia w wielkich rozmiarach poprzez zawężenie i przegrodzenie koryta rzeki Wisły. Powstało więc realne zagrożenie powodziowe dla miejscowości B., tym bardziej, że już w czasie powodzi w maju 2010 r. zagrożenie się zaktualizowało, gdy wezbrana rzeka niemal osiągnęła koronę wałów przeciwpowodziowych, które w znacznym stopniu nasiąknęły wodą. Szybkie i sprawne wykonanie rozbiórki obiektu w znacznej części ograniczyło zagrożenie podczas powodzi we wrześniu 2010 r.

Zawierając umowę na rozbiórkę przedmiotowej żwirowni, tut. organ co prawda nie działał w oparciu o przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednak wyłaniając wykonawcę posłużył się procedurą określoną w art. 69 i następne ustawy. Przedmiotowe roboty mieszczą się w dyspozycji art. 70 ustawy. Roboty budowlane są usługami powszechnie dostępnymi, na rynku (nawet lokalnym) działa wiele podmiotów oferujących podobny zakres usług. Jednocześnie z uwagi na specyfikę robót jakimi są roboty rozbiórkowe można mówić o ustalonych standardach jakości, nie można rozbiórki wykonać w lepszej lub gorszej jakości, likwidacja obiektu budowlanego ma stałą niezmienną jakość. Jednocześnie kwota jaką wydano na te roboty jest niższa od kwoty określonej w art. 70 ustawy. Ustawa w trybie zapytania o cenę przewiduje zaproszenie do składania ofert nie mniej niż 5 wykonawców. W niniejszym postępowaniu zapytano o cenę 7 wykonawców, a więc zadbano o warunki konkurencyjności. Ze zgłoszonych dwóch ofert (jeden wykonawca wycofał się ze względu na termin przeprowadzenia robót) wybrano ofertę najkorzystniejszą. Tak więc można przyjąć, że wymogi określone w ustawie Prawo zamówień publicznych zostały dochowane".

Legalną definicję „zamówienia publicznego” zawiera art. 2 pkt 13 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Dla wskazania więc, że zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, konieczne jest spełnienie następujących warunków:

- umowa musi być odpłatna,
- jej stronami muszą być zamawiający i wykonawca,
- przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Definicja ustawowa posługuje się pojęciem umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się zatem do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - w postaci wykonanej - na jego rzecz oraz w celu zaspokojenia potrzeb związanych z jego funkcjonowaniem lub realizacją przypisanych mu zadań - usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekonieczne pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

W kontekście opisanego stanu faktycznego sprawy należy zauważyć, że umowa, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce budowli „Zakład Żwirowni” zlokalizowanej przy ulicy P. w B. spełnia wskazane warunki. Stanowi bowiem umowę:

1. zawartą pomiędzy zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. organem administracji publicznej a wykonawcą przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego, będący organem rządowej administracji w terenie (tzw. administracji zespolonej), jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z treścią art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240, ze zm.) sektor finansów publicznych tworzą: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały.
2. jej przedmiotem były roboty budowlane polegające na rozbiórce obiektów budowlanych,

3. jest umową odpłatną, gdyż wykonawcy robót przysługiwało wynagrodzenie, co wprost wynika z treści § 6 ww. umowy o dzieło z dnia 5 lipca 2010 r.

W świetle powyższego, należy uznać, iż zawarcie przez Zamawiającego ww. umowy o dzieło, która ma charakter odpłatny, z Wykonawcą Zakład Remontowo – Budowlany M. w celu realizacji tytułu wykonawczego z dnia 1 lutego 2010 r. nr 1/10, na koszt i ryzyko zobowiązanego, mieści się w definicji „zamówienia publicznego" pomimo tego, że jest finansowana przez podmiot niezobowiązany do stosowania ustawy.

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż definicja legalna „zamówienia publicznego" zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp nie zawiera elementu pochodzenia środków przeznaczonych na wynagrodzenie wykonawcy z określonych źródeł, co oznacza, że zamówienie publiczne nie jest związane tylko z wydatkowaniem środków publicznych. Podobnie dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych nie przewidują dopuszczalności niestosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez instytucje zamawiające z uwagi na fakt, iż zamówienie jest finansowane bez udziału środków publicznych.

Należy także zwrócić uwagę, iż celem ustawy nie jest ustalenie zasad wydatkowania jedynie środków publicznych. Gdyby tak było, to zakres podmiotowy stosowania ustawy musiałby być ograniczony wyłącznie do podmiotów, które takimi środkami dysponują. Tymczasem art. 3 ust. 1 ustawy objęte są także podmioty prywatne, wydatkujące środki niepubliczne, jeżeli prowadzą działalność o istotnym znaczeniu publicznym lub strategicznym dla Państwa, a Państwo ma na te podmioty określony wpływ. Zakres podmiotowy stosowania ustawy wskazuje zatem na to, że obowiązkiem stosowania przejrzystych i konkurencyjnych zasad przy udzielaniu zamówień objęte są określone podmioty nie ze względu na status środków z jakich opłacane są zamówienia, ale ze względu na ich status jako podmiotów utożsamiających Państwo lub od Państwa zależnych. A zatem należy stwierdzić, że dla objęcia obowiązkiem stosowania ustawy obojętne jest, z jakich środków opłacane jest wynagrodzenie wykonawcy. Zasadnicze znaczenie ma natomiast to, jaki podmiot ma wpływ na wybór wykonawcy, tj. kto udziela zamówienia poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawarcie umowy. To zamawiający, a zatem podmiot zlecający realizację zamówienia, decyduje o dokonaniu rozporządzenia środkami finansowymi oraz ponosi z tego tytułu odpowiedzialność, nawet jeżeli wynagrodzenie wykonawcy finansowane jest ze środków pochodzących od podmiotu trzeciego.

Dodatkowo, należy podnieść, iż wykonanie zastępcze powierzone przez Zamawiającego Wykonawcy Zakład Remontowo Budowlany M., odbywało się w zakresie zadań własnych powierzonych Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego na podstawie przepisów,

a więc udzielenie zamówienia było ściśle związane z realizacją zadań własnych przez Zamawiającego.

Reasumując, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego zlecając wykonanie rozbiórki w zastępstwie zobowiązanego przez Wykonawcę, jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, był zobowiązany do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Na obowiązek powyższy nie ma wpływu okoliczność, z jakich źródeł pochodziły środki finansowe przeznaczone na wynagrodzenie wykonawcy. Zatem nawet w sytuacji, gdy rozbiórka zakładu żwirowni była finansowana ostatecznie przez podmiot niezobowiązany do stosowania ustawy, jej zlecenie stanowiło zamówienie publiczne do którego udzielenia znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce budowli „Zakład Żwirowni" zlokalizowanej w B., bez stosowania przepisów ustawy, naruszył art. 7 ust. 3 ustawy.

Błędna decyzja podjęta przez zamawiającego w tej materii skutkowała naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

KND/51/10

Pismem z dnia 06.04.2010 r. Gmina – Miasto P. przesłała zaproszenia do 30 oferentów do złożenia oferty cenowej w zakresie wynajmu wybudowanego przez oferenta z jego środków obiektu żłobka i przedszkola z wyposażeniem na nieruchomości stanowiącej własność Gminy – Miasta na Osiedlu P. w P. Szczegółowe informacje dotyczące przedmiotowego zamówienia zostały określone w załączonym do zaproszenia do składania ofert wzorze Porozumienia.

Z preambuły wzoru Porozumienia załączonego do zaproszenia do składania ofert wynika, iż przedmiotem Porozumienia jest „określenie warunków wybudowania obiektu żłobka i przedszkola oraz ich wyposażenie zgodnie z profilem działania przez wykonawcę z jego środków na nieruchomości stanowiącej własność Miasta oraz ustalenie zasad najmu przez Miasto obiektów po ich oddaniu do użytku".

Wzór Porozumienia został podzielony na trzy części: Część I – realizacja inwestycji, Część II – najem i Część III – postanowienia końcowe.

Z § 1 wzoru Porozumienia wynika, iż Miasto powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania kompleksową realizację zadania inwestycyjnego w postaci zaprojektowania i budowy obiektu przedszkola wraz z zapleczem socjalnym. Zakres inwestycji obejmował:

1) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej, łącznie z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę zgodnie z założeniami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym integralną część porozumienia,
2) wykonanie robót budowlano-montażowych prowadzących do oddania obiektu do użytku zgodnie z wykonaną stosownie do Porozumienia dokumentacją projektową.

Z § 9 ust. 5 wzoru Porozumienia wynika, iż Wykonawca zobowiązuje się do zakończenia prac budowlano-montażowych i zgłoszenia gotowości oddania obiektów do użytku do 30.07.2010 r.

W § 12 wzoru Porozumienia zawarto postanowienie, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do wyposażenia pomieszczeń żłobka i przedszkola w asortyment niezbędny do ich funkcjonowania zgodnie ze specyfikacją określoną załącznikiem nr 1 do Porozumienia.

W Części II, § 13 wzoru Porozumienia zawarte zostało postanowienie, zgodnie z którym przedmiotem najmu będzie budynek żłobka i przedszkola wybudowane zgodnie z postanowieniami Części I Postanowienia. Wynajęte obiekty przeznaczone zostaną przez Miasto – Najemcę wyłącznie na prowadzenie żłobka.

W § 14 wzoru Porozumienia zawarto postanowienia dotyczące płatności. Zgodnie z ust. 1 Miasto – Najemca zobowiązuje się płacić Wykonawcy – Wynajmującemu czynsz w terminie do 10 każdego miesiąca. W ust. 3 postanowiono, iż czynsz najmu ujmuje kwotę dzierżawy asortymentu określonego załącznikiem nr 1 do Porozumienia.

Z § 17 wzoru Porozumienia wynika, iż Wynajmujący w okresie 10 lat obowiązywania niniejszego porozumienia zobowiązuje się do nie podejmowania czynności zmierzających do sprzedaży nakładów innemu podmiotowi. Wynajmujący nie ma prawa ustanawiać na przedmiocie najmu jakichkolwiek praw na rzecz osób trzecich.

W Części III § 18 wzoru Porozumienia postanowiono, iż zostaje ono zawarte na okres 10 lat.

W dniu 08.07.2010 r. Gmina Miasto P. zawarła z firmą M. Sp. z o.o. Porozumienie Nr 11/WED/P/72/10. Treść zawartego Porozumienia w znaczący sposób różni się od treści wzoru Porozumienia, stanowiącego załącznik do zaproszenia do składania ofert przesłanego do 30 firm.

Zgodnie z treścią zawartego Porozumienia jego przedmiotem jest określenie warunków:

i. przygotowania projektu budowlanego (dalej: PB) przez Wykonawcę - Wynajmującego w oparciu o:
   - miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego (dalej: MPZP),
   - program funkcjonalno-użytkowy (dalej: PFU), stanowiący załącznik nr 3, w celu uzyskania przez Wykonawcę - Wynajmującego pozwolenia na budowę z rygorem natychmiastowej wykonalności (dalej: PnB) – na podstawie art. 108 par. 1 Kodeksu postępowania administracyjnego,

ii. opracowanie projektu wykonawczego przez Wykonawcę - Wynajmującego w oparciu o:
   - zatwierdzony przez Miasto-Najemcę PB,
   - MPZP i PFU,
   - standardy wykonania żłobka i przedszkola (dalej: SWŻP) – załącznik nr 4,

iii. realizacji przez Wykonawcę - Wynajmującego w charakterze inwestora Obiektów na należącej do Miasta - Najemcy Nieruchomości (tj. działki położone w P.),

iv. wyposażenia przez Wykonawcę - Wynajmującego Obiektów w Asortyment wyspecyfikowany w załączniku nr 2,

v. najem przez Miasto - Najemcę Obiektów (tj. budynek piętrowy modułowy mieszczący żłobek i przedszkole wyspecyfikowany w załączniku nr 1) wraz z Asortymentem (tj. wyposażenie Obiektów i Nieruchomości wyspecyfikowane w załączniku nr 2), stanowiących własność Wykonawcy - Wynajmującego.

Zgodnie z § 1 ust. 4 Porozumienia Miasto - Najemca oświadcza, że wyraża zgodę na dysponowanie przez Wykonawcę - Wynajmującego Nieruchomością na cele projektowe i budowlane, a w szczególności Wykonawca - Wynajmujący jest uprawniony do realizowania na Nieruchomości robót budowlanych.

W § 5 ust. 1 Porozumienia określono, iż przedmiotem najmu będą Obiekty wraz z asortymentem na Nieruchomości.

Wynagrodzenie zostało uregulowane w § 6 Porozumienia. Zgodnie z ust. 1 z tytułu najmu Obiektów i Asortymentu Miasto - Najemca zobowiązuje się płacić Wykonawcy - Wynajmującemu czynsz w dwóch ratach rocznie w okresie obowiązywania umowy:

- pierwsza płatność w kwocie 795 594,00 zł (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) brutto w terminie do końca lutego i jest to dzień wymagalności czynszu pierwszej płatności w roku;

– druga płatność w kwocie 795 594,00 zł (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote 00/100) brutto w terminie do końca sierpnia i jest to dzień wymagalności czynszu drugiej płatności w roku.

Z § 8 ust. 5 Porozumienia wynika, iż po zakończeniu okresu najmu Miastu - Najemcy przysługuje prawo odkupu Obiektów i Asortymentu z zachowaniem przepisów prawa co do wydatkowania środków publicznych za cenę stanowiącą wartość rynkową Obiektów i Asortymentu pomniejszoną o wartość czynszu zapłaconego przez Miasto - Najemcę w trakcie trwania Porozumienia, która to wartość zostanie oszacowana przez rzeczoznawcę majątkowego na koszt Miasta - Najemcy, a jeżeli wartość wyliczona w ten sposób byłaby ujemna lub zerowa – za kwotę stanowiącą połowę kosztu sporządzenia dokumentacji projektowej rozbiórkowej Obiektu.

Biorąc pod uwagę przedstawiony wyżej stan faktyczny sprawy, należy wskazać, iż Gmina Miasto P. zawarła Porozumienie, udzielając *de facto* zamówienia publicznego, bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w przepisie art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania.

Wyjaśniając czy zamawiający w przedmiotowej sprawie stosował ustawę Prawo zamówień publicznych czy też odstąpił od jej stosowania, Prezydent Miasta P., stwierdził, iż w ramach przedmiotowego zadania Gmina Miasto P. jest najemcą obiektów (budynków) 4-oddziałowego żłobka i 4-oddziałowego przedszkola. Zamawiający wskazał, iż umowa została zawarta zgodnie z art. 695 § 1 oraz art. 660 Kodeksu cywilnego oraz art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe Gmina Miasto P. nie stosowała ustawy Prawo zamówień publicznych przy wyborze oferty firmy M. Sp. z o.o.

W wyjaśnieniach zamawiający, odnosząc się do pytania czy oferent na mocy zawartej umowy miał wyłączne prawo do eksploatacji wybudowanego przez niego żłobka i przedszkola, w tym pobierania pożytków w postaci czynszu najmu płaconego przez Miasto P., wskazał, iż oferent na mocy Porozumienia ma wyłączne prawo eksploatacji wybudowanego przez niego żłobka i przedszkola do momentu wejścia w życie Porozumienia w zakresie najmu przedmiotowych obiektów. Jeśli chodzi o pytanie czy oferent ponosił jakiekolwiek ryzyko ekonomiczne związane z inwestycją czy też zamiarem stron było doprowadzenie do sytuacji, iż poprzez zapłatę czynszu najmu Miasto P. miało pokryć całość nakładów związanych z budową obiektu żłobka i przedszkola zamawiający stwierdził, iż oferent ponosi pełne ryzyko ekonomiczne związane z inwestycją. Jednocześnie zamawiający wskazał, że oferent może czerpać inne korzyści niż czynsz najmu związany z obiektem, o ile

będzie to zgodne z Porozumieniem. Odnosząc się do pytania jaki status prawny ma oferent względem wybudowanego obiektu żłobka i przedszkola Gmina Miasto P. stwierdziła, iż oferent będzie ich właścicielem.

Odpowiadając na pytanie czy przedmiotem najmu były obiekty wraz z asortymentem i infrastrukturą, zamawiający wskazał, iż przedmiotem najmu były obiekty wraz z asortymentem i infrastrukturą, umiejscowione na nieruchomości. Infrastruktura obejmowała m.in. parkingi, ogrodzenia oraz wyposażenie we wszelkie urządzenia i przewody wodociągowe, kanalizacyjne, cieplne zgodnie z ustawową definicją infrastruktury, niezbędne do prawidłowego funkcjonowania obiektu. Odnosząc się zaś do pytania czy budynek żłobka i przedszkola, o którym mowa w porozumieniu, stanowi nieruchomość w rozumieniu Kodeksu cywilnego (art. 46 k.c.) wyjaśnił, iż zgodnie z definicją nieruchomości zawartą w Kodeksie cywilnym, nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej, stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności. Na gruncie ww. przepisu można więc wyróżnić nieruchomości gruntowe, nieruchomości budynkowe i części budynków, czyli nieruchomości lokalowe. Zdaniem zamawiającego w niniejszym stanie prawnym mamy do czynienia z nieruchomością budynkową, która została złączona trwale z gruntem poprzez wzniesienie jej na fundamentach, a która ma być posadowiona z wykorzystaniem techniki budownictwa modułowego (kontenerowego). Z powyższego zamawiający wyprowadził wniosek, iż przedmiotem najmu nie są moduły ale powierzchnia nieruchomości budynkowej. Związek z gruntem na miejsce poprzez fundament zapewniający łączność z podłożem. W przestrzeni nieruchomość, będąca przedmiotem najmu, jest wydzielona za pomocą przegród budowlanych, czym spełnia definicję budynku w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane. Takie cechy pozwalają przyznać status nieruchomości w myśl obowiązujących przepisów, bez względu na technologię jej wzniesienia. Odnosząc się do pytania na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż właścicielem obiektów żłobka i przedszkola będzie oferent wyjaśnił, że o stanie własnościowym posadowionych obiektów przesądza treść zawartego w dniu 08.07.2010 r. Porozumienia nr 11/WED/P/72/10. Zamawiający wskazał w tym zakresie, że w preambule do Porozumienia podtytuł „przedmiot porozumienia" określa, iż przedmiotem najmu są stanowiące własność Wynajmującego (oferenta) obiekty wraz z asortymentem. Obiekt stanowią, będący własnością wykonawcy, budynek mieszczący żłobek i przedszkole oraz wyposażenie budynku. Przedmiotem najmu, jak podkreślił zamawiający, jest w oparciu o art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Prawo zamówień publicznych całość

funkcjonalnej powierzchni nieruchomości wzniesionej przez wykonawcę w technologii kontenerowej (modułowej) i pozostającej jego własnością.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż co do zasady budynki są częścią składową gruntu i dzielą jego los prawny (zasada *superficio solo cedit*). Jedynie w drodze wyjątku od tej zasady w obrocie prawnym mogą występować budynki stanowiące odrębny od gruntu przedmiot własności (odrębne nieruchomości). Nieruchomościami budynkowymi są budynki trwale z gruntem związane, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności (art. 46 § 1 k.c.).

Do przepisów szczególnych, na podstawie których może dojść obecnie do powstania odrębnych nieruchomości budynkowych, należą:

- art. 235 k.c. - odrębna własność budynków położonych na gruncie będącym przedmiotem użytkowania wieczystego; prawo własności budynków przysługuje użytkownikowi wieczystemu;
- art. 272 i 279 k.c. - odrębna własność budynków położonych na gruntach będących w użytkowaniu rolniczych spółdzielni produkcyjnych; prawo własności budynków przysługuje rolniczej spółdzielni produkcyjnej.

Z informacji udzielonych w toku kontroli przez zamawiającego wynika, iż w przedmiotowej sprawie żadna z ww. sytuacji nie miała miejsca, a zatem należy stwierdzić, że obiekty żłobka i przedszkola stały się częścią składową gruntu, a zatem ich właścicielem jest Gmina Miasto P.

Zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych, w celu udzielenia zamówienia w przedmiocie wykonania przez wykonawcę z jego środków na terenie należącym do zamawiającego, zgodnie z jego wymaganiami, obiektu budowlanego oraz do oddania go w najem na rzecz zamawiającego po zakończeniu budowy. Wybudowanie na gruncie należącym do zamawiającego, lecz za środki wykonawcy budynku, który po wybudowaniu zostałby oddany w najem zamawiającemu, nie może być objęte wyłączeniem przedmiotowym obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 ust. 3 lit. i) tej ustawy.

Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych powstaje, gdy podmiot należący do jednej z kategorii wymienionych w art. 3 tej ustawy, zamierza na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej udzielić wykonawcy zamówienia w przedmiocie realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych oraz jednocześnie nie zachodzi przypadek wyłączenia obowiązku stosowania tej ustawy, spośród wskazanych w art. 4 ustawy. W przepisie

art. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób enumeratywny wymienione zostały okoliczności, w których następuje wyłączenie obowiązku stosowania jej procedur. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy, jej przepisów nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności i innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawy i najmu. Powyższy przepis jako tworzący wyjątek od ogólnej zasady powinien być interpretowany ściśle. Będzie miał więc zastosowanie wyłącznie w sytuacji zakupu czy też najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego. Takie stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 października 2009 r. (sprawa: C-536/07), w którym stwierdzono, iż Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom państwa członkowskiego i naruszyła art. 7 w związku z art. 11 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. L 199, str. 54), poprzez brak przeprowadzenia przetargu zgodnie z procedurą otwartą przed zawarciem przez miasto Kolonię z prywatną spółką inwestycyjną umowy dotyczącej najmu przez miasto, na czas określony wynoszący 30 lat w zamian za całkowity czynsz wynoszący ponad 600 mln EUR, czterech hal wystawowych, które ta prywatna spółka ma zbudować zgodnie ze szczegółową specyfikacją.

Analogicznie, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.09.2009 r. (sygn. akt: II CSK 104/09) stwierdzono, iż „wyłączenie zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości (art. 4 pkt 3 lit. „i" p.z.p.), jeżeli nieruchomość ta, w szczególności budynek jeszcze nie powstała albo wymaga przeprowadzenia znacznych robót budowlanych (przebudowy, rozbudowy itp.) w rozumieniu prawa zamówień publicznych (art. 2 pkt 8 p.z.p.), w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego, a zwłaszcza, ze względu na rozmiary robót, w miarę ich postępowania, sfinansowanych przez niego".

A zatem w sytuacji gdy zamawiający zamierza wynająć nieruchomość, która odpowiadałaby jego wymaganiom, co wiąże się z koniecznością jej wybudowania, wykończenia lub modernizacji, a więc wykonania robót budowlanych, wyłączenie, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy nie będzie miało zastosowania. Przedmiotem takiego zamówienia nie będzie bowiem najem nieruchomości, ale roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy.

Punktem wyjścia dla ustalenia rzeczywistej treści zawartego pomiędzy zamawiającym a M. S. S. Sp. z o.o. porozumienia jest wykładnia art. 2 pkt 13 ustawy zawierającego definicję zamówienia publicznego oraz art. 2 pkt 8 ustawy.

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Przy czym art. 139 ust. 1 ustawy przesądza o cywilnoprawnym charakterze umów w sprawach zamówień publicznych. Powyższe unormowania wskazują, iż umowy w sprawach zamówień publicznych mają, co do zasady, charakter umów wzajemnych (dwustronnie zobowiązujących), których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, wykonywane odpłatnie przez wykonawcę. Istotą umów wzajemnych jest dwukierunkowość wzajemnych relacji stron umowy, w których każda ze stron występuje zarówno w charakterze wierzyciela, jak i dłużnika. Strony takiej umowy są zobowiązane wzajemnie do spełnienia ekwiwalentnych świadczeń. Jednocześnie należy zauważyć, iż zamówieniem publicznym może być każda umowa odpłatna, niezależnie od tego, czy jej postanowienia zawierają *essentialia negotii* właściwe dla jednego z typów umów uregulowanych w przepisach księgi trzeciej k.c., czy też nie. Oznacza to, iż zamówieniem publicznym mogą być także umowy mieszane lub umowy nienazwane.

Ustawa Prawo zamówień publicznych kwalifikuje zamówienia publiczne, ze względu na rodzaj zamówienia, na zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane. Pojęcie robót budowlanych definiuje art. 2 pkt 8 ustawy. Zgodnie z tym przepisem przez „roboty budowlane" należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zgodnie z powyższą definicją zamieszczoną w ustawie Prawo zamówień publicznych jako roboty budowlane należy traktować między innymi wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Definicja ta jest specyficzną konstrukcją prawną, właściwą dla ustawy Prawo zamówień publicznych. Można wyróżnić w niej dwa elementy, które stanowią o tym, iż w danym przypadku będziemy mieli do czynienia z robotami budowlanymi:

- wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane za pomocą dowolnych środków;

- wykonane robót budowlanych następuje zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Powyższa definicja robót budowlanych wprowadzona została do systemu prawa polskiego w związku z implementacją Dyrektywy Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. *dotyczącą koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (93/37/EWG),* zgodnie z którą zamówieniami na roboty budowlane są umowy o charakterze majątkowym, zawierane w formie pisemnej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, których przedmiotem jest między innymi wykonanie dowolnymi środkami obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego (art. 1, a)). Ustawodawca polski nieznacznie dokonał modyfikacji zapisu dyrektywy, niemniej istota powyższej definicji robót budowlanych pozostała taka sama.

Odnośnie wykładni art. 1 lit. a dyrektywy 93/37/WE należy wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18.01.2007 r. w sprawie C-220/05 (Jean Auroux). ETS dokonując wykładni pojęcia zamówienia na roboty budowlane oraz pojęcia obiektu budowlanego na gruncie dyrektywy 93/37/WE uznał, iż z zamówieniem publicznym mamy do czynienia w przypadku umowy, w której własność budynku parkingowego zostanie przeniesiona na instytucję zamawiającą dopiero po jego wybudowaniu. ETS wskazał, iż aby zostać uznanym za wykonawcę odpowiedzialnego za wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a ww. dyrektywy nie jest konieczne, aby podmiot zawierający umowę z instytucją zamawiającą był w stanie sam bezpośrednio własnymi siłami wykonać umówione świadczenie. Dodatkowo ETS stwierdził, że definicja zamówienia publicznego na roboty budowlane należy do właściwości prawa wspólnotowego i kwalifikacja takich umów w prawie krajowym pozostaje bez wpływu na ustalenie czy dane porozumienie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy. Z tez powołanego wyroku ETS wynika, iż w celu ustalenia, że dochodzi do udzielenia zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a dyrektywy 93/37/WE, wystarczające jest wykazanie, iż rezultat wykonywanych robót budowlanych ma pełnić funkcję gospodarczą lub techniczną, zamierzenie budowlane będzie realizowane zgodnie z wymogami zamawiającego, a zawierane porozumienie (umowę) będzie cechować pisemność i odpłatność.

Ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.09.2009 r. stwierdzono, iż ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 k.c.). Dla oceny prawnej nie ma znaczenia czy chodzi o umowę inwestycyjną, nazwaną w kodeksie cywilnym umową o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.), czy o umowę określoną przedmiotowo poprzez art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Wspomniane przepisy nie są ze sobą sprzeczne, zaś określenie robót budowlanych w ustawie Prawo zamówień publicznych obejmuje więcej stanów faktycznych i związanych z tym konsekwencji prawnych niż art. 647 k.c. dlatego, że odwołuje się do pojęć właściwych dla ustawy Prawo budowlane. Powyższe nie oznacza, iż przepisy te są tożsame, ale realizacja robót budowlanych, wskazanych jako takie przez prawo budowlane, następuje poprzez umowy określone w kodeksie cywilnym (art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), czyli albo przez umowę o dzieło albo przez umowę o roboty budowlane.

Analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż w sprawie tej mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na roboty budowlane. Zamawiający i wykonawca, zawierając przedmiotowe porozumienie, przewidzieli z jednej strony obowiązek wykonania określonych robót budowlanych, a z drugiej strony, obowiązek zapłaty wynagrodzenia, które było wkalkulowane w czynsz najmu budynków. Powyższe wynika w szczególności z § 8 ust. 5 Porozumienia, który stanowi, iż po zakończeniu okresu najmu Miastu - Najemcy przysługuje prawo odkupu Obiektów i Asortymentu z zachowaniem przepisów prawa co do wydatkowania środków publicznych za cenę stanowiącą wartość rynkową Obiektów i Asortymentu pomniejszoną o wartość czynszu zapłaconego przez Miasto - Najemcę w trakcie trwania Porozumienia, która to wartość zostanie oszacowana przez rzeczoznawcę majątkowego na koszt Miasta - Najemcy, a jeżeli wartość wyliczona w ten sposób byłaby ujemna lub zerowa – za kwotę stanowiącą połowę kosztu sporządzenia dokumentacji projektowej rozbiórkowej Obiektu.

W przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż możliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia następuje wyłącznie w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Postępowania prowadzone w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

KND/13/10

Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Uczelnia wyższa zawarła przed notariuszem w dniu 13 sierpnia 2007 r. z firmą E. I. S.A. dwie warunkowe umowy dzierżawy.

Konstrukcja prawna obu umów dzierżawy, które zaczęły obowiązywać ww. Strony kolejno, od dnia 1 września 2008 r. oraz od dnia 1 października 2008 r., w tym w szczególności cel ich zawarcia oraz forma płatności czynszu z tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym o wskazują, iż w przedstawionych poniżej okolicznościach faktycznych sprawy doszło do udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wybudowanie hali dydaktyczno – sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do uczelni publicznej bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W toku kontroli doraźnej ustalono bowiem w oparciu o treść ww. umów warunkowych dzierżawy, aneksów do niniejszych umów oraz wyjaśnień Zamawiającego, następujący stan faktyczny oraz prawny.

Uczelnia, zgodnie z warunkową umową dzierżawy o numerze (…) , zwanej dalej „Pierwszą Umową Dzierżawy", oddała w dzierżawę nieruchomości niezabudowane o powierzchni
10 836,58 m^2, będące jej własnością, zwane dalej „Nieruchomością", położone w K.

Stosownie do § 4 pkt 1 – 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, firma E. I. S.A., zwana dalej „Dzierżawcą" lub „Wykonawcą", przyjęła Nieruchomość do używania i pobierania pożytków, dalej „Przedmiot Dzierżawy", oraz zobowiązała się do wykorzystywania Przedmiotu Dzierżawy w celu wybudowania parkingu wielopoziomowego wraz z towarzyszącą infrastrukturą .

Okres dzierżawy został ustalony przez Strony na 30 lat z możliwością zawarcia po upływie tego czasu kolejnej umowy na co najmniej 15 lat.

Wysokość Czynszu Dzierżawnego oraz zasady jego rozliczenia zostały określone w § 10 oraz § 11 Pierwszej Umowy Dzierżawy.

A zatem, stosownie do § 10 pkt 1 oraz pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca zobowiązał się płacić czynsz w wysokości i terminach określonych w następujących sumach, tj.:

1) w kwocie 5 415,50 zł netto powiększonej o należny podatek VAT (w obowiązującej stawce), płatnej za każdy miesiąc kalendarzowy z góry w okresie od dnia wydania Przedmiotu Dzierżawy do dnia wygaśnięcia przyszłej umowy dzierżawy, zwanej dalej „Drugą Umową", która zostanie opisana poniżej;
2) w płatnej jednorazowo za cały okres dzierżawy kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę zgodnie z opisanym wyżej pkt 1;
3) w kwocie netto odpowiadającej aktualnej wysokości wszelkich podatków od nieruchomości należnych od Wydzierżawiającego w każdym miesiącu kalendarzowym w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy, a po wybudowaniu parkingu wielopoziomowego w związku z własnością Przedmiotu Dzierżawy i własnością parkingu wielopoziomowego, płatnej miesięcznie z góry przez cały okres trwania dzierżawy.

Dalej zapisy ww. § 10 Pierwszej Umowy Dzierżawy, odsyłają do postanowień § 11. Paragraf ten zawiera w pkt 1 oświadczenie Stron, które zobowiązały się do zwarcia drugiej umowy dzierżawy, zwanej dalej „Drugą Umową Dzierżawy", nieruchomości niezabudowanych położonych w K.

W ramach Drugiej Umowy Dzierżawy, Dzierżawca został uprawniony do poniesienia na ww. nieruchomości nakładów na realizację hali dydaktyczno – sportowej, które zostały jednocześnie uznane za świadczenia, w rozumieniu art. 693 § 2 Kc, oraz formę płatności czynszu w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie w kwocie 5 415,50 zł netto [według § 10 pkt 2 lit. (i) oraz (ii) Pierwszej Umowy].

Pierwsza Umowa Dzierżawy określała w § 11 sposoby rozliczenia ww. czynszu w kwocie 12 909 333,00 zł netto, płatnego jednorazowo za cały 30 letni okres dzierżawy.

Ponadto, paragraf 11 pkt 3 - 4 Pierwszej Umowy Dzierżawy przewidywał, że „w przypadku, gdy wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów na halę dydaktyczno – sportową wyniesie mniej niż 12 990 000,00 zł brutto, wówczas różnica pomiędzy tą kwotą a kosztami brutto poniesionych nakładów nie będzie podlegać potrąceniu z kwoty czynszu stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto

zapłaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie w kwocie 5 415,50 zł netto [według § 10 ust. 2 lit. (i) oraz (ii) Pierwszej Umowy].

W przypadku natomiast, gdyby wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów wyniosła więcej niż 12 990 000,00 zł brutto, a zwiększenie kosztów realizacji hali miało wynikać z przyczyn niezależnych od uczelni, Dzierżawca zrzekł się względem uczelni roszczenia o zwrot wartości nakładów na halę dydaktyczno – sportową w kwocie przewyższającej 12 990 000,00 zł brutto.

Ostatecznie czynsz w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą płaconego przez Dzierżawce czynszu w kwocie 5 415,50 netto zł miał zostać zapłacony w drodze potrącenia należności z faktury VAT wystawionej przez Dzierżawcę do kwoty 12 990 000,00 zł brutto (w związku z pozostawieniem na nieruchomości, będącej przedmiotem drugiej umowy, nakładów w postaci wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej) z należnościami z faktury VAT wystawionej przez Wydzierżawiającego z tytułu czynszu określonego w § 10 pkt 2 lit. (ii) Pierwszej Umowy Dzierżawy (tj. czynszu w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą czynszu w kwocie 5 415,50 netto płaconego przez Dzierżawce co miesięcznie do czasu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nowo wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej).

Ww. faktury miały zostać wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości wydzierżawionej Dzierżawcy w celu wybudowania ww. hali dydaktyczno – sportowej.

Potrącenie miało skutkować umorzeniem się wzajemnym ww. wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej w dniu upływu terminu ich płatności.

Jakkolwiek, gdyby wysokość kosztów poniesionych tytułem nakładów na halę wyniosła mniej niż 12 990 000,00 zł brutto, Dzierżawca w drodze osobnej faktury, zobowiązał się zapłacić Wydzierżawiającemu pozostałą kwotę czynszu, tj. różnicę pomiędzy kwotą 12 990 000,00 zł brutto, a kosztami brutto nakładów poniesionych przez Dzierżawcę.

Pierwsza Umowa Dzierżawy zaczęła obowiązywać Strony po ziszczeniu się dwóch nw. warunków zawieszających, tj.:

1) uzyskaniu przez Dzierżawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę parkingu wielopoziomowego, który obejmował także układ komunikacyjny służący Centrum Handlowemu; oraz
2) po uzyskaniu przez uczelnię decyzji o wyrażeniu zgody Ministra Skarbu Państwa na zawarcie ww. umowy.

Co do treści Drugiej Umowy Dzierżawy, jak wynika z ustaleń kontroli, ma ona charakter komplementarny względem Pierwszej Umowy Dzierżawy. Precyzuje ona prawa oraz obowiązki Stron, w ramach których, Dzierżawca zobowiązał się przede wszystkim do wykorzystania wydzierżawionej na jej podstawie nieruchomości, w celu wybudowania hali dydaktyczno – sportowej wraz z towarzyszącą infrastrukturą.

Do niniejszej Umowy załączona zastała m.in. wstępna koncepcja sposobu zagospodarowania nieruchomości oraz opis techniczny do koncepcji hali dydaktyczno – sportowej.

Ponadto, w § 6 Drugiej Umowy Dzierżawy, Strony postanowiły, iż Dzierżawca przed wystąpieniem do właściwego organu z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę hali umożliwi Wydzierżawiającemu zapoznanie się z dokumentacją techniczną będącą podstawą tego wniosku. Przedstawiciel Wydzierżawiającego, zgodnie z niniejszym zapisem, mógł w okresie 7 dni roboczych zapoznać się w siedzibie Dzierżawcy z dokumentacją techniczną będącą podstawą wniosku o pozwolenie na budowę hali dydaktyczno – sportową. W terminie 14 dni natomiast, Wydzierżawiający mógł przedstawić Dzierżawcy swoje wnioski z analizy dokumentacji, w tym uwagi.

Druga Umowa Dzierżawy przewidywała, iż ostateczną wersję dokumentacji technicznej strony uzgodnią w trybie roboczym. Wydzierżawiający uzyskał prawo do zgłaszania swoich uwag i spostrzeżeń również w trakcie realizacji procesu budowlanego hali dydaktyczno – sportowej (§ 6 Drugiej Umowy Dzierżawy).

Drugą Umowę Dzierżawy zawarto na okres 18 miesięcy, powiązując jednakże okres jej trwania z terminem uzyskania przez Wydzierżawiającego ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie hali.

Zgodnie z treścią niniejszej umowy Dzierżawca zobowiązał się płacić Wydzierżawiającemu miesięczny czynsz dzierżawny wynoszący 4 481,50 zł netto za każdy miesiąc kalendarzowy.

W § 10 Drugiej Umowy Strony potwierdziły postanowienia z Pierwszej Umowy Dzierżawy wskazując m.in., iż:

1) po upływie czasu na jaki została zawarta Druga Umowa, Dzierżawca pozostawi na wydzierżawionych nieruchomościach objętych ww. umową, nakłady związane z obowiązkiem realizacją hali dydaktyczno – sportowej z obowiązkiem rozliczenia się przez Wydzierżawiającego z nakładów pozostawionych na Przedmiocie Dzierżawy.

2) Wydzierżawiający został zwolniony z obowiązku rozliczenia się z ww. nakładów pozostawionych na nieruchomościach, których realizacja skutkowała kosztami przewyższającymi kwotę 12 990 000,00 zł brutto, chyba że zwiększenie kosztów realizacji hali wynikać będzie z przyczyn zależnych od Wydzierżawiającego. W części przewyższającej kwotę 12 990 000,00 zł brutto Dzierżawca zrzekł się roszczeń z tytułu nakładów.
3) po zakończeniu realizacji hali, Dzierżawca nie później niż do dnia sporządzenia protokołu zdawczo – odbiorczego przekaże Wydzierżawiającemu:
    a) zestawienie poniesionych kosztów na realizację Hali Dydaktyczno – Sportowej ze wskazaniem rodzaju i źródeł tych kosztów oraz umożliwi Wydzierżawiającemu wgląd w dokumenty, które potwierdzają wielkość poniesionych kosztów;
    b) dokumentację wykonawczą oraz powykonawczą;
    c) nakłady poniesione na podstawie niniejszej umowy do kwoty 12 990 000,00 zł brutto stanowiące świadczenie w rozumieniu art. 693 § 2 Kc i będące formą płatności czynszu tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym nr (…).

Druga Umowa Dzierżawy zaczęła obowiązywać z chwilą:

1) uzyskania przez Dzierżawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę Hali Dydaktyczno – Sportowej,
2) uzyskania przez Wydzierżawiającego ostatecznej decyzji o wyrażeniu zgody Ministra Skarbu Państwa,
3) wejścia w życie Pierwszej Umowy Dzierżawy nieruchomości, na której Dzierżawca miał wybudować parking wielopoziomowy.

W dniu 19 sierpnia 2008 r. uczelnia oraz E. I. S.A., zawarły porozumienie w celu potwierdzenia wejścia w życie Pierwszej Warunkowej Umowy Dzierżawy – Parking wielopoziomowy (w dniu 1 września 2008 r.) oraz Drugiej Warunkowej Umowy Dzierżawy – Hala Dydaktyczno - Sportowa (w dniu 1 października 2008 r.).

Mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny, należy zauważyć na wstępie, że nie sposób jest podzielić argumentacji Zamawiającego jakoby obie ww. umowy dzierżawy, statuujące stosunek cywilnoprawny pomiędzy uczelnią, a firmą E. I. S.A., należało traktować

wyłącznie w kategoriach nakładów mieszczących się w prawie Dzierżawcy do korzystania z przedmiotu dzierżawy.

Okoliczności faktyczne sprawy, a w szczególności postanowienia ww. umów dzierżawy, wskazują, iż uczelnia zawarła niniejsze umowy, udzielając *de facto* zamówienia publicznego na budowę Hali Dydaktyczno – Sportowej, bez zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Legalna definicja „zamówienia publicznego" zawarta w art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 Nr 223 poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą", stanowi, że przez „zamówienie publiczne" należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Powyższe oznacza, iż zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, w przypadku gdy spełnione zostaną następujące podstawowe warunki, tj.:

- stronami umowy są zamawiający i wykonawca w rozumieniu przepisów ustawy,
- umowa ma charakter odpłatny,
- przedmiot umowy to usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W tym miejscu należy wskazać, iż ww. uczelnia jest uczelnią publiczną zobowiązaną do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie przepisów art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 9 pkt 11 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. Nr 157, poz. 1240). Zgodnie bowiem z treścią art. 9 pkt 11 ustawy o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240, ze zm.) sektor finansów publicznych tworzą m.in. uczelnie publiczne.

Odnosząc się do cechy odpłatności, należy zauważyć, iż w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się zatem do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - w postaci wykonanej na jego rzecz usługi, dostawy lub roboty budowlanej, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty lub w innej, niekonieczne pieniężnej, postaci, której wartość może zostać przedstawiona w pieniądzu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż umowy w oparciu o które została zrealizowana Hala Dydaktyczno – Sportowa, miały charakter odpłatny. Zgodnie z § 10 pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy, na czynsz dzierżawny stanowiący wynagrodzenie za

korzystanie z nieruchomości gruntowej (w tym możliwość wybudowania parkingu wielopoziomowego) składały się trzy elementy, tj.:

- wielokrotność kwoty netto 5 415,50 zł płatnej co miesięcznie przez Dzierżawcę przez okres trwania Drugiej Umowy Dzierżawy,
- różnica pomiędzy 12 909 333,00 zł netto a iloczynem liczby miesięcy przez jaki Dzierżawca był zobowiązany płacić czynsz w wysokości 5 415,50 zł netto, zwaną dalej dla uproszczenia „kwotą netto 12 909 333,00 zł",
- kwota netto odpowiadająca wysokości podatku od nieruchomości płatny przez cały okres obwiązywania Pierwszej Umowy Dzierżawy.

Przy tym, Strony ww. Umów Dzierżawy zgodnie ustaliły, iż kwota netto 12 909 333,00 zł zostanie pokryta płatnym jednorazowo świadczeniem niepieniężnym w formie nakładów poniesionych na sąsiedniej nieruchomości, która została wydzierżawiona na podstawie Drugiej Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r. Nakłady te, jak stanowi zapis § 10 pkt 4 Drugiej Umowy Dzierżawy (analogicznie § 11 pkt 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy), stanowiły świadczenie w rozumieniu art. 693 § 2 Kc i były formą płatności czynszu przez E. I. S.A. z tytułu dzierżawy nieruchomości w celu budowy parkingu wielopoziomowego.

Strony ww. Umów Dzierżawy zobowiązały się bowiem, że rozliczenie nastąpi między nimi w drodze potrącenia należności z faktur, które zostaną wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości zabudowanej halą dydaktyczno - sportową, zgodnie z Drugą Umową Dzierżawy. Uczelnia zobowiązała się więc z jednej strony do wystawienia faktury z należnością z tytułu czynszu za 30 letnią dzierżawę nieruchomości przeznaczonych pod budowę parkingu wielopoziomowego. Dzierżawca zaś z drugiej miał wystawić fakturę VAT do kwoty nie wyższej niż 12 990 000,00 zł brutto w związku z wysokością nakładów poniesionych na wybudowanie przedmiotowej hali.

Wierzytelności z obu ww. faktur, jak stanowi Pierwsza Umowa Dzierżawy miały następnie ulec potrąceniu, skutkującemu umorzeniem się nawzajem wierzytelności do wysokości niższej w dniu płatności.

A zatem, wbrew opinii Zamawiającego wyrażonej w wyjaśnieniach, należy stwierdzić że konstrukcja umów dzierżawy, na podstawie których firma E. I. S.A. wybudowała dla uczelni halę dydaktyczno – sportową, miała *expressis verbis* charakter odpłatny, aczkolwiek niepieniężny. Budowa hali dydaktyczno – sportowej, w tym poniesione na nią nakłady przez firmę E. I. S.A. były formą płatności czynszu dzierżawnego za dzierżawę gruntów pod budowany parking wielopoziomowy. Jednocześnie budowa ww. hali miała charakter wymierny, uczelnia uzyskała bowiem korzyść w formie budynku hali dydaktyczno

– sportowej wzniesionego nakładem około 12 990 000,00 zł brutto. Przy tym podkreślić należy, iż wybudowany przez firmę E. I. S.A. budynek w świetle zasady *superficies solo cedit* stanowi część składową gruntu i dzielił jego los prawny.[8] Z informacji udzielonych przez Zamawiającego w toku kontroli wynika, iż w przedmiotowej sprawie dzierżawione grunty, w tym nieruchomość, na której pobudowano halę dydaktyczno – sportową, była własnością uczelni, a tym samym obiekt hali dydaktyczno – sportowej był częścią składową tego gruntu.

Ponadto nie budzi wątpliwości, mimo że umowa dzierżawy nie stanowiła umowy o roboty budowlane, iż skutkiem jej zawarcia były roboty budowlane polegające na wybudowaniu obiektu budowlanego w postaci hali dydaktyczno – sportowej. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009 r. stwierdzono, iż ocena charakteru umowy zależy nie od jej nazwy, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron (art. 65 § 2 Kc). Celem zawarcia przez Zamawiającego drugiej warunkowej umowy dzierżawy był zamiar wybudowania hali dydaktyczno - sportowej, traktowanej jako forma rozliczenia czynszu dzierżawnego za nieruchomości mające zostać zabudowane parkingiem wielopoziomowym, o czym wprost stanowi zapis § 10 ust. 4 Drugiej Umowy Dzierżawy oraz zapis § 11 ust. 2 Pierwszej Umowy Dzierżawy.

Zgodnie z definicją zamieszczoną w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako roboty budowlane należy traktować między innymi wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Jak wynika z treści Drugiej Umowy Dzierżawy, uczelnia miał wpływ na kształt budynku hali dydaktyczno – sportowej. Stosownie do § 3 ww. umowy, do aktu załączono m.in. wstępną koncepcję sposobu zagospodarowania nieruchomości oraz opis techniczny do koncepcji Hali Dydaktyczno – Sportowej. Ponadto, § 6 dawał Zamawiającemu uprawnienie do uzgadniania i konsultacji projektów architektonicznych przed wystąpieniem Dzierżawcy firmy E. I. S.A. z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę, jak i zgłaszania swoich uwag i spostrzeżeń w trakcie realizacji budowy. Zgodnie z § 6 pkt 1 – 3 umowy, uczelnia mogła nie tylko w terminie 7 dni zapoznać się z gotowym projektem hali, ale także w terminie 14 dni od upływu terminu na zapoznanie się przez Wydzierżawiającego z dokumentacją techniczną, zgłosić na piśmie Dzierżawcy swoje uwagi do dokumentacji. Ostateczna wersja dokumentacji

[8] Art. 46 § 1 Kodeksu cywilnego Nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności.

technicznej będąca podstawą wniosku o wydanie pozwolenia na budowę miała być efektem uzgodnienia Stron.

Z powyższego wynika, iż uczelnia miała zagwarantowany wpływ na kształt projektowanej hali. Uczelnia była umocowana do określania wymagań względem projektu, a w następnej kolejności na jego wykonanie. Powyższe w wystarczającym stopniu wpisuje się w definicję robót budowlanych, zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy, aby uznać, iż rzeczywistym zamiarem i przedmiotem ww. umów dzierżawy było wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu budynku hali dydaktyczno – sportowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

A zatem, analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż w sprawie tej mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, które zostało udzielone przez Zamawiającego - uczelnię bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowe umowy dzierżawy, przewidywały z jednej strony obowiązek Dzierżawcy wykonania określonych robót budowlanych tytułem poniesienia nakładów na budowę hali dydaktyczno - sportowej, a z drugiej strony, obowiązek Wydzierżawiającego zapłaty wynagrodzenia, które zostało wkalkulowane w czynsz nieruchomości wydzierżawionej pod budowę parkingu wielopoziomowego na sąsiednich gruntach. Wniosek taki uzasadnia także treść § 5 pkt 1 oraz 5 i 6 Druga Umowy Dzierżawy. Zgodnie z nimi umowa dzierżawy została zawarta na okres 18 miesięcy z możliwością jej wydłużenia na okres niezbędny do zakończenia realizacji hali dydaktyczno – sportowej, czyli do czasu uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Jednocześnie postanowienia umowy przewidywały, iż w przypadku gdy realizacja hali zostanie zakończona przez Dzierżawcę przed upływem Okresu Dzierżawy, umowa wygaśnie w dniu uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Nadto, Strony umówiły się, że wraz ze sporządzeniem protokołu zdawczo – odbiorczego Dzierżawca wyda uczelni dokumentację wykonawczą i powykonawczą hali dydaktyczno – sportowej. Co więcej w ramach zwrotu Przedmiotu Dzierżawy, firma E. I. S.A. zobowiązała się do niezwłocznego dokonania na rzecz Wydzierżawiającego cesji praw z tytułu rękojmi i gwarancji przysługujących Dzierżawcy względem wykonawców hali dydaktyczno – sportowej.

W przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit i) ustawy, gdyż możliwość zastosowania przedmiotowego wyłączenia następuje wyłącznie w przypadku nabycia lub najmu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został

wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego.

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy, podstawowymi trybami udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Postępowania prowadzone w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

KN/7/08

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający zawarł w dniu 8 czerwca 2005 r. umowę z wykonawcą – Energetyką Sp. z o.o. na *dzierżawę nieruchomości o pow. 7262 m² położonej w G. przy ul. S., zabudowanej budynkami kotłowni węglowej oraz powiązanych z nią urządzeń towarzyszących służących dostawie ciepła.* Zgodnie z postanowieniami umowy, dzierżawca zobowiązał się do płacenia wydzierżawiającemu czynszu dzierżawy przez okres 10 lat w wysokości 25.000 PLN netto + VAT miesięcznie. Jednocześnie zgodnie z § 5 umowy dzierżawy, dzierżawca zobowiązał się także do przeprowadzania niezbędnych modernizacji i remontów urządzeń oraz instalacji obiektu kotłowni w zakresie określonym przez wydzierżawiającego. Wartość inwestycji oszacowano na 2.500.000 PLN netto + VAT. Strony ustaliły również, że wartość brutto wykonywanych prac będzie odliczona od należnych opłat czynszowych netto w okresie trwania umowy dzierżawy. Zamawiający powołując się na art. 4 ust. 3 lit. i) ustawy Pzp, nie stosował w przedmiotowym postępowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie w piśmie z dnia 28.01.2008 r. zamawiający poinformował, że realizowane prace polegające m.in. na wymianie elementów kotłów, czyszczeniu kotłowni i uzbrajaniu ich w aparaturę kontrolno – pomiarową nie są robotami budowlanymi w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Na wstępie należy zauważyć, że nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego jakoby zakres zleconych dzierżawcy prac nie podlegał ustawie Prawo budowlane. Po pierwsze zakres prac, do wykonania których zobowiązany był dzierżawca jest szerszy niż tych wymienionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 28.01.2008 r. Jak wynika z treści umowy dzierżawy, dzierżawca zobowiązany był wykonać określone przez zamawiającego

prace, enumeratywnie wskazane w „Harmonogramie remontów", stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Z treści harmonogramu wprost wynika, że dzierżawca zobowiązany był w latach 2005 – 2008 m.in. do modernizacji kotłów, wymiany układu odpylania, modernizacji układu pompowego, modernizacji układu odżużlania oraz remontu budynku kotłowni.

Po drugie, zamawiający przywołuje w piśmie wyjaśniającym brak stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawę prawną w postaci art. 4 ustawy Pzp. W przepisie art. 4 ustawy Pzp w sposób enumeratywny wymienione zostały okoliczności w których następuje wyłączenie obowiązku stosowania jej procedur. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. i) ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem jest nabycie własności i innych praw do nieruchomości. Powyższy przepis jako tworzący wyjątek od ogólnej zasady powinien być interpretowany ściśle. Może mieć on zastosowanie w sytuacji np. zakupu nieruchomości z gotowym już obiektem budowlanym, który nie został wykonany na polecenie zamawiającego, czyli bez wcześniejszego określenia jego wymagań w stosunku do niego lub w sytuacji wydzierżawienia nieruchomości po uprzednim wykonaniu przez zamawiającego (w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych) niezbędnych robót budowlanych.

Zgodnie z art. 693 § 1 k.c. przez umowę dzierżawy wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nie oznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Oddanie w dzierżawę nieruchomości co do zasady nie podlega więc procedurom określonym ustawą Prawo zamówień publicznych, albowiem zamawiający (Gmina G.) nie „nabywa" dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Stąd też, nie zostaje spełniona jedna z przesłanek definiujących zamówienie publiczne (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp).

Umowa dzierżawy może jednak zawierać element zamówienia publicznego w okolicznościach, w których wydzierżawiający zobowiązany jest do zwrotu nakładów dokonanych przez dzierżawcę związanych z realizacją dostawy, usługi lub robót budowlanych. Nietrudno sobie w takim przypadku wyobrazić konstrukcję zmierzającą do ominięcia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez np. wykonawstwo robót budowlanych przez dzierżawcę a następnie zwrot dzierżawionej nieruchomości właścicielowi. Tym samym, zaakceptowana przez zamawiającego procedura potrąceń części czynszu przez wykonawcę o kwotę odpowiadającą wartości brutto poniesionych przez wykonawcę nakładów – mogłaby stanowić jeden ze sposobów ominięcia procedur ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiających.

Należy również zwrócić uwagę na konstrukcję zapisu umowy dzierżawy. W § 3 ust. 2 pkt b) umowy wskazano, że wartość brutto wykonywanych prac będzie odliczona od należnych

opłat czynszowych netto w okresie trwania umowy dzierżawy. Jak wynika z umowy koszty inwestycji (m.in. remontu budynku kotłowni) ponoszone są przez Gminę G. jeszcze przed zwrotem przedmiotu dzierżawy. Co do zasady uprawnienia związane z ulepszeniami powstają dopiero po zakończeniu dzierżawy a nie z chwilą ich dokonania i dlatego w czasie trwania dzierżawy nie mogą być realizowane.[9] Powyższe wskazuje, iż faktycznie nie mamy do czynienia w tym przypadku ze zwrotem nakładów poniesionych na ulepszenie rzeczy (remont obiektu), lecz z wykonaniem ulepszenia rzeczy, finansowanym przez zamawiającego i dokonanym za jego zgodą, co wyczerpuje przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy. Niewątpliwie bowiem świadczenie dzierżawcy nieruchomości na rzecz gminy następuje na podstawie umowy o charakterze odpłatnym. Stosowana konstrukcja, w której gmina wyraża zgodę na inwestycję budowlaną polegającą na wykonaniu robót budowlanych przez dzierżawcę nieruchomości, a następnie dokonywany jest zwrot nakładów przez niego poniesionych jeszcze przed zakończeniem stosunku dzierżawy, w prosty sposób zmierza do ominięcia stosowania procedur ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma przy tym znaczenia, czy gmina ponosi koszty inwestycji poprzez wypłatę wynagrodzenia w postaci bezpośredniej zapłaty za wykonane roboty czy w postaci kompensaty czynszu dzierżawnego.

Reasumując należy stwierdzić co następuje. Zamawiający, udzielając zamówień na modernizację i remont budynku kotłowni bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z treści art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy wynika wyraźnie, że umowa o zamówienie publiczne jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. W przedmiotowej sprawie zamawiający zawarł umowę bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że zawarte przezeń w dniu 8 czerwca 2005 r. umowa dzierżawy, w zakresie, w jakim udzielone zostało na jej podstawie zamówienie publiczne jest ex lege nieważna.

Zgodnie z § 1 ust. 2 umowy z dnia 1 lipca 2005 r. o dostarczaniu i sprzedaży energii cieplnej o zmiennym zapotrzebowaniu „dostawca dostarczać będzie ciepło z kotłowni miejskiej przy ul. S. w G. (…).” Tym samym zawarcie przez zamawiającego umowy o dostawę ciepła jest konsekwencją zawarcia w dniu 8 czerwca 2005 r. umowy dzierżawy budynku kotłowni. Gdyby bowiem dostawca ciepła nie był jednocześnie dzierżawcą nieruchomości budynku kotłowni, nie mógłby realizować przedmiotu umowy tj. dostarczać

[9] *J. Panowicz-Lipska,* Najem, [w:] *Z. Radwański* (red.) System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa. Tom 8., Warszawa 2004 r., s. 66;

zamawiającemu energii cieplnej o zmiennym zapotrzebowaniu. W związku z faktem, że umowa dzierżawy jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy uznać za nie rodzącą skutków prawnych umowę z dnia 1 lipca 2005 r. o dostarczaniu i sprzedaży energii cieplnej o zmiennym zapotrzebowaniu z uwagi na to, że jej zawarcie wynika z nieważnej czynności prawnej.

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO 297/13 KIO 300/13 z dnia 26 lutego 2013r. – realne udostępnianie zasobów podmiotów trzecich

Wymowa tych orzeczeń (orzeczenie ETS z dnia 14 kwietnia 1994 roku w spr. C-176/98, orzeczenie ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 *przypis red.*) jest jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak że ma ono charakter realnego – że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia.

Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodabniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są wiązane ze sferą jego realizacji.

Ocena tej realności musi być dokonywana indywidualnie w każdym postępowaniu, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności, takich jak potrzeba i częstotliwość zaangażowania danego zasobu wynikająca z charakteru zadania (przykładowo, inny będzie zakres i potrzeba angażowania archeologa w robotach budowlanych, specjalisty ds. rozliczeń, inna zaś kierownika budowy, czy odpowiedniej ilości operatorów maszyn); sposobu jego prowadzenia (na co wpływa przykładowo czas realizacji zamówienia, rozłożenie poszczególnych prac w czasie), a także charakteru samego zasobu. O ile – jak wskazano wyżej – taki zasób jak wiedza i doświadczenie z jego natury może być szeroko, w zasadzie bez ograniczeń wykorzystywany przez jego dysponenta, tak inne wartości, jak zasoby ludzkie czy sprzęt mają

ograniczoną wydolność biologiczną czy przepisami prawa pracy (człowiek) lub prawami fizyki (urządzenia i maszyny) możliwość wykorzystania.

Takie rozumienie wyznacza zarówno sens i cel warunków udziału w postępowaniu jako mających służyć do realizacji zamówienia jak i wynikające z przepisów wymaganie, by były to osoby *„które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”,* wobec których rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów pozwala wymagać informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Możliwość wymagania wskazania przez wykonawcę zakresu wykonywanych przez podane osoby czynności wyraźnie nawiązuje do tego, że wykazywanie konkretnych osób w *Wykazie osób* ma służyć realizacji przez nie wymaganych czynności a nie tylko formalnemu wyczerpaniu stawianych wymagań, bez związku ze sferą realizacji zamówienia.

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2765/12 z dnia 31 grudnia 2012 r. – tajemnica przedsiębiorstwa - termin

„Niewątpliwie nieudostępnienie dokumentów jednego wykonawcy, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa innemu zainteresowanemu wykonawcy powinno być kwalifikowane jako zaniechanie zamawiającego. Tym samym trzeba ustalić kiedy powstawał po stronie zamawiającego obowiązek udostępnienia oferty jednego wykonawcy innemu wykonawcy w takiej części, w jakiej nie stanowi ona tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferty są jawne, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy od chwili ich otwarcia. Jednakże sam ten fakt nie może być uznany za początek moment, w którym zamawiający zaczyna pozostawać w zwłoce z udostępnieniem dokumentów nieuprawnienie utajnionych. W celu wykonania bowiem obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 2 ustawy tj. zweryfikowania, czy ograniczenie dostępu do informacji znajduje uzasadnienie i oparcie w art. 8 ust. 3 ustawy, zamawiający ma obowiązek dokonać czynności analizy informacji zastrzeżonych pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W dniu otwarcia oferty nie jest często w stanie takiej czynności dokonać. Najpierw bowiem należy ustalić, czy i jakie dokumenty zostały przez wykonawców zastrzeżone, ewentualnie zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawców zastrzegających tajemnicę i ostatecznie podjąć decyzję o uznaniu zastrzeżenia za mające oparcie w treści art. 8 ust. 3 ustawy lub też nie i wówczas podjęciu decyzji, co do udostępnienia informacji zastrzeżonej innym wykonawcom. Dopiero, gdy zamawiający nie wykona tych czynności lub mimo ich wykonania nie dokonuje

odtajnienia, wówczas można uznać, że pozostaje w zwłoce, co do wykonania obowiązku udostępnienia informacji z art. 8 ust. 2 ustawy. Z tego też względu brak jest możliwości określenia jednolicie terminu na wniesienie odwołania na takie zaniechanie. Każdorazowo będzie to zależało do okoliczności wynikających z postępowania o udzielenie zamówienia. Zwłaszcza, że zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy odwołanie na zaniechanie wnosi się w określonym terminie liczonym od chwili kiedy odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia. Może być bowiem tak, że zamawiający będzie w stanie samodzielnie zweryfikować zastrzeżone informacje i podjąć określone decyzje w dniu otwarcia ofert np. wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie cenę i warunki płatności, a zamawiający ich nie odtajnia wbrew wyraźnemu brzmieniu art. 86 ust. 4 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy, wówczas termin powinien być liczony od daty otwarcia ofert. Może być też tak, że wykonawca zwraca się o udostępnienie oferty konkurencji, zamawiający odpowiadając na prośbę wyraźnie wskazuje, że określonych dokumentów z oferty nie udostępni uważając ją za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wówczas termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od daty odpowiedzi zamawiającego, gdyż wynika z niej, że zamawiający dokonał czynności weryfikacji (albo jej zaniechał) i nieprawidłowo przyjął, że określone dokumenty to tajemnica. Wreszcie czynność weryfikacji informacji może być rozłożona w czasie i zwłokę będzie można liczyć od zakończenia weryfikacji. Przejawem zakończenia takiej weryfikacji będzie także wybór oferty najkorzystniejszej. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie udostępnił odwołującemu pełnej oferty C. w dniu 31 października 2012r., nie odpowiedział na pismo odwołującego z dnia 9 listopada 2012r., pismem dnia 12 listopada 2012r. wzywał przystępującego do podania podstaw zastrzeżenia tajemnicy, ponadto w ramach wyjaśnień i uzupełnień pojawiały się nowe informacje o zastrzeżeniu tajemnicy. Zamawiający co do żadnej z nich nie dał odwołującemu informacji o tym ją decyzję podjął. Tym samym zasadne jest twierdzenie odwołującego, że o tym, iż zamawiający postanowił nie odtajniać żadnej z zastrzeżonych informacji dowiedział się dopiero z informacji o wyniku postępowania. W ocenie Izby podniesiony zarzut został poniesiony w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy i nie jest spóźniony."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2677/12 z dnia 21 grudnia 2012 r. – treść zarzutu odwołania

„Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba przypomina, że samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2756/12 z dnia 2 stycznia 2013 r. – gwarancja bankowa

„Gwarancja bankowa, co jest niewątpliwe, to jednostronne zobowiązanie banku (gwaranta) do świadczenia pieniężnego po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) wymaganych warunków zapłaty sumy podanej w wystawionym dokumencie (gwarancji) w przypadku, gdyby wykonawca określonego zobowiązania nie wykonał. Gwarancja bankowa stanowiąca wadium powinna mieć postać gwarancji bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie. Gwarancja jest gwarancją bezwarunkową, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać zasadności takiego żądania, gdyż jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką właśnie wypłatę. Tymczasem w przedłożonej przez odwołującego gwarancji bankowej znajdują się zapisy, które podważają jej bezwarunkowość. Za takie – jak słusznie podniósł zamawiający - można uznać sformułowanie, iż „Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (…), że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia". Stanowi ono bowiem dodatkowe wymaganie dla skutecznego pozyskania przez zamawiającego wadium, uzależniając jego wypłatę od potwierdzenia zasadności roszczenia przez wykonawcę (odwołującego). Kwestionowane zapisy, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogą być więc uznane za mające jedynie charakter informacyjny. Są one bowiem ściśle związane z wypłatą kwoty na jaką opiewa gwarancja, warunkując ją. Potwierdzeniem dokonania wypłaty sumy gwarancyjnej ma być oświadczenie samego wykonawcy (w tym przypadku odwołującego), a

nie fakt zaistnienia określonych, podanych w gwarancji okoliczności. Pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być bowiem uzależniona od stanowiska samego wykonawcy, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje zasadność dochodzonego roszczenia. Kwestionowany zapis stanowi więc dodatkowy warunek, który na gruncie postępowania o zamówienie publiczne nie powinien mieć miejsca."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2817/12 z dnia 8 stycznia 2013 r. – nieprawdziwe informacje

„Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub na zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2863/12 z dnia 11 stycznia 2013 r. – interes w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

„Izba wskazuje, że posiadanie interesu, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu – uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia umożliwia uznanie posiadania

interesu w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwna ocena uchyla pozytywną ocenę tegoż interesu i jako przesłanka merytoryczna możliwa do rozpoznania na rozprawie warunkuje oddalenie odwołania przez uznania braku posiadania interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że oferta odwołującego została oceniona przez zamawiającego w sposób nieprawidłowy, tj. zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższe pozostaje jednakże bez wpływu na wynik postępowania, co z kolei ma wpływ ustalenia braku interesu po stronie odwołującego.

Wskazać bowiem należy, że przywrócenie oferty odwołującego do postępowania nie wywoła skutku w postaci uzyskania przez odwołującego zamówienia, gdyż oferta wykonawcy F.H.U. (…) dalej pozostaje ofertą najkorzystniejszą – zawierającą najniższą cenę. W niniejszym postępowaniu można rozważyć również sytuację hipotetyczną, w której zamawiający korygując swoje błędy poczynione w odniesieniu do oferty odwołującego, musiałby skorygować swoje błędy również w odniesieniu do pozostałych czterech ofert, które odrzucił na podstawie tego samego błędnego uznania o braku możliwości poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i odrzucił je na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednocześnie wykluczając wykonawcę F.H.U. (…) i odrzucając jego ofertę. Taka sytuacje jednakże nie wywoływałaby oczekiwanego skutku, po stronie odwołującego, gdyż pozostałe cztery oferty zawierają ceny niższe niż oferta odwołującego, co wyklucza uzyskanie przez niego zamówienia, gdyż jedynym kryterium oceny ofert, jest cena – 100%.

Należy wskazać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy sytuacja odwołującego *de facto* nie ulega zmianie. Powyższe oznacza, że przytoczone wyżej różne okoliczności nie wywołują u odwołującego stanu, który determinowałby posiadanie przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, nie wywołują u niego również skutku w postaci poniesienia szkody.

Za zasadne należy uznać stanowisko, iż dla wykazania interesu konieczne jest co najmniej wykazanie zagrożenia, potencjalnej możliwości prowadzącej do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, że wynik danego postępowania wpłynie na sytuację podmiotu odwołującego. Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu nie wykazał takiego zagrożenia.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2865/12 z dnia 15 stycznia 2013 r. – zmowa przetargowa

„Izba na wstępie rozważań wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Jeśli dokona ustalenia potwierdzającego ten fakt to taką ofertę winien bezwzględnie odrzucić.

Tym samym, na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta.

Tym samym, za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie.

Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisania mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Odwołujący zarzucił ww. wykonawcom popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dokonaniu zmowy przetargowej przy składaniu ofert, co sprowadza się w szczególności do takiego złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, aby wykonawcy z sobą nie konkurowali.

Ogólny zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny. (…) Dowody w tym zakresie stanowią niemalże dowód bezpośredni popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, chociaż opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wskazanego w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), „*że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe*”, można stwierdzić iż taki dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie wykonawców to realnie

rzecz biorąc nie byłoby możliwe złożenie tak podobnych ofert i na tak różne części zamówienia.

Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku (miasta Poznań) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy wykonawców ze sobą powiązanych, bądź ściśle z sobą współpracujących.

Porozumienie pomiędzy wymienionymi pięcioma wykonawcami pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, jednakowych elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmowa wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmową w ujęciu horyzontalnym tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Za charakterystyczną dla tej sytuacji należy uznać wypowiedź na rozprawie pełnomocnika wykonawcy KDS sp. z o.o. który stwierdził „*jak ja składam ofertę w postępowaniu to ja wygrywam*".

Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

Jednakże zdaniem Izby nadmienić należy, że prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu.

Za element potwierdzający fakt zmowy, poza przytoczonymi wcześniej okolicznościami, Izba uznała w szczególności oświadczenie Pana H(…), który na zlecenie wykonawców wymienionych w odwołaniu sporządzał dla nich formularze ofertowe i kosztorysy, zastrzegając jednocześnie, że ustalenia co ich treści tych ofert były indywidualnie uzgadniane z ich przedstawicielami, bez udostępniania tych danych innym wykonawcom."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 2903/12 z dnia 14 stycznia 2013 r. – niezgodność oferty z siwz

„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w

SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Natomiast uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą – są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp. Brak ponumerowania wszystkich stron, jak i błędne podanie liczby stron oferty, na których złożono ofertę, nie wpływa bowiem na jej zawartość treściową i nie skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odrzuceniu na tej podstawie nie podlega także oferta, która nie została oprawiona ani też trwale zszyta, mimo wskazania w treści SIWZ sposobu przygotowania oferty (oprawienia, trwałego zszycia), gdyż brak ten stanowi jedynie uchybienie co do formy, a nie treści oferty. Nie każda bowiem niezgodność oferty z SIWZ skutkuje koniecznością jej odrzucenia. Obowiązek taki powstaje tylko w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodności takiej nie stanowi więc naruszenie wymogów SIWZ dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w szczególności dotyczących jej formy. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO 1629/11, KIO 1643/11 z dnia 9 stycznia 2013 r. – art. 24 ust. 1 pkt.1a Pzp

„Tym samym należy stwierdzić, że, podobnie jak wcześniej Izba w swoim zapytaniu, Trybunał generalnie nie zanegował samej istoty przepisu, zwłaszcza możliwości uznania wcześniejszego niewykonania i nienależytego wykonania umowy za podstawę wykluczenia wykonawcy, lecz głównie dwa jego aspekty, tj. zbyt szerokie określenie podstaw odpowiedzialności („okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność") oraz automatyzm stosowania przepisu (bez możliwości oceny stanu faktycznego przez zamawiającego).

Zatem, w konsekwencji, zdaniem Izby, prowspólnotową wykładnię art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych należy przeprowadzić w taki sposób, że przepis ten należy odczytywać tak, jakby brzmiał:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu zachowania wykonawcy przy realizacji tej umowy wskazującego na zamiar uchybienia lub na stosunkowo poważne

niedbalstwo, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy, chyba że dokonana przez zamawiającego ocena zachowania wykonawcy przy realizacji umowy wskazuje, że wykluczenie takie nie jest uzasadnione."

(…)w stosunku do owych wykonawców można by było przyjąć, że potwierdziły się przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych po interpretacji dokonanej zgodnie z wykładnią TSUE.

Trybunał jednak zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność, już wskazaną powyżej, czyli element oceny zamawiającego mający niwelować automatyzm nakazu wykluczenia wykonawców wynikający z samego przepisu.

Jak wynika ze stanowiska zamawiającego, w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu (tudzież o zachodzeniu przesłanek do wykluczenia) nie mając podstaw do dokonywania takiej oceny, w stosunku do obu wykonawców kierował się wyłącznie zaistniałym faktem wypowiedzenia i odstąpienia od umów.

Tym samym, wobec poglądu Trybunału, ocena zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania dla zadania nr 8 i 10 powinna być dokonana ponownie. W związku z powyższym zamawiający powinien unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla tych zadań, powtórzyć czynność badania i oceny ofert dla tych zdań oraz podjąć dalsze czynności zgodnie z przyjętą procedurą."

pełny tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 listopada 2012 r. o sygn. akt: V Ca 2497/12 dotyczący wykluczenia wykonawcy, któremu zamawiający wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, do którego nie stosuje się ustawy Prawo Zamówień Publicznych

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r. o sygn. akt: II Ca 757/12 dotyczący możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich przy spełnianiu warunków, umożliwiających uzyskanie lepszej pozycji w rankingu wniosków

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 12 stycznia 2012 r. o sygn. akt: XIX Ga 602/11 dotyczący braku interesu we wniesieniu odwołania odwołującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą

tekst orzeczenia

Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. o sygn. akt: II Ca 1285/12 dotyczący wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (nieprawdziwe informacje)

tekst orzeczenia

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 2/2013

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2013 – 28.02.2013

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	23 601	3 353	**26 954**
O udzieleniu zamówienia	26 338	4 861	**31 199**
O konkursie	18	4	**22**
O wynikach konkursu	9	18	**27**
O zmianie ogłoszenia	7 034	2 102*	**9 136**
O koncesji na usługi / roboty budowlane	0	1	**1**
O zamiarze zawarcia umowy	928	129	**1 057**
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	161	**161**
O profilu nabywcy	-	1	**1**
RAZEM	**57 928**	**10 630**	**68 558**

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

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	21,37%	8,62%
Dostawy	41,59%	51,43%
Usługi	37,04%	39,95%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	99,08%	96,24%
Przetarg ograniczony	0,48%	3,10%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	0,36%
Dialog konkurencyjny	0,03%	0,30%

Licytacja elektroniczna	0,36%	-

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

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	96%	93%	87%	91%
Cena i inne kryteria	4%	7%	13%	9%

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	37	0,16%
Dostawy	24	0,10%
Usługi	48	0,20%
Razem	**109**	**0,46%**

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	5	0,02%
Dostawy	15	0,06%
Usługi	25	0,11%
Razem	**45**	**0,19%**

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

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek w ogólnej liczbie postępowań
Roboty budowlane	324	1,37%
Dostawy	323	1,37%
Usługi	734	3,11%
Razem	**1 381**	**5,85%**

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	4 174	17,69%
Dostawy	5 989	25,38%
Usługi	5 847	24,77%
Razem	**16 010**	**67,84%**

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	10,75%	3,89%
Dostawy	43,08%	43,22%
Usługi	46,17%	52,89%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	78,89%	79,39%
Przetarg ograniczony	0,38%	2,53%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	1,44%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,08%	16,56%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,08%
Wolna ręka	16,91%	-
Zapytanie o cenę	3,45%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,22%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	5,699 mld zł

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	39%
Dostawy	32%
Usługi	29%

* - 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	143 824	83,39%
I poł. 2012	81 191	69 294	85,53%
rok 2012	174 239	144 494	84,10%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzucanych
Roboty budowlane	6,54	2,86

Dostawy	2,33	1,48
Usługi	2,75	1,70
Średnio	**2,76**	**1,76**

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	7%
kujawsko-pomorskie	4%	4%
lubelskie	5%	4%
lubuskie	3%	3%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	18%	20%
opolskie	3%	2%
podkarpackie	5%	6%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	11%	11%
świętokrzyskie	3%	4%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	8%	7%
zachodniopomorskie	5%	5%

Średni czas trwania postępowań

(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2012	2013
Roboty budowlane	39 dni	44 dni
Dostawy	31 dni	31 dni
Usługi	30 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	3,78%

Administracja rządowa terenowa	2,12%
Administracja samorządowa	44,95%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,18%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,86%
Uczelnie publiczne	5,07%
Podmiot prawa publicznego	6,32%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	14,21%
Inny	22,50%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,47%
Administracja rządowa terenowa	3,16%
Administracja samorządowa	36,82%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,24%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	1,26%
Uczelnie publiczne	6,96%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	20,76%
Zamawiający sektorowy	2,12%
Inny	26,22%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej 14 000 euro)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	9,10%	28,61%	62,29%
Administracja rządowa terenowa	5,48%	35,19%	59,33%
Administracja samorządowa	15,61%	29,12%	55,28%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	1,32%	34,21%	64,47%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	5,10%	32,40%	62,50%
Uczelnie publiczne	5,90%	55,62%	38,48%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	4,63%	64,29%	31,08%

Zamawiający sektorowy	5,90%	42,21%	51,89%
Inny	7,55%	45,64%	46,81%

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	69,07	0,62	0,00	0,00	0,00	26,19	4,12	0,00
Administracja rządowa terenowa	71,07	0,75	0,00	0,00	0,00	23,90	3,65	0,63
Administracja samorządowa	78,90	0,25	0,05	0,05	0,03	16,94	3,35	0,44
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	75,00	0,00	0,00	1,32	0,00	19,74	2,63	1,32
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	61,22	0,26	0,00	1,02	0,00	24,23	13,27	0,00
Uczelnie publiczne	76,96	0,09	0,05	0,09	0,00	18,89	3,92	0,00
Podmiot prawa publicznego	78,75	0,44	0,06	0,19	0,00	17,46	3,04	0,06
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	89,29	0,79	0,03	0,06	0,00	8,99	0,85	0,00
Inny	76,64	0,41	0,08	0,06	0,02	18,39	4,36	0,05

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	7	7 x usługi	3 928 700 EUR
Czechy	2	2 x usługi	1 719 513 EUR
Estonia	3	3 x dostawy	1 134 625 EUR
Litwa	2	2 x usługi	1 294 537 EUR
Luksemburg	1	1 x usługi	248 500 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	90 679 EUR
Niemcy	1	1 x usługi	brak danych
Słowacja	1	1 x dostawy	4 410 000 EUR
Włochy	1	1 x dostawy	5 245 800 EUR
Razem	**19**	**5 x dostawy 14 x usługi**	**18 072 354 EUR**

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			1	271 500	2	8 128 230			**3**	**8 399 730**
Belgia			3	1 364 800					**3**	**1 364 800**
Bułgaria					1	252 694 280			**1**	**252 694 280**
Czechy	1	8 986 976	5	451 874	1	4 442 760			**7**	**13 881 610**
Dania					1	1 588 747			**1**	**1 588 747**
Finlandia			1	2 331 368					**1**	**2 331 368**
Francja			2	3 326 178	2	18 003 997			**4**	**21 330 174**
Hiszpania	3	63 337 565			1	2 256 875			**4**	**65 594 440**
Holandia			5	1 536 705	2	72 159 581			**7**	**73 696 286**
Izrael					1	1 121 834			**1**	**1 121 834**
Kanada			1	3 971 710					**1**	**3 971 710**
Litwa			1	3 624 000					**1**	**3 624 000**
Niemcy	2	5 166 468 911	11	228 943 822	6	22 126 854			**19**	**5 417 539 587**
Szwajcaria			9	4 317 873	1	2 497 781			**10**	**6 815 654**
USA			2	1 550 000	1	6 539 898			**3**	**8 089 898**
Wielka Brytania			41	2 806 450	3	19 840 619			**44**	**22 647 069**
Włochy			6	1 291 100					**6**	**1 291 100**
Razem	**6**	**5 238 793 452**	**88**	**255 787 380**	**22**	**411 401 456**	**0**	**0**	**116**	**5 905 982 288**

* - 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	38	
Zakończone	30	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stwierdzono naruszeń	21	70%
Stwierdzono naruszenia	9	30%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	3	33%
ponowna ocena	6	67%
uchybienia formalne		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	9	
Zakończone	17	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Brak naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	17	100%
W tym: zawiadomienie RDFP	3	18%

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

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	4	
Zakończone	10	
Wyniki kontroli	**Liczba**	**Struktura procentowa**
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	0	0%
Stwierdzono naruszenia	10	100%
w tym:		
	10	100%
uchybienia formalne	7	70%
zawiadomienie RDFP		

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	**Liczba**	
Wszczęte	75	
Zakończone	67	
Wyniki postępowań	**Liczba**	**Struktura procentowa**
przekazane do kontroli	6	9%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	447	
Rozpatrzono ogółem	543	
Sposób rozpatrzenia	**Liczba**	**Rozkład procentowy**
Zwrócone	43	8%
Odrzucone	28	5%
Umorzone postępowanie	79	15%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	89	16%
Oddalone	165	30%
Uwzględnione	139	26%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2013 r.	2012 r.
Roboty budowlane	25%	26%
Dostawy	27%	28%
Usługi	48%	46%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2013 r.	2012 r.
Liczba wniesionych skarg	25	22
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*
Paweł Bednarski *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