

INFORMATOR

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

kwiecień - czerwiec 2016 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
SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH i REGULACJE PRAWNE	2
➤ Publikacja w Dzienniku Ustaw ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw	2
➤ Edytowalna wersja formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ)	2
➤ Przystąpienie Ukrainy do GPA	3
➤ Nowe nabory na eKatalogach.....	3
➤ Platforma eKatalogi – Dni Otwarte dla Wykonawców i Zamawiających	4
➤ Powołanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej	4
DZIAŁANIA EDUKACYJNE.....	5
➤ Przedsięwzięcia edukacyjne związane z nowelizacją ustawy Pzp w I połowie 2016 r..	5
➤ SZKOLENIA CENTRALNE dot. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych.	6
PRAWO EUROPEJSKIE.....	7
Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE	7
OPINIE PRAWNE	48
Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawiają taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.....	48
Podział zamówienia na części w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane	49
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	52
Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – przykłady naruszeń w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	52
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	62
Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych	62
ANALIZY SYSTEMOWE.....	75
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2016 – 30.06.2016	75

AKTUALNOŚCI

SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH i REGULACJE PRAWNE

➤ **Publikacja w Dzienniku Ustaw ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020 ogłoszona została ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, tj. w dniu 28 lipca 2016 r. z wyjątkiem przepisów określonych w art. 22 pkt 1-3 w/w Ustawy.

[Tekst ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw](#)

Link do procesu legislacyjnego:

<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=366>

➤ **Edytowalna wersja formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ)**

Rozporządzeniem wykonawczym nr 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L3 z 6.1.2016, str. 16) Komisja Europejska ustanowiła standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ/ESPD). Od dnia 18 kwietnia 2016 r. wykonawcy mogą składać JEDZ na standardowym formularzu stanowiącym załącznik do tego rozporządzenia.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom uczestników rynku zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych przygotował do ewentualnego wykorzystania edytowalną wersję formularza JEDZ/ESPD, która jest dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych:

<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/edytowalna-wersja-formularza-jednolitego-europejskiego-dokumentu-zamowienia-jedz>

➤ **Przystąpienie Ukrainy do GPA**

W odpowiedzi na zaproszenie Komitetu GPA (ang. Government Procurement Agreement), Ukraina złożyła w dniu 18 kwietnia 2016 r. instrumenty przystąpienia do Porozumienia WTO ws. Zamówień Rządowych. W wyniku tego, Porozumienie GPA weszło w życie w stosunku do Ukrainy w dniu 18 maja 2016 r.

Obecnie obowiązujące zrewidowane Porozumienie GPA weszło w życie dla Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2014 r. Porozumienie GPA określa zasady i zakres wzajemnego dostępu do rynków zamówień publicznych sygnatariuszy tego Porozumienia.

W rezultacie przystąpienia Ukrainy do GPA, instytucje zamawiające państw członkowskich Unii Europejskiej, w tym Polski, mają obowiązek przyznania wykonawcom, robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z Ukrainy, w zakresie zamówień klasycznych i sektorowych, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane wykonawcom robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z Unii.

Z drugiej zaś strony, przystąpienie Ukrainy do GPA zapewnia wykonawcom, towarom, robotom budowlanym i usługom z Unii Europejskiej, w tym z Polski, gwarancje dostępu do ukraińskiego rynku zamówień publicznych, na zasadach określonych w GPA, w tym w zakresie zamówień określonych w załączniku Ukrainy do Dodatku I do GPA.

➤ **Nowe nabory na eKatalogach**

Na Elektronicznej Platformie Katalogów Produktów - eKatalogi www.ekatalogi.uzp.gov.pl uruchomione zostały nowe nabory w branży marketingu i public relations oraz usług specjalistycznych, w branży produktów medycznych, a także w kategoriach: produkty włókiennicze, wyposażenie kuchenne, wyroby szklane, sprzęt gaśniczy, sprzęt radiowy i telewizyjny oraz usługi naprawcze i konserwacyjne.

Dla przedsiębiorców eKatalogi to szansa oferowania swoich usług i przeprowadzenia za pośrednictwem platformy eKatalogi transakcji kupna-sprzedaży z zamawiającymi z jednostek administracji publicznej.

Przedsiębiorcy mogą zamieszczać swoje produkty bądź usługi w ponad 200 kategoriach. Ich pełna lista dostępna jest na stronie <https://www.ekatalogi.uzp.gov.pl/ecat/um/default#/dm/list>.

Zachęcamy wszystkich Wykonawców do rejestrowania się na eKatalogach – bezpłatnej platformie zakupowej administracji publicznej. Zapraszamy również zamawiających

do dokonywania za jej pośrednictwem zakupów. Platforma eKatalogi zapewnia szybkie i efektywne rozeznanie rynku oraz sprawną komunikację pomiędzy sprzedającym i kupującym. Istotną zaletą narzędzia jest również zwiększenie transparentności postępowań oraz możliwość automatycznego przygotowania dokumentacji z postępowania.

➤ **Platforma eKatalogi – Dni Otwarte dla Wykonawców i Zamawiających**

17 czerwca oraz 1 i 15 lipca br. w Urzędzie Zamówień Publicznych odbyły się Dni Otwarte eKatalogów.

Podczas spotkań uczestnicy zapoznali się z głównymi funkcjonalnościami Platformy, zaprezentowano także korzyści ze stosowania narzędzia.

Zademonstrowano działanie eKatalogów – między innymi wyszukiwanie i porównywanie produktów, tworzenie dokumentacji postępowania, tworzenie katalogów, system referencji. Osoby biorące udział w tym wydarzeniu mogły przekonać się, jak szybkie i wygodne jest kupowanie poprzez eKatalogi. Każdy uczestnik spotkań uzyskał również indywidualne wsparcie przy korzystaniu z Platformy.

Przedstawiciele zamawiających i wykonawców uczestniczyli w dyskusji, zadając pytania i zgłaszając uwagi do Platformy. Wszystkie one są istotne - wprowadzane modyfikacje są bowiem odpowiedzią na otrzymane sugestie. eKatalogi są systemem adaptującym się do potrzeb Użytkowników.

Kolejne spotkanie w ramach dni otwartych odbędzie się 23 września 2016 r. Serdecznie zapraszamy do wzięcia w nim udziału oraz zapoznania się z Platformą eKatalogi www.ekatalogi.uzp.gov.pl

Informacje dotyczące Platformy eKatalogi są dostępne na stronie <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/projekty/projekt-ekatalogi>.

➤ **Powołanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

Uprzejmie informujemy, iż w związku z upływem w dniu 13 czerwca 2016 r. kadencji Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powołała z dniem 14 czerwca 2016 r. na to stanowisko Panią Małgorzatę Rakowską – Członka Krajowej Izby Odwoławczej.

DZIAŁANIA EDUKACYJNE

➤ **Przedsięwzięcia edukacyjne związane z nowelizacją ustawy Pzp w I połowie 2016 r.**

W związku z nowelizacją ustawy Pzp w ramach wsparcia uczestników systemu zamówień publicznych, wychodząc naprzeciw ich oczekiwaniom i dużemu zainteresowaniu przedsięwzięciami edukacyjnymi, Urząd Zamówień Publicznych w I połowie 2016 r. przeprowadził szereg działań informacyjno-edukacyjnych.

Zorganizowano 7 konferencji pt. „*Zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniające nowe dyrektywy UE i ich wpływ na praktykę udzielania zamówień*” w Poznaniu, Sopocie, Wrocławiu, Krakowie, Lublinie, Olsztynie i Warszawie, skierowanych do zainteresowanych tymi zagadnieniami uczestników systemu zamówień publicznych, przede wszystkich osób zaangażowanych w proces udzielania zamówień. Ponadto w Warszawie miała miejsce konferencja zorganizowana we współpracy z PARP i MR, adresowana do wykonawców, głównie z sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Przedsięwzięcia cieszyły się ogromnym zainteresowaniem i pomogły uczestnikom systemu zamówień publicznych pozyskać wiedzę z zakresu zmienianych przepisów oraz ich praktycznego zastosowania w procesie udzielania zamówień publicznych. Były też doskonałą okazją do dyskusji i zgłaszania wszelkich wątpliwości związanych z tematyką konferencji. Uczestnicy mieli możliwość uzyskania rzetelnych wyjaśnień i pomocy merytorycznej w zakresie praktycznych aspektów procedury udzielania zamówień publicznych według nowych uregulowań prawnych.

Ze względu na ogromne zainteresowanie przekazywanymi na konferencjach treściami, na stronie internetowej zostały udostępnione materiały konferencyjne w formie prezentacji z wystąpień prelegentów w poszczególnych zakresach tematycznych.

Zapraszamy również do korzystania z innych materiałów udostępnianych na stronie www.uzp.gov.pl - opinii, wytycznych, przykładów dobrych praktyk dotyczących systemu zamówień publicznych, które mogą służyć pomocą w procesie udzielania zamówień publicznych.

[Prezentacje konferencyjne](#)

➤ **SZKOLENIA CENTRALNE dot. nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych**

Kontynuując wsparcie uczestników systemu zamówień publicznych w warunkach wchodzenia w życie przepisów nowelizacji ustawy Pzp Urząd Zamówień Publicznych organizuje cykl dziesięciu szkoleń centralnych, które rozpoczynają się 21 lipca 2016 r.

Szkolenia będą się miały miejsce w Warszawie w godz. 9:30 – 15:00 i będą prowadzone przez pracowników Urzędu, począwszy od 21 lipca 2016 r.

Nabór na przedsięwzięcia będzie prowadzony sukcesywni za pomocą interaktywnego formularza na stronie internetowej UZP www.uzp.gov.pl.

Ramowy program szkolenia

PRAWO EUROPEJSKIE

Orzecznictwo

Trybunału Sprawiedliwości UE

1. Orzeczenie z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne na usługi – Dyrektywa Rady 89/665/EWG – Artykuł 1 ust. 1 i 3 – Procedury odwoławcze – Odwołanie mające na celu spowodowanie uchylecia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego wniesione przez oferenta, którego oferta nie została wybrana – Odwołanie wzajemne wybranego oferenta – Wynikająca z orzecznictwa krajowego zasada nakazująca wcześniejsze zbadanie odwołania wzajemnego i w przypadku, gdy jest ono uzasadnione, uznanie odwołania głównego za niedopuszczalne bez badania co do istoty sprawy – Zgodność z prawem Unii – Artykuł 267 TFUE – Zasada pierwszeństwa przepisów prawa Unii – Zasada prawna sformułowana orzeczeniem pełnego składu naczelnego sądu administracyjnego państwa członkowskiego – Uregulowanie prawa krajowego przewidujące, że takie orzeczenie wiąże izby owego sądu – Obowiązek izby rozpatrującej kwestię dotyczącą prawa Unii przekazania jej do rozpoznania pełnemu składowi sądu, w przypadku opinii odmiennej od opinii wyrażonej w rozstrzygnięciu pełnego składu sądu – Możliwość lub obowiązek wystąpienia przez izbę z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym do Trybunału

W sprawie **C-689/13** mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (radę sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylii, Włochy), w postępowaniu Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airstream SpA, przy udziale Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA), Zenith Services Group Srl (ZS), zadano następujące pytania prejudycjalne:

- 1) Czy zasady sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Fastweb* [(C-100/12, EU:C:2013:448)], w odniesieniu do konkretnych okoliczności będących przedmiotem tamtego odesłania prejudycjalnego, w których w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówień publicznych uczestniczyły tylko dwa przedsiębiorstwa, mają zastosowanie, ze względu na istotne podobieństwo spornego stanu faktycznego,

również w rozpatrywanym przez Consiglio [di Stato] przypadku, w którym przedsiębiorstwa uczestniczące w przetargu, choć dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wszystkie wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż biorące udział w niniejszej sprawie, tak iż spór toczący się przed Consiglio [di Stato] jest ograniczony tylko do dwóch przedsiębiorstw?

- 2) Czy – w odniesieniu do kwestii, które mogą zostać rozstrzygnięte na podstawie prawa Unii – z wykładnią tego prawa, a szczególnie z art. 267 TFUE, sprzeczny jest art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego), w zakresie, w jakim owo uregulowanie procesowe czyni wiążącym dla wszystkich izb i składów orzekających Consiglio di Stato (rady stanu) każdą zasadę prawa sformułowaną przez pełen skład, również w sytuacji, kiedy jest oczywiste, że pełen skład sformułował lub mógł sformułować zasadę sprzeczną lub niespójną z prawem Unii; w szczególności:

- czy rozpatrujące sprawę izba lub skład orzekający Consiglio di Stato (rady stanu), jeżeli mają wątpliwości co do zgodności lub spójności z prawem Unii zasady sformułowanej wcześniej przez pełen skład, są zobowiązane przekazać temu ostatniemu, w drodze uzasadnionego postanowienia, sprawę do rozstrzygnięcia, nawet zanim jeszcze będą mogły dokonać odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, aby stwierdził zgodność i spójność z prawem Unii spornej zasady prawa, czy też izba lub skład orzekający mogą lub raczej powinny, w charakterze sądu ostatniej instancji, skierować, jako sąd powszechny prawa Unii, pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości w celu uzyskania prawidłowej wykładni prawa Unii;

- czy – w razie gdyby w odpowiedzi na postawione powyżej pytanie zostało stwierdzone, że każda izba i każdy skład orzekający Consiglio di Stato (rady stanu) mają możliwość lub obowiązek skierować pytanie bezpośrednio do Trybunału Sprawiedliwości lub, w każdym przypadku, w którym Trybunał Sprawiedliwości wydał orzeczenie, zwłaszcza jeżeli nastąpiło to po obradach pełnego składu Consiglio di Stato (rady stanu), stwierdzając istnienie rozbieżności lub niepełnej zgodności pomiędzy prawidłową wykładnią prawa Unii i zasadą prawa wewnętrznego sformułowaną przez pełen skład – każda izba lub skład orzekający Consiglio di Stato (rady stanu) jako sąd powszechny ostatniej instancji prawa Unii mogą lub powinny bezpośrednio stosować prawidłową wykładnię prawa Unii, jakiej dokonał Trybunał Sprawiedliwości, czy też również w takich wypadkach są one zobowiązane przekazać sprawę,

uzasadnionym postanowieniem, do rozstrzygnięcia przez pełen skład, w efekcie pozostawiając jego wyłącznej ocenie i dyskrecjonalnemu uznaniu zastosowanie prawa Unii już sformułowanego w sposób wiążący przez Trybunał Sprawiedliwości;

- wreszcie, czy egzegeza systemu postępowania administracyjnego Republiki Włoskiej, w którym ewentualna decyzja o dokonaniu odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości – lub też tylko rozstrzygnięcie sprawy, podczas gdy stanowi ono bezpośrednią konsekwencję zastosowania zasad prawa Unii, które zostały już sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości – pozostawiona jest wyłącznej ocenie pełnego składu, nie jest sprzeczna nie tylko z zasadą rozsądnego czasu trwania postępowania i szybkiego postępowania odwoławczego dotyczącego procedur udzielania zamówień publicznych, lecz również z wymaganiem, aby prawo Unii było w pełni i szybko stosowane przez każdy sąd we wszystkich państwach członkowskich, w sposób bezwzględnie zgodny z jego prawidłową wykładnią ustaloną przez Trybunał Sprawiedliwości, również w celu maksymalnego wzmocnienia zasad skuteczności i pierwszeństwa prawa Unii przed prawem (nie tylko materialnym, lecz również procesowym) wewnętrznym danego państwa członkowskiego (w tym wypadku przed art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo [kodeksu postępowania administracyjnego] Republiki Włoskiej)?

Sąd odsyłający pragnie w szczególności ustalić, czy dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) wykładnia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 znajduje zastosowanie w przypadku, w którym wszystkie przedsiębiorstwa uczestniczące w spornym przetargu, choć początkowo dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż dwa przedsiębiorstwa biorące udział w postępowaniu głównym.

W kwestii tej należy przypomnieć, że zgodnie z postanowieniami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 tejże dyrektywy, aby odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające mogły zostać uznane za skuteczne, muszą być one dostępne co najmniej dla każdego, kto ma, względnie miał, interes w uzyskaniu określonego zamówienia i kto poniósł w związku z nim szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku podnoszonego naruszenia.

W pkt 33 wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) Trybunał uznał, że odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, którego oferta nie została wybrana, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania, gdyż w takiej sytuacji każdy z

konkurentów może powołać się na równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.

W pkt 34 tego samego wyroku Trybunał dokonał zatem wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w ten sposób, że przepis ten sprzeciwia się temu, aby odwołanie oferenta, którego oferta nie została wybrana, zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego zbadania zarzutu niedopuszczalności podniesionego w ramach odwołania wzajemnego wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obydwu ofert z wymogami wskazanymi w specyfikacji warunków zamówienia.

W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.

Przywołana w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku wykładnia dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ma zastosowanie w kontekście takim jak zaistniały w postępowaniu głównym. Po pierwsze bowiem każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, co podniósł rzecznik generalny w pkt 37 swojej opinii, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.

Liczba uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

W świetle powyższych rozważań na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by odwołanie główne – wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie

jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji – mającego na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta.

(...) gdy rozpatrujący sprawę sąd krajowy uzna, że w ramach rozpatrywanej sprawy powstaje pytanie dotyczące wykładni lub ważności prawa Unii, ma on możliwość lub, w zależności od przypadku, obowiązek zwrócenia się do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, a rzeczone uprawnienie, względnie obowiązek nie mogą napotykać na przeszkodę w postaci krajowych norm wynikających z przepisów prawnych, czy też z orzecznictwa.

W niniejszej sprawie przepis prawa krajowego nie może stanąć na przeszkodzie zwróceniu się przez izbę sądu ostatniej instancji, skonfrontowaną z kwestią dotyczącą wykładni dyrektywy 89/665, do Trybunału Sprawiedliwości z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

W świetle całokształtu powyższych rozważań na pierwszą część pytania drugiego należy odpowiedzieć, że art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa krajowego w zakresie, w jakim przepis ten jest interpretowany w ten sposób, że jeśli chodzi o wątpliwość dotyczącą wykładni lub ważności prawa Unii izba sądu orzekającego w ostatniej instancji, która nie podziela podejścia przyjętego w orzeczeniu pełnego składu tegoż sądu, musi przekazać temu ostatniemu ową kwestię do rozstrzygnięcia i tym samym zostaje pozbawiona możliwości wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału.

Sąd krajowy, do którego w ramach zakresu jego właściwości należy stosowanie przepisów prawa Unii, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych norm, w razie konieczności z własnej inicjatywy odstępując od stosowania wszelkich niezgodnych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej (zob. przede wszystkim wyroki: *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, pkt 21, 24, a także, ostatnio, *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

Mając na uwadze całokształt powyższych rozważań, na drugą i trzecią część pytania drugiego należy odpowiedzieć w ten sposób, iż art. 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że po uzyskaniu od Trybunału odpowiedzi na zadane przez sąd i dotyczące wykładni prawa Unii

pytanie lub gdy orzecznictwo Trybunału udziela już jasnej odpowiedzi na takie pytanie, izba sądu orzekającego w ostatniej instancji musi sama uczynić wszystko co niezbędne do tego, aby ta wykładnia prawa Unii została wprowadzona w życie.

Z powyższych względów Trybunał (wielka izba) orzekł, co następuje:

1) Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu by odwołanie główne – wniesione przez oferenta zainteresowanego uzyskaniem określonego zamówienia, który poniósł szkodę, względnie jest narażony na jej poniesienie w następstwie podnoszonego naruszenia prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów dokonujących jego transpozycji – mającego na celu wykluczenie innego oferenta, zostało uznane za niedopuszczalne na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, przewidujących pierwszeństwo badania odwołania wzajemnego wniesionego przez tego drugiego oferenta.

2) Artykuł 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa krajowego w zakresie, w jakim przepis ten jest interpretowany w ten sposób, że jeśli chodzi o wątpliwość dotyczącą wykładni lub ważności prawa Unii izba sądu orzekającego w ostatniej instancji, która nie podzieliła podejścia przyjętego w orzeczeniu pełnego składu tegoż sądu, musi przekazać temu ostatniemu ową kwestię do rozstrzygnięcia i tym samym zostaje pozbawiona możliwości wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym do Trybunału.

3) Artykuł 267 TFUE należy interpretować w ten sposób, że po uzyskaniu od Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedzi na zadane przez sąd i dotyczące wykładni prawa Unii pytanie lub gdy orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej udziela już jasnej odpowiedzi na takie pytanie, izba sądu orzekającego w ostatniej instancji musi sama uczynić wszystko co niezbędne do tego, aby ta wykładnia prawa Unii została wprowadzona w życie.

2. Orzeczenie z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe wykonawców – Artykuł 48 ust. 3 – Możliwość polegania na zdolności innych podmiotów – Warunki i zasady – Charakter powiązań między oferentem a innymi podmiotami – Zmiana oferty – Unieważnienie i powtórzenie aukcji elektronicznej – Dyrektywa 2014/24/UE

W sprawie **C-324/14** mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą (Polska), w postępowaniu Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta przy udziale Remondis sp., zadano następujące pytania prejudycjalne:

1) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] z w ten sposób, że za »stosowne sytuacje«, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w »stosownych sytuacjach« należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

2) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia »niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań« oraz »dysponowanie zasobami« tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na »doradztwie«, »konsultacjach«, »szkoleniu« itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?

3) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym dla złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?

- 4) Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?
- 5) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3 tej dyrektywy, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
- 6) A tym samym, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 [...], zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
- 7) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala na to, by, w przypadku gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?
- 8) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?
- 9) Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w

przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik?

10) Czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 [...] dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy [...] 2014/24 [...], pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy Unii, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18 [...]?

W swych pytaniach od pierwszego do trzeciego, piątym i szóstym, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający zwraca się w istocie o określenie przesłanek, które muszą być spełnione, aby wykonawca mógł polegać na zdolnościach innych podmiotów w rozumieniu art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oraz wyjaśnienie zasad udostępnienia niezbędnych zasobów przez takie podmioty, a zatem ich ewentualnego udziału w wykonaniu danego zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33).

W tym kontekście okoliczność, że zgodnie z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach”, nie może być interpretowana, jak zdaje się sugerować w szczególności sąd odsyłający, w ten sposób, że taki podmiot może odwołać się do zdolności podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

Należy wobec tego stwierdzić w pierwszej kolejności, że o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

W drugiej kolejności, jak orzekł już Trybunał, przepisy dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z prawa ustanowionego w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 tej dyrektywy było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36).

Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne roboty budowlane wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35).

Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności, na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz**
- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.**

W pytaniu czwartym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca ma możliwość wskazania wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów.

Trybunał zauważył, że o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań (wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r. Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 28).

Z tego względu instytucja zamawiająca nie może co do zasady ustanowić wyraźnych wymogów mogących stanowić przeszkodę w wykonywaniu prawa przysługującego każdemu wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów w szczególności poprzez wskazanie z góry szczegółowych zasad, zgodnie z którymi wykonawca może powołać się na zdolności tych innych podmiotów. Jest tak tym bardziej, że w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów.

(...) w takich okolicznościach nie można z góry wykluczyć, że instytucja zamawiająca może do celów prawidłowego wykonania danego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady umożliwiające wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów.

Jednakże, jeżeli instytucja zamawiająca postanawia skorzystać z takiej możliwości, musi ona zapewnić, że wprowadzone przez nią zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.

W pytaniu siódmym sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po

otwarcia ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego uwzględniła wniosek wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty do celów udzielenia wyłącznie niektórych części tego zamówienia.

(...) zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

Ponadto, jak orzekł Trybunał, zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych (wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).

W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez

oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).

W niniejszym przypadku, jak wynika z postanowienia odsyłającego, ZOM, który miał wątpliwości, czy Partner posiada zasoby niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania głównego, zwrócił się do tej spółki po złożeniu przez nią oferty o wykazanie w szczegółach, jaki charakter będzie miał udział PUM-u w wykonaniu tego zamówienia.

(...) nie ulega wątpliwości, że taka informacja, w której wykonawca wskazuje instytucji zamawiającej, po otwarciu ofert, kolejność poszczególnych części danego zamówienia, zgodnie z którą powinna być oceniana jego oferta, z pewnością nie jest jedynie niewielkim wyjaśnieniem lub poprawieniem oczywistych błędów materialnych w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 63 niniejszego wyroku i stanowi de facto istotną zmianę, prowadzącą raczej do przedstawienia nowej oferty.

Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może pozwolić wykonawcy na sprecyzowanie w taki sposób jego pierwotnej oferty, pod rygorem naruszenia zasad równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikającego z nich obowiązku przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 43).

Z powyższego wynika, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć, iż wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

Poprzez pytania ósme i dziewiąte, które należy rozważyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.

Zgodnie z motywem 14 i art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18 korzystanie z aukcji elektronicznych umożliwia instytucjom zamawiającym, po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert, zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen oraz w przypadku udzielania zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert.

(...) po pierwsze, art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18 przewiduje, że każdy oferent, który przedstawi dopuszczalną ofertę, zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej w celu przedstawienia nowych cen lub nowych wartości.

Po drugie, art. 54 ust. 8 akapit drugi tej dyrektywy stanowi wyrażnie, że instytucje zamawiające, w przypadku podjęcia przez nie decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej nie mogą korzystać z takiego trybu postępowania w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wynika stąd, że jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej.

W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczonyj aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji.

78 W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.

79 Korzystanie z prawa oferenta do udziału w aukcji elektronicznej nie może bowiem w żadnym razie być uzależnione od przewidywanego wyniku tej aukcji i nie może zostać z góry wykluczone z uwagi na hipotetyczne rozważania instytucji zamawiającej.

Innymi słowy, jak zauważa również Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu odsyłającym, nie można a priori wykluczyć, że wykonawca niedopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej przedstawiłby najkorzystniejszą ofertę, tak że błąd popełniony przez instytucję zamawiającą pociąga za sobą konieczność unieważnienia i powtórzenia aukcji.

Na pytania ósme i dziewiąte należy zatem odpowiedzieć, że wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmienilby wynik tej aukcji.

Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął, i w zakresie, w jakim przepisy dyrektywy 2014/24 nie są sprzeczne z przepisami dyrektywy 2004/18.

W postępowaniu głównym odnośnie postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2013 r., podczas gdy dyrektywa 2014/24 została przyjęta dopiero w dniu 26 lutego 2014 r., a zgodnie z jej art. 90 termin transpozycji dyrektywy upłynie w dniu 18 kwietnia 2016 r.

W tej sytuacji dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.

W związku z powyższym należy zauważyć, że jak wynika z postanowienia odsyłającego, poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w szczególności do ustalenia, czy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, który przyznaje każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, należy interpretować z uwzględnieniem treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, który stanowi przepis odpowiadający wskazanemu art. 48.

W tym względzie należy stwierdzić, jak czyni to sąd odsyłający, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może

polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.

Tymczasem, o ile prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, to jednak art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego.

Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym.

W tej sytuacji wskazany przepis dyrektywy 2014/24 nie może być wykorzystywany jako kryterium w celu interpretacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18, gdyż w tym wypadku nie chodzi o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści tego ostatniego przepisu.

W świetle powyższego na pytanie dziesiąte należy odpowiedzieć, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24.

Z powyższych względów Trybunał orzekł, co następuje:

1) Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:

– przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz

– nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

2) Artykuł 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz względem nich proporcjonalne.

3) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym sprzeciwiają się one, aby instytucja zamawiająca po otwarciu ofert złożonych w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, uwzględniła wnioski wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia.

4) Wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.

5) W okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18.

3. Orzeczenie z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 267 TFUE – Właściwość Trybunału – Status organu odsyłającego jako sadu – Zamówienie publiczne w sektorze infrastruktury kolejowej –

Procedura negocjacyjna – Dyrektywa 2004/17/WE – Artykuł 10 – Artykuł 51 ust. 3 – Zasada równego traktowania oferentów – Grupa złożona z dwóch spółek i dopuszczona jako oferent – Oferta złożona przez jedną z dwóch spółek, we własnym imieniu, w związku z ogłoszeniem upadłości drugiej spółki – Spółka uznana za mogąca zostać dopuszczona jako samodzielny oferent – Udzielenie zamówienia tej spółce

W sprawie **C-396/14** mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Klagenævnet for Udbud (komisja odwoławcza ds. zamówień publicznych, Dania, w postępowaniu MT Højgaard A/S, Züblin A/S przeciwko Banedanmark, zadano następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy zasadę równego traktowania ustanowioną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji tego rodzaju jak w postępowaniu głównym stoi ona na przeszkodzie udzieleniu przez podmiot zamawiający zamówienia publicznego oferentowi, który nie przedłożył kandydatury w ramach preselekcji i który w związku z tym nie został wybrany w ramach preselekcji?”.

Ogłoszeniem opublikowanym w styczniu 2013 r. Banedanmark wszczął postępowanie w trybie procedury negocjacyjnej z uprzednim ogłoszeniem w rozumieniu art. 47 dyrektywy 2004/17 w celu udzielenia zamówienia publicznego dotyczącego budowy nowej linii kolejowej między miastami Kopenhaga i Ringsted, projektu zwanego „TP 4 Urban Tunnels”. W celu udzielenia zamówienia przyjęte zostało kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Banedanmark zamierzał zaprosić do złożenia ofert od czterech do sześciu kandydatów, a w przypadku gdyby kandydatów było więcej niż sześciu, miał on dokonać wstępnej oceny. Poza tym ze specyfikacji warunków zamówienia wynika, że w ramach wszczętego postępowania oferenci mieli zostać zaproszeni do złożenia trzech kolejnych ofert. Negocjacje miały mieć miejsce po złożeniu dwóch pierwszych ofert, natomiast złożenie trzeciej i ostatniej oferty powinno prowadzić do udzielenia zamówienia.

W ramach preselekcji kandydatury przedłożyło pięciu wykonawców. Banedanmark wybrał w ramach preselekcji wszystkich pięciu kandydatów i zaprosił ich do składania ofert. W czerwcu 2013 r. jedno z przedsiębiorstw wycofało się z postępowania, wobec czego pozostało tylko czterech oferentów wybranych w ramach preselekcji.

Umowa założycielska grupy Aarsleff i Pihl została zawarta między tymi dwiema spółkami w dniu 26 sierpnia 2013 r. W tym samym dniu właściwy sąd wydał wyrok stwierdzający

upadłość spółki E. Pihl og Søn. Pomimo ogłoszenia upadłości grupa Aarsleff i Pihl złożyła w dniu 27 sierpnia 2013 r. pierwszą ofertę, podpisana przez dwie wspomniane spółki, ale nie przez syndyka masy upadłościowej.

W dniu 15 października 2013 r. Banedanmark poinformował wszystkich oferentów o swojej decyzji w sprawie zezwolenia spółce Per Aarsleff na dalszy samodzielny udział w postępowaniu. Banedanmark uzasadnił swoją decyzję tym, że spółka Per Aarsleff, która była w Danii przedsiębiorstwem o największym obrocie w latach obrotowych 2012 i 2013, spełniała wymogi udziału w postępowaniu w trybie procedury negocjacyjnej, nawet bez technicznych i ekonomicznych możliwości spółki E. Pihl og Søn. Poza tym spółka Per Aarsleff przejęła ponad pięćdziesięciu pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osoby kluczowe dla realizacji rozpatrywanego projektu.

W dniu 20 grudnia 2013 r. Banedanmark poinformował trzech wybranych oferentów, że postanowił udzielić zamówienia spółce Per Aarsleff, której oferta była najkorzystniejsza ekonomicznie zarówno pod względem jakości, jak i ceny. Oferta ta opiewała na kwotę 920 300 000 koron duńskich (DKK) (około 123 402 000 EUR).

W następstwie tej decyzji spółki MT Højgaard i Züblin wniosły odwołanie do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych, Dania), w którym stwierdziły między innymi, że poprzez dopuszczenie spółki Per Aarsleff do udziału w postępowaniu w miejsce grupy Aarsleff i Pihl, mimo że spółka Per Aarsleff nie została wybrana we własnym imieniu w ramach preselekcji, Banedanmark naruszył ustanowione w art. 10 dyrektywy 2004/17 zasady równego traktowania oraz przejrzystości. Spółki MT Højgaard i Züblin wniosły tym samym do Klagenævnet for Udbud (komisji odwoławczej ds. zamówień publicznych) o uchylenie decyzji w sprawie udzielenia zamówienia spółce Per Aarsleff oraz o nakazanie zawieszenia wykonania tej decyzji.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego Trybunał stwierdził, iż:

Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że dyrektywa 2004/17 nie przewiduje norm dotyczących konkretnie zmian, które nastąpiły w odniesieniu do składu grupy wykonawców wybranej w ramach preselekcji jako oferent ubiegający się o zamówienie publiczne, wobec czego unormowanie takiej sytuacji należy do właściwości państw członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2003 r., Makedoniko Metro i Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, pkt 61).

W tym względzie należy przypomnieć, iż zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że oferenci powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez instytucje zamawiające, i że owe zasada i obowiązek stanowią podwalinę norm Unii odnoszących się do postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

Ścisłe stosowanie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy doprowadziłoby do wniosku, że jedynie wykonawcy wybrani w ramach preselekcji jako tacy mogą złożyć oferty i stać się zwycięskimi oferentami.

Podejście to znajduje swoją podstawę w art. 51 ust. 3 dyrektywy 2004/17, zgodnie z którym instytucje zamawiające „powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom”, co zakłada, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 63 opinii, że wykonawcy wybrani w ramach preselekcji oraz wykonawcy, którzy składają oferty, powinni być prawnie i materialnie tożsami.

Niemniej jednak wspomniany w punkcie poprzednim niniejszego wyroku wymóg tożsamości prawnej i materialnej może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, czego wymaga art. 54 ust. 3 dyrektywy 2004/17.

W tym względzie podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym należy przede wszystkim zauważyć, że z postanowienia odsyłającego wynika, iż gdyby spółka *Per Aarsleff* samodzielnie przedłożyła kandydaturę, zostałaby wybrana w ramach preselekcji (zob. pkt 18 niniejszego wyroku).

Po tym wyjaśnieniu, mając na względzie informacje zawarte w aktach sprawy, zgodnie z którymi, po pierwsze, umowa założycielska grupy Aarsleff i Pihl została zawarta w dniu wydania wyroku stwierdzającego upadłość spółki E. Pihl og Søn, i po drugie, pierwsza oferta tej grupy została złożona następnego dnia i nie została opatrzona podpisem syndyka masy upadłościowej spółki E. Pihl og Søn, sąd odsyłający powinien ponadto ustalić, czy złożenie tej pierwszej oferty nie było obarczone uchybieniem mogącym stanowić przeszkodę dla dalszego udziału spółki Per Aarsleff, we własnym imieniu, w rozpatrywanym postępowaniu prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej.

Wreszcie jeśli chodzi o okoliczność, że po rozwiązaniu grupy Aarsleff i Pihl spółka Per Aarsleff przejęła 50 pracowników spółki E. Pihl og Søn, w tym osób kluczowych dla realizacji rozpatrywanego projektu, sąd odsyłający powinien ustalić, czy w związku z powyższym spółka Per Aarsleff skorzystała z przewagi konkurencyjnej ze szkoda dla innych oferentów.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, co następuje:

W świetle powyższych rozważań na postawione pytanie należy odpowiedzieć, że zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów.

4. Orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-410/14

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 1 ust. 2 lit. a) – Pojęcie „zamówienia publicznego” – System zakupów towarów polegający na dopuszczeniu w charakterze dostawcy wszystkich wykonawców, którzy spełniają z góry ustalone warunki – Dostawa refundowanych produktów leczniczych w ramach ogólnego systemu zabezpieczenia społecznego – Umowy zawarte między kasą ubezpieczenia zdrowotnego a wszystkimi dostawcami produktów leczniczych opartych na danej substancji

czynnej, którzy zgadzają się udzielić rabatu od ceny sprzedaży w z góry ustalonej wysokości – Ustawodawstwo przewidujące co do zasady zastąpienie refundowanego produktu leczniczego wprowadzonego do obrotu przez wykonawcę, który nie zawarł takiej umowy, produktem leczniczym tego samego rodzaju wprowadzonym do obrotu przez wykonawcę, który zawarł taką umowę

W sprawie **C-410/14** mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie, Niemcy), w postępowaniu Dr. Falk Pharma GmbH przeciwko DAK-Gesundheit przy udziale Kohlpharma GmbH, zadano następujące pytania prejudycjalne:

1) Czy pojęcie »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania, w sytuacji gdy instytucje zamawiające przeprowadzają postępowanie dopuszczające wykonawców, w ramach którego udzielają zamówienia, nie dokonując wyboru jednego lub kilku wykonawców?

2) Jeżeli na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, że wybór jednego lub kilku wykonawców jest znamieniem zamówienia publicznego, zadaje się pytanie: czy znamię wyboru wykonawców [które wiązałoby się w tej sytuacji z pojęciem »zamówienia publicznego«] w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy w świetle art. 2 dyrektywy 2004/18/WE interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mogą zrezygnować z wyboru jednego lub kilku z wykonawców w drodze postępowania dopuszczającego jedynie wtedy, gdy spełnione są następujące przesłanki:

- przeprowadzenie postępowania dopuszczającego jest ogłoszone na terytorium całej Unii,
- ustalono jednoznaczne reguły dotyczące zawarcia umowy oraz przystąpienia do umowy,
- warunki umowy są z góry ustalone w taki sposób, że żaden z wykonawców nie ma możliwości wpływu na treść umowy,
- wykonawcy mają w każdym czasie prawo przystąpienia do umowy i
- fakt zawarcia umów będzie ogłaszany na terytorium całej Unii?”.

W dniu 28 sierpnia 2013 r. DAK opublikował w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie dotyczące „postępowania dopuszczającego” w celu zawarcia zgodnie z § 130a ust. 8 SGB V umów rabatowych dotyczących produktów leczniczych zawierających substancję czynną mesalazyna. Wysokość rabatu ustalono na 15% ceny sprzedaży producenta, a umowy obejmowały okres od 1 października 2013 r. do 30 sierpnia 2015 r.

Postępowanie to przewidywało dopuszczenie wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw spełniających kryteria dopuszczania oraz zawarcie z każdym przedsiębiorstwem identycznej umowy, której warunki zostały z góry ustalone i nie podlegały negocjacji. Poza tym każde inne przedsiębiorstwo spełniające te kryteria zachowywało cały czas możliwość przystąpienia na takich samych warunkach do systemu umów rabatowych w okresie ważności tego systemu.

Spółka Kohlpharma była jedynym przedsiębiorstwem, które wyraziło zainteresowanie dopuszczeniem do postępowania w następstwie opublikowania wspomnianego ogłoszenia. W dniu 5 grudnia 2013 r. została z tym przedsiębiorstwem zawarta umowa. Mechanizm zastąpienia przewidziany w § 129 ust. 1 SGB V został wdrożony od dnia 1 stycznia 2014 r. w systemie informatycznym wykorzystywanym przez apteki. Zawarcie tej umowy stało się przedmiotem obwieszczenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym w dniu 22 lutego tego roku.

W dniu 17 stycznia 2014 r. spółka Falk wniosła do Vergabekammer des Bundes (federalnej izby zamówień publicznych, Niemcy) odwołanie zmierzające do stwierdzenia niezgodności z prawem zamówień publicznych postępowania dopuszczającego wszczętego przez DAK oraz jedynej umowy zawartej w jego wyniku. Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie) jest sądem właściwym do rozpoznania apelacji.

W ramach wspomnianego odwołania spółka Falk twierdzi, że prawo zamówień publicznych ma zastosowanie wówczas, gdy podmiot mający status instytucji zamawiającej nabywa towary na rynku i że prawo to zobowiązuje do przeprowadzenia postępowania otwartego na konkurencję, co wiąże się z zawarciem umów wyłącznych.

Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że należy uznać za zamówienie publiczne w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.

Co prawda, jak zaznaczają niektórzy zainteresowani, którzy przedstawili Trybunałowi uwagi na piśmie, taki system skutkuje zawarciem umów o charakterze odpłatnym między podmiotem publicznym mogącym działać w charakterze instytucji zamawiającej

w rozumieniu dyrektywy 2004/18 oraz wykonawcami dostarczającymi produkty, co odpowiada definicji pojęcia „zamówienia publicznego” zawartej w art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

Należy jednak zaznaczyć, po pierwsze, że zgodnie z motywem 2 wspomnianej dyrektywy ustanowione przez tę dyrektywę przepisy służące koordynacji należy interpretować zgodnie z zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz zgodnie z zasadami z nich się wywodzącymi, jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości, którym podlega udzielanie zamówień publicznych w państwach członkowskich.

Po drugie, w związku z tym, że koordynacja na poziomie Unii procedur udzielania zamówień publicznych na usługi zmierza tym samym do ochrony interesów wykonawców z siedzibą w jednym państwie członkowskim chcących oferować produkty lub świadczyć usługi na rzecz instytucji zamawiających z siedzibą w innym państwie członkowskim, celem dyrektywy 2004/18 jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani będą oferenci albo kandydaci krajowi (zob. podobnie, jeśli chodzi o dyrektywę w sprawie zamówień publicznych na usługi obowiązującą wcześniej, wyrok z dnia 10 listopada 1998 r., BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, pkt 41, 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

Otóż zasadniczo ryzyko preferowania wykonawców krajowych, któremu wspomniana dyrektywa stara się zapobiec, jest ściśle związane z wyborem dokonywanym przez instytucję zamawiającą spośród dopuszczalnych ofert oraz z wyłącznością wynikającą z udzielenia danego zamówienia zwycięskiemu wykonawcy albo zwyciężskim wykonawcom w ramach umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji kiedy podmiot publiczny chce zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać omawiane produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, brak wyznaczenia wykonawcy, któremu przyznana zostałaby wyłączność w zakresie zamówienia, skutkuje tym, że nie istnieje konieczność ujęcia działania tej instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18, po to, by nie udzieliła ona zamówienia preferującego wykonawców krajowych.

Wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy wydaje się być tym samym elementem nieodłącznie związanym z ujęciem zamówień publicznych w ramy tej dyrektywy

i w konsekwencji z pojęciem „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

Stwierdzenie to znajduje potwierdzenie w art. 43 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2004/18, w myśl którego w odniesieniu do każdego zamówienia, umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie, zawierające nazwę wybranego oferenta oraz powody wyboru jego oferty.

Należy zresztą zaznaczyć, że zasada ta jest wyraźnie wyrażona w definicji pojęcia „udzielenia zamówienia” zapisanej obecnie w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24, której elementem jest wybór przez instytucję zamawiającą wykonawcy, od którego nabędzie ona, w drodze zamówienia publicznego, roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem tego zamówienia.

Wreszcie należy zaznaczyć, że szczególny charakter systemu umów takiego jak system sporny w postępowaniu głównym, polegający na jego stałym otwarciu w całym okresie ważności dla zainteresowanych operatorów, bez ograniczenia go zatem do wstępnego okresu, w którym przedsiębiorstwa zapraszane są do wyrażenia zainteresowania wobec danego podmiotu publicznego, wystarczy, aby odróżnić ten system od umowy ramowej. Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zamówień opartych na umowach ramowych udziela się wyłącznie wykonawcom, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

Należy zatem odpowiedzieć na pytanie pierwsze, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.

Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, jakie są przesłanki prawidłowości, w świetle prawa Unii, postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.

Należy zaznaczyć, że postępowanie takie, w zakresie, w jakim jego przedmiot posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, podlega podstawowym zasadom traktatu FUE,

w szczególności zasadom niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązku przejrzystości, który z niej się wywodzi, przy czym na podstawie tego ostatniego obowiązku wymagane jest dokonanie odpowiedniego ogłoszenia. W tym względzie państwa członkowskie posiadają w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym pewien zakres uznania w celu przyjęcia środków służących zagwarantowaniu poszanowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości. Niemniej jednak wymóg przejrzystości wiąże się z ogłoszeniem pozwalającym potencjalnie zainteresowanym wykonawcom na należyte zapoznanie się z przebiegiem i z istotnymi cechami charakteryzującymi postępowanie dopuszczające, takie jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.

Sąd odsyłający powinien ocenić, czy sporne w postępowaniu głównym postępowanie dopuszczające odpowiada tym wymogom.

Na drugie postawione pytanie należy zatem odpowiedzieć, że w zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi.

5. Orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C- 27/15

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Udział w przetargu – Możliwość powołania się na zdolności innych przedsiębiorstw w celu spełnienia wymaganych kryteriów – Nieuiszczenie składki nieprzewidzianej w wyraźny sposób – Wykluczenie z przetargu bez możliwości uzupełnienia tego braku

W sprawie **C-27/15** mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (rada sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylia, Włochy), w postępowaniu Pippo Pizzo przeciwko CRGT Srl, przy udziale Autorità Portuale di Messina, Messina Sud Srl, Francesco Todaro, Myleco Sas, zadano następujące pytania prejudycjalne:

1) Czy art. 47 i 48 dyrektywy [2004/18] należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak uregulowanie opisane [w postanowieniu

odsyłającym] , które zezwala przedsiębiorstwu na powołanie się, z podziałem na części, na zdolności innego podmiotu w opisanych powyżej warunkach w zakresie usług?

2) Czy zasady prawa Unii Europejskiej, zwłaszcza zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań, zasada pewności prawa i zasada proporcjonalności, stoją na przeszkodzie uregulowaniu w porządku prawnym państwa członkowskiego zezwalającemu na wykluczenie z publicznego postępowania przetargowego przedsiębiorstwa, które nie zrozumiało, gdyż nie zostało to wyraźnie wskazane w dokumentach przetargowych, obowiązku – którego niespełnienie skutkowało wykluczeniem – dokonania zapłaty pewnej kwoty w celu udziału w tym postępowaniu, i to mimo okoliczności, że istnienia wspomnianego obowiązku nie można jasno wywieść z dosłownego brzmienia prawa obowiązującego w danym państwie członkowskim, lecz da się go jednak zrekonstruować w drodze podwójnej operacji prawnej polegającej, w pierwszej kolejności, na szerokiej wykładni niektórych przepisów prawa pozytywnego tego państwa członkowskiego, a następnie na uzupełnieniu ipso iure – zgodnie z wymogami takiej szerokiej wykładni – treści dokumentów przetargowych?

Autorità Portuale di Messina (organ zarządzający portem w Mesynie, Włochy) ogłosił w listopadzie 2012 r. otwarte postępowanie przetargowe o zasięgu europejskim w celu udzielenia zamówienia na okres czterech lat na usługi gospodarowania odpadami i pozostałościami ładunkowymi powstałymi na pokładzie statków zawijających do portów na obszarze właściwości organu zarządzającego portem w Mesynie. Wcześniej usługi te świadczyła CRGT.

W dniu 16 maja 2013 r. komisja przetargowa organu zarządzającego portem w Mesynie odnotowała, że złożone zostały cztery oferty.

W dniu 4 czerwca 2013 r. CRGT, która zawarła umowę korzystania ze zdolności z RIAL Srl, a także dwóch innych oferentów dowiedziało się, że zostali wykluczeni z przetargu z uwagi na brak uiszczenia do Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (organowi nadzoru zamówień publicznych, zwanemu dalej „AVCP”) składki przewidzianej ustawą nr 266/2005.

Zamówienie zostało zatem udzielone Pizzowi, jedynemu biorącemu nadal udział w przetargu przedsiębiorstwu. CRGT wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionalnego sądu administracyjnego dla Sycylii) żądając stwierdzenia nieważności decyzji o wykluczeniu z przetargu i naprawienia wynikłej z niego szkody.

Pizzo wniósł skargę wzajemną, w której twierdził, że CRGT powinna być zostać wykluczona z tego przetargu także ze względu na to, iż nie przedstawiła dwóch oddzielnych zaświadczeń bankowych dla celów wykazania swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Trybunał uznał, że prawo Unii nie wymaga do uznania wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, by podmiot zamierzający uzyskać zamówienie od instytucji zamawiającej był w stanie spełnić umówione świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, pkt 41).

W tym kontekście Trybunał uznał, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie wprowadzają żadnego zakazu co do zasady dotyczącego polegania przez kandydata lub oferenta na zdolności jednego lub szeregu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi zdolnościami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 30).

Zgodnie z tym orzecnictwem wskazane przepisy przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, „niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań”, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że oferent będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r. Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, pkt 23).

Należy zatem uznać, że dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie zdolności wielu wykonawców w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów będzie faktycznie mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do realizacji zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2013 r., Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 33).

Taka interpretacja jest zgodna z celem w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego realizacji zmierzają dyrektywy z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających (zob. podobnie wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa, C305/08, EU:C:2009:807, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał wskazał jednakże, że nie można wykluczyć, iż istnieją szczególne roboty budowlane, których specyfika wymaga zdolności niemożliwej do uzyskania poprzez połączenie zdolności o węższym zakresie szeregu podmiotów. Trybunał przyznał także, że w takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom zdolności został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub przez poleganie na ograniczonej liczbie wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Trybunał zastrzegł jednak, że taki przypadek stanowi nadzwyczajną sytuację, a dany wymóg nie może stać się ogólną zasadą na mocy prawa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35, 36).

Z postanowienia odsyłającego wynika, że CRGT nie mogła, zdaniem Pizzo, polegać na zdolności innego wykonawcy w celu spełnienia kryteriów udzielenia zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Tymczasem z art. 47 ust. 2 i z art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 wynika, że przewidują one wyraźnie możliwość polegania przez oferenta na zdolności innych podmiotów. Jednak sąd odsyłający powinien sprawdzić, czy rozpatrywane przetarg i specyfikacja warunków zamówienia przewidywały wyraźnie, że ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem zamówienia zdolność na minimalnym poziomie posiadać musi samodzielnie jeden wykonawca.

W odniesieniu do argumentu Pizzo opartego na tym, że CRGT powinna była wykazać swoją zdolność ekonomiczną i finansową poprzez przedstawienie zaświadczeń od co najmniej dwóch instytucji bankowych, należy zauważyć, że wykluczenie możliwości, by przedsiębiorstwo polegające na zdolności innego podmiotu posłużyło się zaświadczeniem z banku tego ostatniego, w oczywisty sposób skutkowałoby pozbawieniem wszelkiej skuteczności (*effet utile*) oferowanej w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 możliwości skorzystania ze zdolności innych podmiotów. W związku z tym przepisy te należy interpretować w ten sposób, że wykonawcy mogą powołać się w danym przetargu na zdolność innych podmiotów, co obejmuje również posługiwanie się ich zaświadczeniami bankowymi.

Sąd odsyłający zastanawia się również, czy art. 63 ust. 1 akapit trzeci oraz art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24 wprowadzają ograniczenia możliwości polegania na zdolności innych przedsiębiorstw. Należy jednak wyjaśnić, że na podstawie art. 90 omawianej dyrektywy państwa członkowskie powinny dostosować się do jej przepisów najpóźniej do dnia 18

kwietnia 2016 r. W związku z tym przepisy tej dyrektywy nie znajdują zastosowania *ratione temporis* do sprawy w postępowaniu głównym.

Należy ponadto podkreślić, że konkretne przepisy, do których odnosi się sąd odsyłający, przewidują możliwość wymagania przez instytucję zamawiającą, aby podmiot, na którym się polega w celu spełnienia wskazanych warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, ponosił odpowiedzialność solidarną (art. 63 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 2014/24) lub aby, dla niektórych rodzajów zamówień, określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta (art. 63 ust. 2 tej dyrektywy). Przepisy te nie ustalają więc konkretnych ograniczeń możliwości polegania na zdolności innych podmiotów w częściach, a w każdym razie takie ograniczenia powinny być zostać wyraźnie przewidziane w danym przetargu, co w sprawie w postępowaniu głównym nie miało jednak miejsca.

Wobec powyższego odpowiedź na pierwsze pytanie powinna brzmieć tak, że art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stoją one na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych zezwalających wykonawcy na powołanie się na zdolność jednego lub szeregu innych podmiotów w celu spełnienia minimalnych wymogów udziału w przetargu, które ten wykonawca spełnia jedynie w części.

Trybunał orzekł już również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32).

Z załącznika VII A dotyczącego informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, do dyrektywy 2004/18, w części „Ogłoszenia o zamówieniach”, pkt 17, wynika, że „kryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia” z danego przetargu muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu.

Tym samym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (zob. w szczególności wyroki z 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell’Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42, 43).

Z przedłożonych Trybunałowi akt sprawy wynika, że dokumentacja z przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym nie przewidywała wyraźnie obowiązku uiszczenia przez oferentów składki do AVCP pod groźbą wykluczenia z przetargu.

Jak podkreśla sąd odsyłający, istnienie tego obowiązku można wyprowadzić z szerokiej wykładni ustawy nr 266/2005 dokonywanej przez AVCP oraz z krajowego orzecznictwa administracyjnego. Sąd wyjaśnia, że AVCP uważa, iż brak uiszczenia składki powoduje wykluczenie oferenta z przetargu o publicznym charakterze, bez względu na rodzaj zamówienia, które stanowi przedmiot tego przetargu. Sąd ten wskazuje również, że z krajowego orzecznictwa administracyjnego wynika, że przedsiębiorstwo może zostać wykluczone z przetargu publicznego, jeżeli nie udowodni, że spełnia warunek nie określony wyraźnie w uregulowaniach przetargu, o ile konieczność spełnienia tego warunku wynika z „mechanizmu automatycznego uzupełniania luk w aktach administracyjnych”.

Tymczasem, jak już przypomniano w pkt 39 niniejszego wyroku, instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustali. Ma to tym większe znaczenie, gdy stawką jest wykluczenie z przetargu.

Należy bowiem wskazać, że choć art. 27 ust. 1 dyrektywy 2004/18 nie wymaga, by specyfikacje warunków zamówienia wyszczególniały wszystkie wymogi związane z podatkami, ochroną środowiska, przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy obowiązujące w państwie członkowskim, to obowiązki te, w odróżnieniu od rozpatrywanej w postępowaniu głównym składki, nie powodują automatycznego wykluczenia z przetargu na etapie dopuszczalności oferty.

Wskazanego art. 27 nie można interpretować w ten sposób, że zezwala instytucjom zamawiającym na odejście od ścisłego obowiązku przestrzegania kryteriów, które same ustaliły, zważywszy na zasadę równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości, którym podlegają one na podstawie art. 2 dyrektywy 2004/18.

Jak podnosi w istocie rzecznik generalny w pkt 65 opinii, warunek uzależniający prawo do wzięcia udziału w przetargu publicznym wynikający z wykładni prawa krajowego i praktyki jednego z organów, taki jak ten postępowaniu głównym, jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych.

Co do argumentu, że CRGT świadczyła już wcześniej usługi będące przedmiotem przetargu, a więc powinna wiedzieć o istnieniu spornej w postępowaniu głównym składki, wystarczy stwierdzić, że zasada równego traktowania i wypływający z niej obowiązek przejrzystości byłyby w oczywisty sposób nieprzestrzegane, gdyby taki wykonawca podlegał kryteriom nieustalonym w przetargu i niemającym zastosowania do nowych wykonawców.

Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że w odniesieniu do tego warunku uiszczenia składki nie istnieje możliwość usunięcia uchybienia.

Zgodnie z pkt 46 wyroku Trybunału z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell'Adda* (C- 42/13, EU:C:2014:2345) podmiot zamawiający nie może dopuścić jakiegokolwiek uzupełnienia braków, które zgodnie z wyraźnymi postanowieniami dokumentacji przetargowej powinny powodować wykluczenie oferty. W tej sprawie Trybunał podkreślił w pkt 48 wyroku, że rozpatrywany tam obowiązek jest jasno nałożony w dokumentacji przetargowej pod rygorem wykluczenia (zob. wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345).

Tymczasem jeżeli, jak w postępowaniu głównym, warunek udziału w przetargu, pod rygorem wykluczenia, nie jest wyraźnie przewidziany w dokumentacji przetargowej i da się go zidentyfikować wyłącznie w drodze dokonywanej w orzecznictwie wykładni prawa krajowego, instytucja zamawiająca może wyznaczyć wykluczonemu oferentowi termin wystarczający na naprawienie tego braku.

Wobec całości powyższego odpowiedź na drugie pytanie powinna brzmieć tak, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. W tych okolicznościach zasady równego traktowania i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcy zaradzenie tej sytuacji i spełnienie omawianego obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą.

6. Orzeczenie z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C- 46/15

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie – Kwalifikacje techniczne wykonawców – Bezpośrednia skuteczność – Środki dowodowe – Stosunek hierarchiczny między zaświadczeniem wystawionym przez prywatnego nabywcę i jednostronnym oświadczeniem oferenta – Zasada proporcjonalności – Zakaz wprowadzania istotnych zmian do przewidzianych środków dowodowych

W sprawie C-46/15 mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego, Portugalia), w postępowaniu Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA przeciwko AICP – AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal, przy udziale Índice – ICT & Management Lda, zadano następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy wobec braku uregulowania przez prawo portugalskie dziedziny objętej zakresem art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 przepis ten znajduje bezpośrednie zastosowanie w portugalskim porządku prawnym w ten sposób, iż przyznaje jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko instytucjom zamawiającym?

2) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie świadczenia usług za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż jest niemożliwe lub bardzo utrudnione uzyskanie oświadczenia od prywatnego nabywcy?

3) Czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia wymagają, aby oświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ?”.

W dniu 10 grudnia 2013 r. AICP, działając jako instytucja zamawiająca, ogłosiło przetarg ograniczony z preselekcją w celu udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług „wdrożenia systemów zarządzania środowiskiem i jakością oraz platformy technologicznej w 13 spółkach”. W art. 12 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający, AICP, zawarł między innymi następujące wymagania w zakresie dokumentacji przedstawianej przez kandydatów:

a) oświadczenie klienta na opieczetowanym papierze firmowym, które poświadczy wdrożenie systemu zarządzania środowiskiem lub jakością przez kandydata [wymóg art. 8 ogłoszenia o zamówieniu], zgodnie ze wzorem oświadczenia zawartym w załączniku VIII do niniejszego ogłoszenia o zamówieniu. Oświadczenie powinno zawierać poświadczenie podpisu i funkcji osoby podpisującej dokonane przez notariusza, adwokata lub inny właściwy podmiot;

b) oświadczenie klienta na opieczetowanym papierze firmowym, które poświadczy wdrożenie systemu zarządzania, opracowanie i wdrożenie sieciowej platformy technologicznej, oprogramowania do zarządzania oraz przeprowadzenie działań koordynacyjnych przez kandydata [wymóg art. 8 ogłoszenia o zamówieniu], z podaniem właściwej kwoty, zgodnie ze wzorem oświadczenia znajdującym się w załączniku IX do niniejszego programu. Oświadczenie powinno zawierać poświadczenie podpisu i funkcji osoby podpisującej dokonane przez notariusza, adwokata lub inny właściwy podmiot.

W dniu 27 marca 2014 r. AICP zatwierdziło ostateczne sprawozdanie sporządzone przez komisję przetargową, wybierając do etapu składania ofert Índice ICT & Management Lda i wykluczając w szczególności kandydaturę Ambisig ze względu na to, że spółka ta nie wykazała spełnienia warunków dotyczących możliwości technicznych w drodze oświadczenia prywatnego nabywcy poświadczonego zgodnie z art. 12 ogłoszenia o zamówieniu oraz nie wykazała ani nie twierdziła, że przedstawienie takiego oświadczenia było niemożliwe lub w poważny sposób utrudnione.

W ramach odwołania wniesionego przez Ambisig od tej decyzji Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii, Portugalia) w wyroku z dnia 11 czerwca 2014 r. częściowo uwzględnił zarzuty podnoszone przez tę spółkę, stwierdził nieważność decyzji AICP i nakazał mu wydać nowe ogłoszenie o zamówieniu w terminie 20 dni.

Ambisig zaskarżył ten wyrok do tego samego sądu w kolegiальnym składzie, zarzucając, że sąd ów nie uznał zarzutów skargi dotyczących w szczególności niezgodności reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą w odniesieniu do zdolności technicznych kandydatów z wymogami określonymi w art. 48 dyrektywy 2004/18.

Wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2014 r. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (sąd ds. administracyjnych i podatkowych w Leirii) w kolegiальnym składzie oddalił odwołanie Ambisig, spółka ta odwołała się więc od tego wyroku do sądu odsyłającego ze względu na to, że w wyroku tym również nie stwierdzono niezgodności z prawem, w świetle art. 48

dyrektywy 2004/18, reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą w odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu zdolności technicznych kandydatów.

W tych okolicznościach Tribunal Central Administrativo Sul (centralny sąd administracyjny dla regionu południowego) postanowił zawiesić postępowanie i zadać Trybunałowi pytania w trybie prejudycjalnym.

W przedmiocie pierwszego pytania:

W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w braku przepisu transponującego w prawie krajowym przepis ten może przyznawać jednostkom prawo, które mogą one podnieść przeciwko jednostkom zamawiającym w ramach sporów toczących się przed sądami krajowymi.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, jeśli państwo nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub jeśli dokonało niewłaściwej transpozycji, jednostki mogą powoływać się przed sądami krajowymi przeciwko temu państwu wyłącznie na te przepisy dyrektywy, które z punktu widzenia swej treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C 425/12, EU:C:2013:829, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 14 stycznia 2014 r., *Association de médiation sociale*, C 176/12, EU:C:2014:2, pkt 31; a także z dnia 15 maja 2014 r., *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C 337/13, EU:C:2014:328, pkt 31).

Należy zaś stwierdzić, że jak wskazał rzecznik generalny w pkt 25 opinii, art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 spełnia te kryteria, gdyż ustanawia zobowiązanie nieobwarowane żadnymi dodatkowymi warunkami ani nieuzależnione od wydania przez instytucje Unii lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu oraz w jasny i wyczerpujący sposób określa dokumenty, jakich można żądać w przetargach publicznych od wykonawców w celu wykazania ich zdolności technicznych(...)

Przy tym jednak, aby udzielić użytecznej odpowiedzi na pytanie pierwsze, należy jeszcze wyjaśnić, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 może zostać podniesiony wobec dowolnego podmiotu kwalifikującego się do miana „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 tej dyrektywy.

W tej kwestii należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, o ile dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę, wobec czego nie

można powoływać się na nią wobec jednostki (zob. w szczególności wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C 282/10, EU:C:2012:33, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 15 stycznia 2015 r., Ryanair, C 30/14, EU:C:2015:10, pkt 30), o tyle gdy jednostki mogą powoływać się na taką dyrektywę względem nie jednostki, ale państwa, mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim to państwo występuje. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo mogłoby odnieść korzyść z naruszenia przez siebie prawa Unii (zob. podobnie wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C 282/10, EU:C:2012:33, pkt 38 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C 425/12, EU:C:2013:829, pkt 23).

Tym samym podmiotem, przeciwko któremu dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, jest nie tylko organ publiczny, lecz również jednostka, której – niezależnie od jej formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i która w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami (wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., Portgás, C 425/12, EU:C:2013:829, pkt 24 i przytoczone tam orzecznictwo).

W niniejszym przypadku w odniesieniu do AICP z wyjaśnień udzielonych przez rząd portugalski na rozprawie przed Trybunałem zdaje się wynikać, że podmiot ten, choć objęty jest zakresem pojęcia „instytucji zamawiającej” w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18, stanowi zrzeszenie przedsiębiorstw prawa prywatnego, niespełniające wspomnianych przesłanek do tego, by można było wobec niego podnieść przepisy tej dyrektywy, ponieważ nie świadczy żadnych usług użyteczności publicznej pod kontrolą państwowych organów władzy i nie dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami, co jednakże powinien jeszcze zweryfikować sąd odsyłający.

Zważywszy na całość powyższych rozważań, odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

W przedmiocie pytania drugiego:

W pytaniu drugim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stosowaniu postanowień ustanowionych przez instytucję zamawiającą, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich możliwości technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że wykaże on, iż uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

W tym względzie należy przypomnieć na wstępie, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) dyrektywy 2004/18 stanowi, iż dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu trzech lat poprzedzających publikację ogłoszenia o zamówieniu.

W przypadku gdy odbiorcą tych dostaw lub usług jest nabywca prywatny, tiret drugie tego przepisu stanowi, że dowód tych czynności może zostać dostarczony na dwa sposoby, a mianowicie „w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy”.

Kwestia podniesiona przez sąd odsyłający dotyczy właśnie relacji między tymi dwoma środkami dowodowymi, gdyż chodzi tu o ustalenie, czy są one równorzędne, a wykonawca może wedle własnego uznania wykazać swoje możliwości techniczne w obojętnie jaki sposób, albo w drodze zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, albo w postaci zwykłego oświadczenia sporządzonego samodzielnie, czy też, przeciwnie, prawodawca Unii wprowadził hierarchię tych środków dowodowych i użycie przez wykonawcę takiego jednostronnego oświadczenia ograniczone jest wyłącznie do sytuacji, w których nie jest on w stanie uzyskać wspomnianego zaświadczenia.

W tym względzie należy stwierdzić, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 jest tak zredagowany, że zgodnie ze swoim zwykłym znaczeniem w języku potocznym nie pozostawia żadnych dających się rozsądnie uzasadnić wątpliwości.

Jak bowiem podkreślił rzecznik generalny w pkt 43 opinii, użyte w tym przepisie wyrażenie „w razie braku” w potocznym znaczeniu wskazuje na stosunek pomocniczości, a nie równoważności między środkami dowodowymi, o których mowa.

Wynika z tego, że zgodnie z dosłowną wykładnią art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy rozumieć w ten sposób, iż instytucje zamawiające mogą zezwolić wykonawcy na wykazanie jego możliwości technicznych przy pomocy własnego

oświadczenia, jedynie gdy nie jest on w stanie uzyskać zaświadczenia od prywatnego nabywcy.

(...)

Zgodnie z zasadą proporcjonalności, stanowiącą ogólną zasadę prawa Unii, zasady ustanawiane przez instytucje zamawiające dotyczące stosowania dwóch środków dowodowych, o których mowa w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, nie powinny wykraczać poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonych w tej dyrektywie celów (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2015 r., Impresa Edilux i SICEF, C 425/14, EU:C:2015:721, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

Wynika z tego, że jak podnieśli rzecznik generalny w pkt 50 opinii oraz Komisja w uwagach na piśmie, reguły zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu zezwalające na przedstawienie przez wykonawcę własnego oświadczenia w celu wykazania swoich możliwości technicznych, wyłącznie gdy wykaże on, iż absolutnie nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia od prywatnego nabywcy, byłyby nieproporcjonalne. Tego rodzaju reguły nakładałyby na niego ciężar zbyt duży w stosunku do tego, co jest niezbędne, by konkurencja nie została zakłócona, oraz do zapewnienia poszanowania zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania w dziedzinie zamówień publicznych.

Natomiast zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu reguły, zgodnie z którymi wykonawca ma prawo posłużyć się takim własnym oświadczeniem również wtedy, gdy wykaże przy pomocy obiektywnych elementów, podlegających sprawdzeniu dla każdego przypadku oddzielnie, że istnieją poważne trudności uniemożliwiające mu uzyskanie takiego zaświadczenia, wynikające na przykład ze złej woli prywatnego nabywcy, są zgodne z zasadą proporcjonalności, ponieważ zasady te nie obarczają wykonawcy ciężarem dowodu nadmiernym w stosunku do realizacji tychże celów.

Tak zdaje się być w przypadku, z zastrzeżeniem konieczności zweryfikowania tego przez sąd odsyłający, reguł zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu sporządzonym przez AICP, kwestionowanych w ramach sporu w postępowaniu głównym.

W świetle powyższych rozważań na pytanie drugie odpowiedź powinna brzmieć tak, że art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 nie sprzeciwia się stosowaniu reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba

że przedstawi on dowód na to, że uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

W przedmiocie pytania trzeciego:

W pytaniu trzecim sąd odsyłający zwraca się w istocie o udzielenie odpowiedzi, czy art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, które pod sankcją wykluczenia kandydatury wykonawcy wymagają, aby zaświadczenie prywatnego nabywcy zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

W tym względzie należy wskazać, że w portugalskiej wersji językowej wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę”, zawarte w art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18, brzmi „declaração reconhecida do adquirente” („poświadczony oświadczenie nabywcy”), co może sugerować, że aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę było ważne, podpis na nim musi być poświadczony.

Jak jednak podkreślają wszystkie strony, które złożyły uwagi na piśmie, w większości innych wersji językowych przepis ten jest sformułowany w inny sposób, zdający się prowadzić do innej, mniej restrykcyjnej wykładni zakresu takiego środka dowodowego. Z niemieckiej („vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung”), hiszpańskiej („certificado del comprador”), włoskiej („attestazione dell’acquirente”) i angielskiej („purchaser’s certification”) wersji wynika w szczególności, że wyrażenie „zaświadczenie wystawione przez nabywcę” należy rozumieć w ten sposób, iż dozwolone jest, by wykonawca dowiódł swoich zdolności technicznych za pomocą dokumentu sporządzonego bez zachowania żadnej szczególnej formy przez wykonawcę lub wykonawców prywatnych, potwierdzającego fakt realizacji głównych dostaw lub usług z ostatnich trzech lat i wskazującego kwotę, na jaką były one zrealizowane, oraz datę ich realizacji.

W związku z tymi różnicami językowymi należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału sformułowania użytego w jednej z wersji językowych przepisu prawa Unii nie można traktować jako jedynej podstawy jego wykładni, nie można też przyznawać mu w tym zakresie pierwszeństwa względem innych wersji językowych. Przepisy prawa Unii należy bowiem interpretować i stosować w sposób jednolity w świetle wersji sporządzonych we wszystkich językach Unii. W razie rozbieżności pomiędzy różnymi wersjami językowymi tekstu prawa Unii dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego stanowi on część (wyrok z dnia 15

października 2015 r., Grupo Itevelesa i in., C 168/14, EU:C:2015:685, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

(...)

Ponadto, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 80 i 81 opinii, uzależnienie waloru dowodowego zaświadczenia wystawionego przez prywatnego nabywcę od poświadczenia jego podpisu przez inny organ wprowadzałoby wymóg formalny, który służyłby nie otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, tylko ograniczeniu udziału wykonawców, w szczególności zagranicznych, w przetargach publicznych.

Z racji bowiem krótkich terminów wyznaczanych zazwyczaj na złożenie kandydatur w ogłoszeniach o zamówieniu oraz rozbieżności pomiędzy różnymi krajowymi ustawodawstwami w zakresie poświadczania podpisów na dokumentach nie można wykluczyć, że wielu wykonawców, zwłaszcza zagranicznych, mogłoby się zniechęcić do składania ofert z uwagi na praktyczne trudności wiążące się z przedstawieniem w państwie członkowskim danego przetargu zaświadczenia z prawidłowo poświadczonym podpisem.

W związku z tym ogólny kontekst systemowy i cel dyrektywy 2004/18 prowadzą do przyjęcia wykładni, zgodnie z którą wymóg „zaświadczenia” wystawionego przez prywatnego nabywcę, podobnie jak „poświadczonego oświadczenia”, o którym mowa w portugalskiej wersji językowej art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie tej dyrektywy, wymaga jedynie przedstawienia zaświadczenia sporządzonego przez tego nabywcę, a instytucje zamawiające nie mogą go obwarować żadnymi innymi wymogami formalnymi, takimi jak wymóg poświadczania podpisu tego nabywcy przez jakikolwiek właściwy organ.

Z uwagi na powyższe odpowiedź na pytanie trzecie powinna brzmieć, iż art. 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, takim jak te w postępowaniu głównym, które pod sankcją wykluczenia kandydatury oferenta wymagają, aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzekł, co następuje:

1) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, iż spełnia on przesłanki do tego, by nadawać jednostkom, w braku transpozycji do

prawa krajowego, prawa, na które mogą się one powołać przed sądami krajowymi wobec instytucji zamawiającej, o ile ta jest organem publicznym lub na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono jej wykonywanie usług użyteczności publicznej i o ile w tym celu dysponuje ona uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

2) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on stosowaniu reguł ustanowionych przez instytucję zamawiającą, takich jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które nie pozwalają wykonawcy na wykazanie swoich zdolności technicznych za pomocą oświadczenia podpisanego przez niego samego, chyba że przedstawi on dowód na to, iż uzyskanie zaświadczenia od prywatnego nabywcy jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

3) Artykuł 48 ust. 2 lit. a) ppkt (ii) tiret drugie dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on postanowieniom ustanowionym przez instytucję zamawiającą, takim jak te będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które pod sankcją wykluczenia kandydatury oferenta wymagają, aby zaświadczenie wystawione przez prywatnego nabywcę zawierało podpis poświadczony przez notariusza, adwokata lub inny właściwy organ.

OPINIE PRAWNE

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawiają taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert

Tryb postępowania w sytuacji, gdy nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawiają taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, ustawa Pzp reguluje wyłącznie w art. 91 ust. 4. Ustawa Pzp wskazuje w tych okolicznościach na wybór oferty z niższą ceną, nie przewidując jednocześnie odpowiedniego stosowania art. 91 ust. 5 tejże ustawy w przypadku, gdy w postępowaniu, w którym kryteriami oceny ofert są cena oraz kryteria pozacenowe, dwie lub więcej ofert zawiera taki sam bilans ceny i kryteriów pozacenowych, a zaproponowane w nich ceny są takie same. Treść art. 91 ust. 5 ustawy Pzp ma zastosowanie tylko w postępowaniach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena, co wynika wprost z treści tego przepisu. A zatem, nie jest możliwe zastosowanie wykładni rozszerzającej art. 91 ust. 5 ustawy Pzp i wezwanie do złożenia ofert dodatkowych w sytuacji, gdy w postępowaniu, w którym kryteriami oceny ofert są cena oraz inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a dwie oferty przedstawiają taki sam bilans innych kryteriów pozacenowych przy takiej samej cenie. Ustawa Pzp nie wskazuje wprost, jak wówczas powinien postąpić zamawiający. W takiej sytuacji – w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych – zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W celu wyjaśnienia, na czym polega wadliwość postępowania w takim przypadku, należy wskazać, że sytuacja taka prowadziłaby na gruncie obowiązujących przepisów do niemożliwości wyłonienia oferty najkorzystniejszej rozumianej jako najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, albowiem dwie oferty bądź więcej przedstawia taki sam wynik. Zaznaczyć przy tym należy, iż zastosowanie w opisanym stanie rzeczy przez analogię art. 91 ust. 5 ustawy Pzp byłoby nieuprawnione z uwagi na różnorodny charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. A przede wszystkim z uwagi na

odmienny sposób ustalania kryteriów oceny ofert i wag tych kryteriów w różnych postępowaniach. Zastosowanie art. 91 ust. 5 ustawy Pzp poprzez analogię mogłoby rodzić wątpliwość, czy należy wezwać wykonawców do złożenia ofert dodatkowych tylko co do ceny, czy też co do ceny i innych kryteriów oceny ofert. W konsekwencji przepis ten mógłby być niejednolicie stosowany.

Mając na uwadze rozważania poczynione powyżej należy stwierdzić, iż zamawiający w takiej sytuacji nie powinien wzywać wykonawców do złożenia ofert dodatkowych, a unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podział zamówienia na części w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane

Przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane obowiązują ogólne zasady szacowania wartości zamówienia, tj. określona w art. 32 ust. 1 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 j.t.)*, zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Zgodnie z definicją robót budowlanych zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp, należy pod tym pojęciem rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przy czym, pod pojęciem obiektu budowlanego należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 pkt 5d ustawy Pzp). Zakres powyższej definicji robót budowlanych jest szerszy niż zakres definicji tego pojęcia zawartej w Prawie budowlanym.

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych (por. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawach połączonych C-187/04 i C-188/04 Komisja przeciwko Włochom). Szacując wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Pzp, nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką

ta inwestycja budowlana ma pełnić, zamawiający powinien dokonać łącznego szacowania, sumując wartość robót składających się na ww. zamierzenie.

Przechodząc do analizy problematyki nieuprawnionego podziału zamówienia na części, należy stwierdzić, że zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zanizac jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Nie jest zakazany podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

W powyższym kontekście szacowanie wartości zamówienia powinno być dokonywane w oparciu o takie kryteria jak: podobieństwo funkcjonalne i przedmiotowe realizowanych świadczeń, możliwość udzielenia zamówień w określonej perspektywie czasowej (ew. możliwość realizacji tych świadczeń w przewidywanym czasie np. w roku budżetowym) oraz możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę. Kryterium przedmiotowego podobieństwa należy odnosić przy tym nie tylko do wyodrębnienia zbliżonych przedmiotowo świadczeń, ale również do takich świadczeń, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość. Kryterium czasowe powinno prowadzić do ustalenia możliwości przewidzenia (zaplanowania) nabywania świadczeń w danym okresie, jak również do określenia perspektywy czasowej udzielenia całego zamówienia. Zastosowanie podanych wyżej kryteriów powinno umożliwić zamawiającemu ustalenie, czy przewidywane przez niego nabywanie określonych świadczeń powinno następować w ramach jednego zamówienia ze względu na ich podobieństwo lub związek funkcjonalny, czy też ma on do czynienia z odrębnymi zamówieniami.

Warto również zauważyć, iż problematyka związana z podziałem zamówienia na roboty budowlane na części w ramach jednego projektu infrastrukturalnego kilku zamówień na roboty budowlane, pojawiła się na tle realizacji Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, kiedy zarówno Instytucja Zarządzająca, jak i Komisja Europejska stwierdziły sztuczny podział zamówienia na części. Dotyczyło to m. in. projektu polegającego na przebudowie szeregu ulic Rzeszowa w ciągu drogi krajowej nr 4. Służby Komisji nie podzieliły stanowiska Miasta, oceniając, iż zamawiający dokonał sztucznego podziału

zamówienia. Komisja uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że fizyczny przedmiot prac w siedmiu różnych sekcjach był taki sam, albowiem dotyczył przebudowy drogi; wszystkie sekcje były zlokalizowane na tym samym obszarze, ponieważ graniczą ze sobą w ciągu drogi krajowej (tworzą drogę krajową). Z tych przyczyn realizacja każdej z sekcji wymagała identycznego potencjału i doświadczenia wykonawcy. Ponadto Komisja wskazała, że przetargi obejmujące realizację pojedynczych sekcji zostały przeprowadzone przez tę samą instytucję zamawiającą, a pięć z nich zostało rozpoczętych w tym samym czasie. W konsekwencji Komisja Europejska przyjęła, że całość robót łącznie spełnia funkcje gospodarcze i techniczne odpowiadające warunkom uznania za obiekt budowlany w rozumieniu dyrektywy. Z tego względu ogłoszenie o poszczególnych przetargach powinno zostać opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, a procedura - przeprowadzona zgodnie z przepisami wspólnotowymi.

Mając na uwadze przedstawione w treści przedmiotowego pisma pytania, należy przede wszystkim stwierdzić, że (przy zachowaniu ww. zasad) podstawowym kryterium, w oparciu o które zamawiający powinien dokonywać decyzji w przedmiocie sumowania wartości zamówień na roboty budowlane, jest istnienie zamierzenia budowlanego, w ramach którego planuje on wykonanie danych robót budowlanych. Wynika to z faktu, że zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 5d ustawy Pzp przez obiekt budowlany rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, a zgodnie z cytowanym powyżej orzecznictwem ETS, istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych.

Odnosząc się do problematyki zamówień realizowanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE, z uwagi na wyodrębnienie źródła finansowania, zasadniczo jest możliwe oszacowanie zakresu zamówienia dla całego okresu realizacji projektu. W tej sytuacji argumentem na rzecz zakwalifikowania określonych robót budowlanych jako odrębnych zamówień nie może być brak dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego, gdy zamawiający dysponuje już szacunkową kwotą ujętą np. w studium wykonalności. Argumentem takim nie może być także okoliczność zaplanowania, że wszczęcie konkretnych procedur następować będzie w pewnych odstępach czasowych, a nie jednocześnie. Należy bowiem zauważyć, że już na etapie planowania procedur przetargowych zamawiający posiada wiedzę odnośnie przedmiotu i przewidywanej wartości zamówienia.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – przykłady naruszeń w świetle najnowszych wyników kontroli przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 27. 07. 2016 r., zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Możliwość ustanowienia w konkursie nagrody w postaci zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej przewidziano w art. 111 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku, gdy nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, przedmiotem zamówienia jest szczegółowe opracowanie pracy konkursowej (art. 111 ust. 2 ustawy Pzp). Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 „*Celem procedury konkursowej jest bowiem uzyskanie koncepcji, pomysłu, projektu, zaś celem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uszczegółowienie, doprecyzowanie i konkretyzacja ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w wybranej pracy konkursowej*”.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 110 ustawy Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.

Poniżej przedstawiono przykładowe naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 27. 07. 2016 r., stwierdzone podczas przeprowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład 1 (KD/26/15)

Podstawa prawna udzielenia zamówienia: art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rodzaj zamówienia: usługa

Stan faktyczny sprawy:

W dniu 30 maja 2014 r. Zamawiający przesłał do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o konkursie na przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013. W myśl pkt 3.1 Regulaminu konkursu przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji i założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007 – 2013.

Zgodnie z sekcją IV pkt 5.1 poz. 2 i 3 ogłoszenia o konkursie oraz pkt 15.2 Regulaminu konkursu, nagrodą w konkursie było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora projektu zwycięskiego. Mianem projektu zwycięskiego miała zostać określona praca konkursowa, której Sąd Konkursowy przyzna najwyższą liczbę punktów. Negocjacje z wolnej ręki miały na celu zawarcie umowy o zamówienie publiczne na przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013.

W ramach procedury konkursowej zostały złożone 4 prace konkursowe. Pismem z dnia 8 września 2014 r. Zamawiający zawiadomił uczestników konkursu o rozstrzygnięciu konkursu.

Na podstawie dokumentacji kontroli ustalono, iż Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 1 października 2014 r.

Negocjacje w sprawie ustalenia warunków realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odbyły się w dniu 3 października 2014 r. w siedzibie Zamawiającego. W dniu 6 października 2014 r. zawarto umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający dodatkowo poinformował, iż przedmiot udzielonego zamówienia z wolnej ręki nie wykraczał poza zakres pracy konkursowej. Dodał jednak, iż w trakcie negocjacji poprzedzających zawarcie umowy wprowadzono:

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2016

- 1) zmiany w harmonogramie realizacji usługi bez zmiany terminu zakończenia realizacji zamówienia przewidzianego w Regulaminie konkursu,
- 2) obowiązek przygotowania przez Wykonawcę dwóch dodatkowych propozycji filmów, w celu ewentualnej zamiany w stosunku do propozycji złożonej w pracy konkursowej (konieczność przedstawienia propozycji dwóch filmów wynikała z treści Regulaminu konkursowego i nie wpływała na wartość zamówienia oraz termin jego realizacji),
- 3) zmianę rodzaju reklamy w trzech (z ośmiu) tytułach prasowych z reklamy typu insert materiałów reklamowych na reklamę konsekutywną (zgodnie z Regulaminem konkursu Wykonawca zobowiązany był do wskazania rodzaju reklamy projektu w prasie; zmiana nie wpłynęła na wartość zamówienia oraz na termin jego realizacji).

Zamawiający dodał, iż powyższe zmiany zostały uwzględnione w Protokole z negocjacji przeprowadzonych z Wykonawcą.

Wynik kontroli:

Podstawowa różnica wskazująca na odmiennność regulacji dotyczących konkursów od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wynika z samej istoty konkursu, który jest przyrzeczeniem publicznym, w wyniku którego nie dochodzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Konkurs nie stanowi zatem trybu udzielenia zamówienia, może natomiast przeprowadzenie takiego postępowania poprzedzać i stanowić etap przygotowania do realizacji określonego zamierzenia inwestycyjnego. Należy podkreślić, iż prace konkursowe przedkładane w ramach konkursu, określonego w art. 110 ustawy Pzp – stanowią uzewnętrzniony rezultat indywidualnej, twórczej działalności uczestników konkursu, polegającej na przedstawieniu planu, wizji bądź koncepcji realizacji idei lub założeń określonego przedsięwzięcia, zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Organizatora Konkursu. Konkurs ma zatem na celu przeprowadzenie możliwie najszerszej konfrontacji twórczych pomysłów dotyczących przedmiotu konkursu.

Zgodnie z Regulaminem konkursu przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji i szczegółowych założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego 2007-2013 (RPO WM). Podstawą kampanii były 3 filmiki viralowe prezentujące „dobre praktyki” (wybrane projekty realizowane/zrealizowane w ramach RPO WM). Za zebranie materiałów merytorycznych odpowiedzialne były obie strony.

Zakres rzeczowy opracowania pracy konkursowej zawierał:

- 1) opracowanie, strategii i szczegółowej koncepcji oraz hasła i logotypu kampanii wirusowej,
- 2) opracowanie koncepcji kreatywnej dla 3 virali,
- 3) zaplanowanie mediów, w których kampania miała być przeprowadzona,
- 4) opracowanie harmonogramu kampanii, w której będą opisane wszystkie terminy potrzebne na opracowanie koncepcji założeń do kampanii wirusowej oraz produkcję elementów kreatywnych kampanii, czas trwania i terminy kampanii w rozbiciu na poszczególne media i nośniki, badania marketingowe, itd.,
- 5) opracowanie metodologii badań marketingowych kampanii składających się z dwóch niezależnych etapów – badanie testowe kreacji reklamowych i badanie efektywności kampanii (badania pretestowe, posttestowe).

Przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy zakres zawartej z Wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego, który obejmował przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wirusowej na podstawie zwycięskiej pracy konkursowej, która będzie zawierała opracowanie koncepcji i założeń oraz zaplanowanie kampanii wirusowej, zakupu mediów wraz z nośnikami, przygotowania raportu z realizacji kampanii, badanie marketingowe, przygotowanie raportu z realizacji kampanii, zobowiązanie Wykonawcy do rozpowszechniania przez cały czas trwania kampanii informacji o współfinansowaniu kampanii ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego.

Należy jednoznacznie stwierdzić, iż tak określony zakres umowy obejmował stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia. Po pierwsze, wskazuje na to już sam tytuł zawartej umowy z wolnej ręki, a mianowicie: *„Umowa na usługę dotyczącą przygotowania i przeprowadzenia kampanii wirusowej w ramach promocji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007 – 2013”*. Po drugie, jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazane zostały czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. zakupem mediów wraz z nośnikami, realizacją kampanii (produkcja, postprodukcja, obsługa techniczna, emisja), przygotowaniem raportu z jej realizacji oraz rozpowszechnianiem przez cały czas trwania kampanii informacji o jej współfinansowaniu ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego.

Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na realizację przedsięwzięcia, którego koncepcja była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. W zawartej umowie brak jest wymienionych elementów odnoszących się do szczegółowego opracowania pracy konkursowej. W zakres zamówienia wchodzi bowiem usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem konkursu mogą być bowiem jedynie takie działania, wyraźnie oznaczone w przyrzeczeniu, które mają charakter utworu, jako że do skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy.

Przeprowadzenie procedury konkursowej ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu który ma realizować przedsięwzięcie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z uchwałą KIO/KD 12/14 z dnia 5 marca 2014 r.: *„Rola postępowania konkursowego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jest bowiem ograniczona do niezbędnej działalności twórczej, oczekiwanej od podmiotu mającego szczególne predyspozycje. Tym samym błędne lub niewłaściwe ustalenie zasad konkursu (tu – w zakresie przewidzianej dla jego zwycięzcy nagrody) nie może być uzasadnieniem dla następczego nieprawidłowego udzielenia zamówienia publicznego na realizację określonego zadania inwestycyjnego”*.

Należy zwrócić uwagę, iż w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki Zamawiający podał jedynie informacje związane z czynnościami proceduralnymi przeprowadzonymi przez siebie w ramach konkursu i w ramach wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, nie wyjaśniając, w jaki sposób przedmiot zamówienia z wolnej ręki stanowi szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2014 r. (znak: KIO/KD 12/14) wskazano, iż: *„Przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie*

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2016

zamówienia z wolnej ręki (co wynika expressis verbis z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 ustawy Pzp i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – vide art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp)”.

Dalej w tej samej uchwale KIO podkreślono iż: „ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji pojęcia *szczególne opracowanie pracy konkursowej*. Także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia *szczególne opracowanie pracy konkursowej*, jako że – po pierwsze – przepis zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast – po drugie – wydaje się, że pojęć użytych w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego „*opracowanie utworu*” i art. 111 ust. 2 ustawy „*szczególne opracowanie pracy konkursowej*” nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „*sególne opracowanie pracy konkursowej*” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem *sególne opracowanie utworu* ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy)”.

W świetle powyższego nie sposób uznać, aby zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jako nagroda w konkursie, które jest przedmiotem niniejszej kontroli, stanowiło *szczególne opracowanie pracy konkursowej*.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała z dnia 8 maja KIO/KD 26/15).

Przykład 2 (KD/43/16)

Podstawa prawna udzielenia zamówienia: art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rodzaj zamówienia: usługa

Stan faktyczny sprawy:

Na podstawie dokumentacji kontroli ustalono, iż przedmiotem zamówienia w postępowaniu wszczętym w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery (...)”.

Na podstawie dokumentacji kontroli ustalono, iż Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 7 września 2015 r. Umowa z ww. Wykonawcą została zawarta w dniu 9 września 2015 r.

Przedmiotem Umowy zawartej w dniu 9 września 2015 r. w wyniku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, objętego niniejszą kontrolą, było *przygotowanie i przeprowadzenie kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery (...)”*. Wykonawca zobowiązany był m.in. wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego zaproszenia na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery w ilości 2 000 sztuk; damsko-męskie maski dekoracyjne (balowe) na oczy w ilości 1800 sztuk; zarezerwować miejsca w mediach, w których realizowane będą poszczególne świadczenia związane z kampanią promocyjną, wykonać składy graficzne projektów wszystkich materiałów promocyjnych i graficznych, wykonać media plan, wykonać i dostarczyć do siedziby Zamawiającego plakaty łącznie w nakładzie 252 sztuk oraz ulotki w nakładzie 30.000 szt., wykonać i przesłać Zamawiającemu finalne wersje grafik, zarezerwować miejsca w mediach, wykonać film promocyjny z akcji ambientowej, dokonać kompletnej analizy zrealizowanej kampanii wizerunkowo-informacyjnej i przedstawić szczegółowy raport.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie zostało poprzedzone konkursem, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp. Zgodnie z regulaminem konkursu przedmiotem konkursu było opracowanie koncepcji kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn. „Przebudowa Opery (...)”.

Zgodnie z zapisami regulaminu konkursu i ogłoszenia o konkursie nagrodą dla uczestnika konkursu – autora najlepszej pracy konkursowej, miało być zaproszenie do udziału w negocjacjach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na przeprowadzenie kampanii wizerunkowo-informacyjnej promującej projekt przebudowy Opery (...).

Wynik kontroli:

W świetle powyższego należy uznać, iż określony przez Zamawiającego w skontrolowanym postępowaniu przedmiot zamówienia wykracza poza dopuszczalny ustawowo zakres, który pozwala udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie do szczegółowego opracowania pracy konkursowej. Akceptacja odmiennego stanowiska – w ocenie Prezesa Urzędu – wypaczałaby ideę przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu który ma realizować taki projekt.

Niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia z powołaniem się na okoliczności wynikające z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2015 r. KIO/KD 26/15 *„Nie jest możliwe (...) dokonanie rozszerzenia ogólnej definicji „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” i zlecenie w trybie zamówienia z wolnej ręki także innych, obok doprecyzowania pracy twórczej, elementów związanych z jej urzeczywistnieniem”*.

Analiza przedmiotu zamówienia w postępowaniu udzielonym w trybie z wolnej ręki prowadzi do wniosku, że było nim nie tylko wykonanie prac twórczych, ale również takich, których efektem była realizacja kampanii wizerunkowo – promocyjnej. W konsekwencji należy wskazać, iż przedmiotem zamówienia w trybie z wolnej ręki było w istotnej części wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia, nie zaś jedynie uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej. Świadczy o tym m.in. zakres zawartej z Wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Obejmował on stadium ostatecznej realizacji przedsięwzięcia, ponieważ dotyczył czynności związanych z finalnym przeprowadzeniem kampanii. Wskazuje na to już sama zawartej Umowy z wolnej ręki, a mianowicie: *Zamawiający zleca, a Wykonawca zobowiązuje się do przygotowania i przeprowadzenia kampanii wizerunkowo – informacyjnej projektu pn.: „Przebudowa Opery (...)”*. Ponadto w umowie jako główne elementy przedmiotu zamówienia wskazane zostały czynności związane z finalnym przeprowadzeniem kampanii, tj. wykonanie zaproszeń na wydarzenie „Nowego Otwarcia” Opery, wykonanie masek dekoracyjnych, zarezerwowanie miejsc w mediach, wykonanie plakatów, wykonanie filmu promocyjnego, realizacja grafik, wykonanie ulotek, analiza zrealizowanej kampanii wraz ze szczegółowym raportem.

Przez szczegółowe opracowanie pracy konkursowej należy rozumieć uszczegółowienie planu zarysowanego w takiej pracy, konkretyzację i doprecyzowanie ogólnych rozwiązań przedstawionych wstępnie w pracy konkursowej, poprzez szczegółowy opis proponowanej koncepcji i wskazanie możliwości zastosowania dostępnych elementów, sposobu ich wzajemnego powiązania, oddziaływania, umiejscowienia w całości przedsięwzięcia. W związku z powyższym Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania konkursowego (etap I) miał możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie szczegółowego opracowania pracy konkursowej (etap II), a następnie przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym na jego finalną realizację (etap III).

Zamawiający mógł ograniczyć się do tego zakresu w zamówieniu udzielonym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nie było przeszkód żeby autor wybranej pracy konkursowej dokonał szczegółowego opracowania pracy konkursowej, którą następnie zrealizuje inny podmiot (lub nawet on sam), w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie konkurencyjnym. Sam Zamawiający wskazał, iż zaproszenia opracowane były na podstawie wzoru. Zgodnie z jego twierdzeniem wzór masek dekoracyjnych (balowych) na oczy do spektaklu operowego wymagał uszlachetnienia, jak zastosowanie odpowiednio dobranego efektu ażuru lub innego rodzaju uszlachetnień. W świetle powyższego charakter twórczy miało jedynie uszlachetnienie wzoru, natomiast produkcja masek w oparciu o niniejszy wzór miała jedynie charakter czysto techniczny (wykonawczy). Wykonawca zobowiązany był m.in. do wykonania i dostarczenia 2000 sztuk zaproszeń oraz 1800 sztuk masek dekoracyjnych. Również film promocyjny z akcji ambientowej i analiza zrealizowanej kampanii wraz z przedstawieniem raportu z jej obecności w mediach i przestrzeni miejskiej mogły zostać zrealizowane na etapie III, przez podmiot wyłoniony w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie konkurencyjnym. Zamawiający wskazał także, że raport zawierał załączone nośniki z przeprowadzonych działań w ramach kampanii wizerunkowo – informacyjnej, w tym działań niestandardowych, czyli czynności podjętych w ramach kampanii, ściśle niesprecyzowanych, a podlegających dalszemu twórczemu uszczegółowieniu, zatem nie opierał się wyłącznie na wytycznych, zawartych w pierwotnie opracowanej koncepcji, ale także jej uszczegółowieniu. Również media plan, promujący projekt przebudowy Opery, jako że końcowy efekt, w tym dobór mediów, tytułów prasowych, sposobu promocji, nie został określony w sposób jednostronny i sztywny, zawierał elementy twórcze, które podlegały dalszemu doborowi, tym samym uszczegółowieniu na etapie prowadzonej kampanii promocyjnej. Prezes Urzędu nie widział przeszkód, aby raport oraz

media plan zostały opracowane w oparciu o uszczegółowioną na etapie II koncepcję kampanii.

Zamawiający przeprowadzając po konkursie postępowanie z wolnej ręki na realizację przedsięwzięcia, którego koncepcja była przedmiotem pracy konkursowej, pominął samodzielny etap szczegółowego opracowania tej pracy. W zakres zamówienia wchodzi usługi oraz dostawy, które nie stanowią opracowania zamysłu twórczego, koncepcji przedstawionej w pracy konkursowej, lecz jej materializację. Tymczasem tylko takie szczegółowe opracowanie mogło zostać powierzone w ramach nagrody przewidzianej zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 111 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotem konkursu mogą być bowiem jedynie takie działania, wyraźnie oznaczone w przyrzeczeniu, które mają charakter utworu, jako że do skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia, którego zakres przedmiotowy wykracza poza dopuszczalne dla konkursu ramy jest sprzeczne z ratio legis wprowadzenia możliwości przeprowadzenia procedury konkursowej, która ma umożliwić uzyskanie planu lub projektu, czyli wytworów intelektualnych, nie zaś podmiotu, który ma realizować przedsięwzięcie, którego taki projekt dotyczy. W takim przypadku bowiem wybór wykonawcy zamówienia może bowiem nastąpić wyłącznie zgodnie z procedurami wskazanymi w ustawie.

Przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było de facto wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia – kampanii informacyjnej, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego nie sposób uznać, aby zamówienie udzielone po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jako nagroda w konkursie, które jest przedmiotem niniejszej kontroli, stanowiło szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała z dnia 28 czerwca KIO/KD 43/16).

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych

Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 506/16 – unieważnienie postępowania

„Oceniając zastosowanie normy art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, z uwzględnieniem zasad interpretacyjnych przepisu wynikających z powołanego orzecznictwa jako podstawy unieważnienia postępowania, Izba uznała, że zostały ziszczone przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Złożone przez zamawiającego dowody oraz merytoryczne wyjaśnienia stron i pełnomocników, potwierdzają, że zmiany eksploatacyjne w (...) wpłynęły na zmiany techniczne w zakresie modernizacji i remontu sekcji obudowy zmechanizowanej, będącej przedmiotem zamówienia.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że sytuacja w górnictwie jest znana, szczególnie z przekazów medialnych wskazujących brak możliwości lokowania swoich produktów, zagrożenie rentowności poszczególnych kopalń, ale fakt ten nie stanowi dowodu potwierdzającego, że pewnych zdarzeń nie można było przewidzieć w takim znaczeniu, że np. dwuletni plan modernizacji i remontów nagle zdezaktualizuje się. Wpływ nagłych zmian eksploatacyjnych (...) na plan remontów i modernizacji nie był możliwy do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania, a zamawiający zachował staranność weryfikując przed podjęciem czynności harmonogram z dnia 7 grudnia 2015 r. i uzyskując potwierdzenie, że moce przerobowe (...) są stabilne.

Zmiana okoliczności jest z pewnością zmianą istotną, bo poza faktem wykonania zamówienia jako takiego, zmiana ta gwarantuje utrzymanie zatrudnienia pracowników (...) niemal w całości (odwołujący oświadczył na rozprawie, że do wykonania zamówienia zaoferował 250 osób).

Zmiana okoliczności miała charakter nieprzewidywalny, jako, że kategoria przewidywalności referuje się do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne

nie mają przesądzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów (wyrok z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 606/11).

Zamawiający wszczynając postępowanie miał podstawy przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować usługę w sposób opisany w SIWZ.

Izba podziela wskazane przez strony orzecznictwo, w tym poglądy wyrażone w wyrokach: z dnia 13 września 2013 r., sygn. akt 2104/13; z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 428/16 – wskazujące, jak niżej.

Prowadzenie postępowania celem zrealizowania zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego w sytuacji, gdy wystąpiła możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami, przy jednoczesnym obowiązku zapewnienia pracy osobom zatrudnionym przez zamawiającego, nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji podmiot został utworzony. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji zamówienia.

Prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia w sytuacji, w której pracownicy zamawiającego ze względu na zmianę sposobu realizacji zadań, są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność redukcji zatrudnienia, ewentualnie wydatkowania środków w nieuzasadniony sposób.

Izba podzieliła też stanowisko przedstawione w wyroku Izby z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 2006/13, w którego uzasadnieniu wskazano m.in.: - nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywoływać uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania; -niezasadnym byłoby nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych dóbr, które będzie posiadał w wyniku pozyskania z realizacji innej umowy (przesłanka związana z interesem publicznym, rozumianym jako ograniczenie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie, w jakim nie jest to niezbędne); -wydatkowanie środków publicznych powinno następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach; -żądania odwołującego sprowadzające się do próby kontynuowania postępowania w kształcie dotychczasowym, niewątpliwie musiałyby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych ze wszystkimi tego konsekwencjami dla zamawiającego.

W wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt V Ca 1187/09, oddalającym skargę wykonawcy kwestionującego unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że „*Należy przyjąć, iż sformułowanie treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, w którym mowa o zmianie okoliczności należy rozumieć jako zaistnienie pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania przetargowego nie leży w interesie publicznym. Za takie zdarzenie należy bez wątpienia uznać blokadę środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. (...) Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 nie wymaga zaistnienia okoliczności „potwierdzonych urzędowo”, ale okoliczności, które z obiektywnego punktu widzenia należy ocenić jako uzasadniające tezę, iż dalsza procedura przetargowa nie służy interesowi publicznemu.*”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt KIO 390/16 – unieważnienie postępowania

„Uwzględniając wskazane normy prawne oraz biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że podnoszony przez Zamawiającego brak określenia maksymalnej wielkości dobowej dostawy drewna, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert, w korelacji z niejasnymi i niedookreślonymi postanowieniami SIWZ, co do sposobu realizacji dobowych dostaw w trakcie realizacji zamówienia, stanowi o tego typu wadzie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą zakwalifikować należy jako wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że powoływane wyżej normy art. 91 ustawy nakazują powiązanie stosowanych w postępowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a także zakazują ich odnoszenie do podmiotowych właściwości wykonawcy. Powyższe odniesienie kryterium oceny oferty do przedmiotu zamówienia nie sposób interpretować inaczej niż jako wymóg oceniania zamawianego i oferowanego przez danego wykonawcę rzeczowego świadczenia lub innych elementów oferty, co do których zobowiązanie zaciąga. Na tej zasadzie oferowane i oceniane być mogą np.: termin wykonania zamówienia, sposób jego wykonania, jakość materiałów, długość serwisowania czy gwarantowania bezawaryjnego działania przedmiotu zamówienia (przedmiotu świadczenia)... etc.

W tym kontekście należy również interpretować kryterium oceny ofert dotyczące deklarowanej w ofercie dobowej dostawy drzewa przewidziane w niniejszym postępowaniu i nadawać mu znaczenie dopuszczalne przez ustawodawcę.

W szczególności niedopuszczalne jest traktowanie deklaracji wykonawcy składanej w ofercie jako odnoszącej się jedynie do jego właściwości/potencjału, a zupełnie niezwiązanej z całokształtem wzajemnych zobowiązań stron odnośnie sposobu wykonywania dostawy wynikających z treści SIWZ. Takie rozumienie kryterium czyniłoby je zakazanym przy tzw. zamówieniach priorytetowych kryterium podmiotowym.

Zastane kryterium należy więc wiązać z zobowiązaniem wykonawcy do określonego wykonania zamówienia zaciąganym wiążąco w ofercie. Pomijając nawet kwestię niejasnej w świetle postanowień SIWZ obligacyjnej wielkości dobowej dostawy – nie jest jasne czy ma to być dostawa wskazana w ofercie (i oceniona w ramach kryterium) czy może to być dostawa mniejsza, odpowiadająca zapotrzebowaniu Zamawiającego z danego momentu – wskazać należy, że z pewnością nie może to być dostawa o wielkości 15 000 mp. na dobę. Przeczą temu wiążące i jak raz jasne postanowienia SIWZ określające miesięczną wielkość dostaw na poziomie wielokrotnie niższym niż wielkości zaoferowane przez Odwołującego. Tym samym w ramach kryterium oceny ofert nie mogą być oceniane i punktowane zobowiązania, które są niezgodne z SIWZ i nie mogą być zrealizowane na gruncie jej postanowień. Powyższe odrywałoby kryterium oceny ofert od przedmiotu zamówienia (w tym przypadku: sposobu dostawy) i jako takie prowadziłoby do oceny wielkości nie mających dla tego przedmiotu (a tym samym i dla Zamawiającego) żadnego znaczenia.

W konsekwencji zastana w postępowaniu (i wykorzystana przez Odwołującego) wada postanowień SIWZ polegająca na wykreowaniu przez Zamawiającego możliwości „oferowania” przez wykonawców i konieczności punktowaniu wielkości, które z przedmiotem zamówienia nie mają nic wspólnego, dyskwalifikuje te postanowienia jako sensowne i obiektywne narzędzie do wyłonienia najkorzystniejszej oferty i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania ze względu na naruszenie przepisów art. 91 ust. 1-3 ustawy, które w tym przypadku miało ewidentny wpływ na jego wynik.

Odnosnie drugiej ze wskazanych przez Zamawiającego przyczyn unieważnienia postępowania – braku doprecyzowania wymagań podmiotowych dotyczących potencjału technicznego wykonawców – Izba wskazuje, że żadne przepisy ustawy nie zobowiązują zamawiającego do powyższego. Nie może to więc stanowić wady prawnej postępowania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 979/16 – udostępnianie zasobów przez podmiot będący jednoosobowym przedsiębiorcą

„W przedmiotowym postępowaniu § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie znajduje zastosowania, ponieważ nie został spełniony warunek pierwszy, tj. wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie polegał na zasobach innych podmiotów, ponieważ pani S.K. oraz pan J.T. „nie są podmiotami trzecimi” .

Bo choć obie osoby prowadzą działalność gospodarczą to nie udostępniły odwołującemu osób, które pozostają w ich dyspozycji, ale same, poprzez złożone przez siebie przed upływem terminu składania ofert Zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia i oświadczenia (odpowiednio z dnia 5 i 4 maja 2016 r.) zobowiązały się do udziału na podstawie umowy zlecenia, co oznacza, że dały odwołującemu gwarancję, że będą świadczyć usługi na jego rzecz. Bezpośrednia więc pomiędzy każdą z tych osób a odwołującym oznacza także, że odwołujący dysponował tymi osobami bezpośrednio („bez pośrednictwa” innych osób/podmiotów). Bez znaczenia przy tym (tak m.in. w opinii UZP Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego) pozostaje charakter prawny takiego stosunku (więzi), tj. czy mamy do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą.”

pełny tekst orzeczenia

Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 426/16 – treść oferty, a dokumenty przedmiotowe

„Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona

działalność, organizacja pracy, stosowane materiały... etc., spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Izba dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy lub jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakikolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu usługa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). W konsekwencji należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając tego typu stanowisko ad absurdum, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy, podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu. Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjąć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe. Przy czym rozróżnienie takie i kwalifikacja danych dokumentów winna być

dokonywana indywidualnie względem każdego przypadku, z uwzględnieniem wszystkich specyficznych okoliczności danego stanu faktycznego.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16 – interes we wniesieniu odwołania

„Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z przywołanego przepisu wynika zatem, że po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie kumulatywnie muszą wystąpić dwie przesłanki, po pierwsze – interes w uzyskaniu zamówienia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia, po drugie – szkoda pozostająca w związku z zarzucanym zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp. Łączne zaistnienie tych przesłanek warunkuje skuteczność wniesionego przez wykonawcę odwołania.

W ocenie Izby o ile Odwołujący w oczywisty sposób legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o tyle nie wystąpiła po jego stronie szkoda, gdyż oferta Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Wystąpienie tej szkody nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu może złożyć odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejszą, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniającą wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego, czy wykonawca, który nawet powziął informację o

okolicznościach mogących stanowić podstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r., sygn. akt KIO 371/16 – interes przystępującego

„Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy S do udziału w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek opozycja opierała się na słusznym założeniu, że zgłaszający przystąpienie popiera decyzję Zamawiającego, która de facto uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, tym niemniej interesu, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp nie można utożsamiać z interesem z art. 179 ust. 1 Pzp. Drugi z nich skierowany jest wprost na zwycięstwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uzyskanie zamówienia), pierwszy zaś nie musi konieczności zmierzać do takiego skutku. Interes przystępującego to kategoria szersza od interesu odwołującego, wyrażająca się dążeniem do uzyskania jakiegokolwiek korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro zatem Wykonawca S skutecznie – w przekonaniu swoim, jak i Zamawiającego – zastrzegł określone informacje, do których dostępu oczekuje Odwołujący, to korzyścią tego wykonawcy wyczerpującą przesłankę interesu z art. 185 ust. 2 Pzp będzie utrzymanie niejawnego charakteru zastrzeżonych w Postępowaniu informacji.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 542/16 – błąd w obliczaniu ceny a oczywista omyłka rachunkowa

„Oczywistą omyłką rachunkową jest bowiem błąd popełniony przez wykonawcę w dokonanych przez niego obliczeniach i polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który można poprawić wyłącznie w jeden sposób. Odwołujący taki błąd popełnił (omyłkę w obliczeniach), który, mając na uwadze treść SIWZ (opis obliczenia ceny wskazany przez zamawiającego), da się poprawić w jeden określony sposób. A ponadto omyłka ta (błąd) może być uznana za oczywistą, gdyż jest bezsporna i niebudząca

wątpliwości (podstawienie podanych cen jednostkowych do wzoru jednoznacznie wskazuje na błąd w postaci wyniku określonych działań matematycznych).

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w ofercie odwołującego występuje błąd w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest bowiem błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W tym zaś przypadku poprawienie omyłek w ofercie odwołującego jest możliwe. Tym samym zamawiający zobowiązany jest do ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych zmian.

W niniejszym stanie faktycznym nie może być również mowy o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Błędne czy też omyłkowe obliczenie ceny - jak słusznie podniósł odwołujący – nie może być utożsamiane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 826/16 – omyłka pisarska

„W przedmiotowym postępowaniu występuje sytuacja, w której zamawiający żądał podania terminu gwarancji cyfrowo i słownie – nie jest to wprawdzie cena, ale w ocenie Izby omyłki w terminie jako wartości liczbowej mogą być kwalifikowane do omyłek pisarskich. Izba zauważa, że uchylony przepis po pierwsze kwalifikował zaistniałą w niniejszej sprawie omyłkę do omyłek rachunkowych w cenie i zawężył możliwość poprawy omyłek przez zamawiającego do ściśle zamkniętego katalogu, podczas gdy obecnie zamawiający ma szersze pole poprawy. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do odmowy odwołującemu dokonania poprawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r. XII Ga 206/08 przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. W ocenie Izby rozbieżność w wartościach podawanych cyfrą i słownie innych niż cena, a więc nie będących wynikiem dokonywanych obliczeń może być kwalifikowana jako omyłka pisarska, jeśli jest to wada procesu myślowo-redakcyjnego, co w ocenie Izby miało miejsce w niniejszej sprawie. Dla wykrycia omyłki nie potrzeba było analizy szeregu dokumentów, a jedynie dwóch pierwszych stron formularza ofertowego na podstawie, których oczywistym było, że prawidłowo podana na pierwszej

stronie pierwszego formularza ofertowego jest gwarancja słownie, gdyż wykonawca już konsekwentnie na dalszej pierwszej stronie formularza ofertowego podał prawidłowo właśnie 120 miesięcy cyfrowo i słownie. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym właśnie fakt załączenia dwóch pierwszych stron formularza oferty powtarzających trzykrotnie wartość 120 miesięcy i jedynie jednokrotnie wartość 60 miesięcy pozwalał zamawiającemu na ustalenie rzeczywistej woli odwołującego. Mając to ustalenie zamawiający bez przeszkód mógł zauważyć, że różnica bierze się z błędnego podania gwarancji cyfrą. Nie jest zakazane poprawianie omyłek dotyczących elementów oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Gdyby był taki zakaz ustawowy, to cena oferty jako kryterium obligatoryjne nie mogłaby być poprawiana, a to nie wynika z przepisów ustawy. Niemniej jednak do poprawy omyłek dotyczących kryteriów oceny ofert zawsze należy podchodzić ostrożnie, gdyż mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W przedmiotowej sprawie jednak Izba oceniła, że takiej obawy nie było. Zamawiający analizując dwie pierwsze strony formularza ofertowego uzyskiwał wiedzę o tym, która wartość jest preferowana przez odwołującego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający błędnie ustalił stan faktyczny i błędnie przyjął, że odwołujący zaoferował dwa terminy gwarancji – dwie oferty, a w konsekwencji błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Podczas, gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny powinien był doprowadzić zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy i do poprawienia oferty odwołującego.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 468/16 - potencjał ekonomiczny, „akredytywa stand-by”

„Jak wyjaśnił Odwołujący „akredytywa stand-by” to zobowiązanie banku otwierającego tę akredytywę do zapłaty kwoty akredytywy na pierwsze żądanie beneficjenta, jeżeli zleceniodawca akredytywy (importer) nie wywiąże się ze swych zobowiązań, tzn. nie zapłaci w uzgodnionym terminie za dostarczony towar lub usługę, a „linia na gwarancję” to linia wielocelowa przeznaczona na finansowanie bieżącej działalności gospodarczej i zapotrzebowania na kapitał obrotowy, wystawianie akredytyw (zabezpieczenie otwartych akredytyw) i gwarancji oraz finansowanie płatności z tytułu akredytyw.

Po drugie, owa akredytywa stand-by oraz linia na gwarancję zostały przyznane spółce A. na określone cele – i o ile można jeszcze co do zasady założyć, że udzielony kredyt podmiot

może wykorzystać w dowolny sposób, czyli np. udzielając pożyczki innemu podmiotowi – to biorąc pod uwagę sposób finansowania przez bank, wynikający czy to z akredytywy, czy udzielania gwarancji, nie jest pewne, czy spółka A. w ogóle może tymi środkami dysponować przekazując je innemu podmiotowi (jest to raczej wątpliwe). Tym samym, zdaniem Izby, aby uznać, że środki przynależące do akredytywy stand-by oraz linii na gwarancje mogą być przedmiotem skutecznego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby uzyskać odpowiednią zgodę banku lub informację, że A. może tymi środkami dowolnie dysponować, także pożyczając lub użyczając je innym podmiotom.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 489/16 - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej – uzasadnienie faktyczne i prawne

„Podczas rozprawy z kolei Zamawiający podniósł, że posiada niepopartą dokumentami wiedzę, że wykonawca nie uzyskałby poświadczenia o należyтым wykonaniu usługi dla Urzędu (...), gdyż usługi te nie zostały wykonane należycie. Okoliczności te nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę, ponieważ wobec niezakomunikowania ich Odwołującemu w uzasadnieniu czynności wykluczenia nie mogły być kwestionowane w odwołaniu, a ponadto świadczą o tym, że Zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy nie przedstawił wyczerpującego uzasadnienia czynności wykluczenia. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do pozyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Sporządzenie niepełnego uzasadnienia czynności

wykluczenia, niepodanie wykonawcy wszystkich podstaw faktycznych tej czynności (wszystkich powodów, dla których Zamawiający uznał uzupełnione dokumenty za nieprawidłowe) i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, jest niezgodne z przywołanym wyżej przepisem.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok KIO z dnia 29 marca 2016 r., sygn. akt KIO 389/16 – uwzględnienie w całości zarzutów zawartych w odwołaniu

„Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające było uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podjął w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugiej ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z dokumentów załączonych przez Zamawiającego wynika, że rzeczywiście zawiadomił już wykonawców o powtórzeniu czynności w obu częściach zamówienia objętych zarzutami odwołania.”

[pełny tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt: XXIII Ga 1923/15 – prawo opcji w postępowaniu na przy usługach lub dostawach powtarzających się okresowo

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2016 r., sygn. akt: XXIII Ga 1894/15 – poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w celu uzyskania wyższej punktacji w prekwalfikacji

[tekst orzeczenia](#)

Wyrok SO w Krakowie z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt: XII Ga 847/15 – odwołanie wniesione z uchybieniem terminu

[tekst orzeczenia](#)

ANALIZY SYSTEMOWE

NR 6/2016

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2016 – 30.06.2016

I. Rynek zamówień publicznych

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	55 207	8 672	63 879
O zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa / na podwykonawstwo	35	64	99
O udzieleniu zamówienia	50 506	8 986	59 492
O konkursie	51	12	63
O wynikach konkursu	31	102	133
O zmianie ogłoszenia	16 927	6 365*	23 292
O koncesji na usługi / roboty budowlane	14	6	20
O zamiarze zawarcia umowy	1 761	370	2 131
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	323	323
O profilu nabywcy	-	41	41
RAZEM	124 532	24 941	149 473

* - ogłoszenia dotyczące sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	37,77%	5,86%	33,42%
Dostawy	33,58%	57,23%	36,80%
Usługi	28,65%	36,91%	29,78%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	99,05%	95,66%	98,58%
Przetarg ograniczony	0,63%	3,77%	1,06%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,05%	0,41%	0,10%
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,16%	0,04%
Licytacja elektroniczna	0,25%	-	0,22%

Kryteria oceny ofert – BZP

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	2%	15%	7%	8%
Cena i inne kryteria	98%	85%	93%	92%

Kryteria oceny ofert – TED

(zamówienia o wartości powyżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	8%	10%	7%	9%
Cena i inne kryteria	92%	90%	93%	91%

Postępowania, w których przewidziano zaliczkowanie

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	143	0,69%
Dostawy	36	0,19%
Usługi	45	0,28%
Razem	224	0,41%

Postępowania, w których zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych stanowią osoby niepełnosprawne

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	5	0,02%
Dostawy	14	0,08%
Usługi	60	0,38%
Razem	79	0,14%

Postępowania, w których przewidziano unieważnienie postępowania w przypadku nie przyznania środków pochodzących z budżetu UE i in.

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	643	3,08%
Dostawy	165	0,89%
Usługi	362	2,29%
Razem	1 170	2,12%

Postępowania, w których przewidziano istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	18 085	86,67%
Dostawy	12 750	68,74%
Usługi	12 084	76,35%
Razem	42 919	77,69%

Postępowania, w których przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzono dialog techniczny

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek
Roboty budowlane	23	0,11%
Dostawy	40	0,22%
Usługi	31	0,20%
Razem	94	0,17%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED	Ogółem
Roboty budowlane	30,15%	3,93%	26,19%
Dostawy	35,80%	50,09%	37,96%
Usługi	34,05%	45,98%	35,85%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED	Ogółem
Przetarg nieograniczony	86,86%	85,48%	86,65%
Przetarg ograniczony	0,35%	3,29%	0,79%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,02%	1,16%	0,19%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,06%	10,05%*	1,57%
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,02%	0,01%
Wolna ręka	10,81%	-	9,18%
Zapytanie o cenę	1,71%	-	1,45%
Licytacja elektroniczna	0,18%	-	0,16%

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	17,436 mld zł
-------------------------	----------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	59%
Dostawy	21%
Usługi	20%

Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2016

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartościach od określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp do progów UE)

Ogłoszenia o zamówieniu z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Okres	Liczba ogłoszeń o zamówieniu	Liczba ogłoszeń o zamówieniu, do których opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia	Odsetek
rok 2015	115 946	98 102	84,61%
styczeń 2016	5 658	4 763	84,18%
I kw. 2016	23 126	19 649	84,96%

Średnia liczba ofert składanych i odrzucanych

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	Liczba ofert	
	składanych	odrzuconych
Roboty budowlane	5,34	2,21
Dostawy	2,38	1,56
Usługi	3,03	1,75
Średnio	3,09	1,82

Zamówienia udzielone według województw

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

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

Średni czas trwania postępowań

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Rodzaj zamówienia	2015	2016
Roboty budowlane	39 dni	44 dni
Dostawy	34 dni	34 dni
Usługi	34 dni	34 dni
Średnio	35 dni	36 dni

Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,72%
Administracja rządowa terenowa	1,75%
Administracja samorządowa	50,48%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,16%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,73%
Uczelnie publiczne	4,52%
Podmiot prawa publicznego	7,70%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	11,32%
Inny	19,61%

Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,32%
Administracja rządowa terenowa	2,44%
Administracja samorządowa	39,67%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	0,22%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,84%
Uczelnie publiczne	6,09%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	22,25%
Zamawiający sektorowy	2,00%
Inny	24,17%

Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp)

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	18,71%	26,40%	54,89%
Administracja rządowa terenowa	12,93%	40,99%	46,08%
Administracja samorządowa	44,85%	14,23%	40,93%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	26,32%	29,32%	44,36%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	13,45%	27,51%	59,04%
Uczelnie publiczne	15,34%	56,57%	28,09%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	8,43%	67,78%	23,79%
Zamawiający sektorowy	9,18%	41,92%	48,91%
Inny	18,58%	45,66%	35,76%

Struktura procentowa trybów udzielania zamówień
według kategorii zamawiających

(zamówienia powyżej wartości określonych w art. 4 pkt 8, 8a – 8d ustawy Pzp ale poniżej progów UE)

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	76,16	0,71	0,12	0,00	0,00	20,88	1,90	0,24
Administracja rządowa terenowa	82,15	0,08	0,00	0,00	0,00	13,94	3,10	0,73
Administracja samorządowa	87,42	0,23	0,02	0,05	0,00	10,84	1,17	0,26
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	91,73	0,00	0,00	0,00	0,00	6,02	2,26	0,00
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	70,68	0,40	0,00	1,00	0,00	12,45	15,46	0,00
Uczelnie publiczne	86,87	0,22	0,00	0,00	0,00	9,69	3,04	0,19
Podmiot prawa publicznego	87,22	1,01	0,03	0,00	0,00	10,56	0,82	0,35
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	91,57	0,04	0,00	0,08	0,00	7,83	0,47	0,00
Inny	84,51	0,65	0,03	0,06	0,01	12,04	2,66	0,04

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

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Belgia	1	1 x usługi	brak danych
Czechy	10	5 x dostawy 5 x usługi	8 464 149 EUR
Estonia	2	1 x usługi 1 x dostawy	221 902 EUR
Francja	1	1 x dostawy	1 553 392 EUR
Grecja	2	2 x usługi	348 551 EUR
Holandia	1	1 x dostawy	brak danych
Luksemburg	3	3 x usługi	4 972 950 EUR
Litwa	2	1 x roboty budowlane 1 x dostawy	11 738 913 EUR
Łotwa	2	2 x dostawy	4 058 939 EUR
Niemcy	6	2 x roboty budowlane 1 x dostawy 1 x usługi 2 x konkurs	284 938 EUR w części ogłoszeń brak danych
Portugalia	2	1 x dostawy 1 x usługi	1 961 117 EUR
Rumunia	1	1 x usługi	1 470 000 EUR
Węgry	1	1 x dostawy	1 344 002 EUR
Wielka Brytania	2	1 x dostawy 1 x usługi	6 383 552 EUR
Włochy	4	4 x dostawy	73 214 000 EUR
Razem	40	3 x roboty budowlane 19 x dostawy 16 x usługi 2 x konkurs	116 016 405 EUR

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

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

Państwo	Rodzaj zamówienia – liczba kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Austria			6	13 336 389	1	2 087 450			7	15 423 839
Belgia			18	10 479 220	1	5 842 405			19	16 321 625
Chiny	3	264 400 000	2	1 745 108					5	266 145 108
Czechy	1	154 675 492	25	109 401 631	6	13 577 177			32	277 654 300
Cypr			3	13 497 000			1	3 184 350	4	16 681 350
Dania			2	10 553 709	2	23 494 019			4	34 047 728
Estonia					1	169 387 695			1	169 387 695
Finlandia	1	38 547 499	2	10 324 064					3	48 871 563
Francja			14	10 368 903	6	17 328 178			20	27 697 081
Hiszpania	3	476 106 029	1	11 412 700	9	95 507 209	1	8 103	14	583 034 041
Holandia			11	8 100 612	3	259 733 434			14	267 834 046
Irlandia			10 7	11 372 751	2	3 863 539			109	15 233 290
Izrael			1	1 853 656	1	459 239			2	2 312 895
Kanada			1	b.d.					1	b.d.
Litwa			1	1 696 500					1	1 696 500
Niemcy	1	6 720 000	36	61 898 786	5	40 533 612			43	109 152 398
Norwegia					1	840 000			1	840 000
Rumunia			1	4 297 721					1	4 297 721
Słowacja			2	4 522 498	2	1 241 363			4	5 763 861
Szwajcaria			20	10 928 008					20	10 928 008
Szwecja			1	30 794 409					1	30 794 409
USA			4	5 483 312	8	94 745 804			12	100 229 116
Wielka Brytania			84	15 296 600	11	26 176 906			95	41 473 506
Włochy	3	623 659 609	23	29 357 248	1	0			27	653 016 857
Zjednoczone Emiraty Arabskie					2	12 988 800			2	12 988 800
Razem	12	1 564 105 629	36 6	376 720 825	62	767 806 830	2	3 192 453	442	2 711 825 737

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

II. Kontrola udzielania zamówień publicznych

Kontrole uprzednie

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	31	
Zakończone	33	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Odstąpiono od kontroli	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	24	73%
Stwierdzono naruszenia	9	27%
w tym:		
	0	0%
zalecenie unieważnienia	1	11%
zalecenie usunięcia naruszeń	8	89%
naruszenia formalne (bez zaleceń)		

Kontrole doraźne

Kontrole	Liczba	
Wszczęte	114	
Zakończone	55	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Brak naruszeń	5	9%
Stwierdzono naruszenia	50	91%
W tym: zawiadomienie RDFP	19	-

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	10	
Zakończone	10	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	1	10%
Stwierdzono naruszenia	9	90%
w tym:		
	9	100%
uchybień formalne zawiadomienie RDFP	4	-

Postępowania wyjaśniające

Postępowania wyjaśniające	Liczba	
Wszczęte	375	
Zakończone	538	
Wyniki postępowań	Liczba	Struktura procentowa
przekazane do kontroli	98	18%

III. Środki ochrony prawnej

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba	
Wniesiono ogółem	1168	
Rozpatrzono ogółem	1191	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Zwrócone	98	8%
Odrzucone	42	4%
Umorzone postępowanie	224	19%
Umorzone postępowanie – zarzuty uwzględnione przez zamawiającego	191	16%
Oddalone	387	32%
Uwzględnione	249	21%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2016 r.	2015 r.
Roboty budowlane	22%	18%
Dostawy	30%	35%
Usługi	48%	47%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wniesionych do sądów

Skargi	2016 r.	2015 r.
Liczba wniesionych skarg	57	99
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	5%	8%

*Przygotował:
Departament Informacji, Edukacji i Analiz Systemowych*

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Izabela Fundowicz Joanna Orzeł
Wojciech Michalski Karol Łada
Katarzyna Ołdak - Anna Węclawska
Bułanowska
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