

**Informacja o działalności  
Krajowej Izby Odwoławczej  
w 2020 roku**

**Warszawa 2021 r.**

## Spis treści

<b>Wykaz skrótów i skrótowców .....</b>	<b>4</b>
<b>Wprowadzenie.....</b>	<b>6</b>
<b>CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2020 r. .</b>	<b>7</b>
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby .....	7
2. Skład osobowy Izby.....	9
3. Organy Izby.....	9
4. Rzecznik dyscyplinarny .....	9
5. Rzecznik prasowy .....	10
<b>CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2020 roku w ujęciu statystycznym.....</b>	<b>11</b>
1. Wpływ odwołań .....	11
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania.....	12
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych .....	13
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby.....	13
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań.....	13
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania .....	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań .....	14
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie .....	14
9. Zdania odrębne .....	15
10. Powołanie biegłego .....	15
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań .....	15
13. Ogłaszanie orzeczeń .....	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	16
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy .....	18
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP .....	18

17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.....	19
<b>CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....</b>	<b>20</b>
1. Przesłanka odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 3 .....	20
2. Przesłanki odrzucenia odwołania.....	30
3. Przesłanka uchylenia zakazu zawarcia umowy w dobie pandemii .....	41
4. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.....	52
5. Problematyka samooczyszczenia wykonawcy .....	62
<b>CZĘŚĆ IV - Działalność pozaorzecznicza Izby.....</b>	<b>69</b>
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa .....	69
2. Szkolenia zbiorowe.....	69
3. Narady orzecznicze i seminaria .....	69
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna .....	69
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa .....	70
6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej.....	70
<b>Podsumowanie .....</b>	<b>71</b>

## Wykaz skrótów i skrótowców

<b>Dz. U.</b>	Dziennik Ustaw
<b>Dz. Urz. UE</b>	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>Dyrektywa klasyczna</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65)
<b>Dyrektywa sektorowa</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 243)
<b>Dyrektywa odwoławcza</b>	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, str. 31)
<b>Izba lub KIO</b>	Krajowa Izba Odwoławcza
<b>jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ</b>	Dokument, którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
<b>k.c.</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740)
<b>k.p.a.</b>	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U z 2021 r., poz. 735 ze zm.)
<b>k.p.c.</b>	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm.)

<b>rozporządzenie w sprawie regulaminu</b>	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1296)
<b>rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów</b>	rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lutego 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282)
<b>SN</b>	Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	sąd okręgowy
<b>specyfikacja lub SIWZ</b>	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
<b>TSUE lub Trybunał</b>	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)
<b>Urząd lub UZP</b>	Urząd Zamówień Publicznych
<b>ustawa lub Pzp</b>	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.)
<b>nPzp lub nowa ustawa</b>	ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.)
<b>u.z.n.k.</b>	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913)

## Wprowadzenie

Prezentowana Informacja przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2020 r., w tym zagadnienia będące przedmiotem orzecznictwa Izby.

Informacja została podzielona na IV części.

W Części I opracowania omówione zostały podstawy prawne funkcjonowania Izby, jej struktura i organy.

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym i procentowym wraz z porównaniem z danymi dotyczącymi roku 2019. Przedstawione dane pozwalają na analizę funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej oraz zaangażowania członków Izby w wykonywanie ustawowych zadań. Wykorzystane dane statystyczne zebrane zostały przez Urząd Zamówień Publicznych.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które w sposób szczególnie zaznaczyły się w orzecznictwie Izby w 2020 r.

W tegorocznej Informacji skupiono się na tematach, które w możliwie najbardziej uniwersalny sposób odzwierciedlają istotę pracy orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Są to zagadnienia związane z pojawiającymi się często w praktyce orzeczniczej zarzutami tj. zarzutem zaniechania odrzucenia oferty złożonej w czynnie nieuczciwej konkurencji, czy zarzutem wadliwej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz procedurą samooczyszczenia wykonawcy. Instytucja odrzucenia odwołania ma z kolei istotne znaczenie dla oceny dostępności środków ochrony prawnej. Nie można też pominąć okoliczności, że rok 2020 był rokiem szczególnym z uwagi na epidemię SARS-COV-2, co miało także wpływ na ilość składanych wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy i argumentację podnoszoną w tych wnioskach.

Sprawozdanie z pozaorzeczniczej działalności Izby zawarte zostało w Części IV Informacji.

Podstawowe źródła Informacji to orzeczenia Izby i sądów okręgowych oraz dane statystyczne przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych.

Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 2/2021 z dnia 29 września 2021 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 479 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

# **CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2020 r.**

## **1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby**

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560) jako stały organ wyłącznie właściwy do rozpoznawania w pierwszej instancji odwołań od niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Izba ma charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 13 grudnia 2012 r. (sprawa C-465/11 Forposta, ABC Direct Contact). Organizację Izby oraz status jej członków określają przepisy Działu V Rozdziału 4 Pzp.

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami art. 179-198 ustawy, a jeżeli ustawa nie stanowi inaczej – odpowiednie zastosowanie znajdują również przepisy k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym). Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092).

Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby, na podstawie art. 198a i 198b Pzp, sprawują sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto Prezes UZP uprawniony jest do wniesienia skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu okręgowego kończącego postępowanie w sprawie.

Obok orzekania w sprawach odwołań, Izba – zgodnie z art. 183 ust. 2 Pzp – rozpoznaje składane w toku postępowań odwoławczych wnioski zamawiających o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z mocy art. 167 ust. 3 i nast. Pzp Izba jest także organem właściwym do rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu.

W Izbie obowiązują również akty wewnętrzne tj. Regulamin Pracy i Regulamin Organizacyjny, a także zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Kwestie przetwarzania danych osobowych i ich przepływu regulują „Procedury bezpieczeństwa danych osobowych zawartych w dokumentach składanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej”, a także Zarządzenie Prezesa UZP nr 291 z 24 stycznia 2020 r. w sprawie polityki bezpieczeństwa danych osobowych w UZP i KIO.

Na czas stanu epidemii, zarządzeniem Prezesa UZP - na podstawie art. 15z z ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Z 2020 r., poz. 568) – wprowadzone zostało (podobnie jak w sądach powszechnych i administracyjnych), zawieszenie przeprowadzania posiedzeń z udziałem stron i rozprawy. W ślad za tym dokumentem Prezes Izby zarządziła, że w okresie zawieszenia działalność orzecznicza Izby realizowana jest przez rozpoznawanie spraw odwoławczych na posiedzeniach niejawnych bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, w tym rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie, wydania opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP.

W okresie zawieszenia tj. od 11 marca 2020 r. do 25 maja 2020 r. (łącznie 75 dni):

1. wpłynęły 643 odwołania,
2. Izba rozpoznała 220 odwołań,
3. wpłynęło 10 zastrzeżeń do wyniku kontroli Prezesa UZP,
4. Izba wydała 8 opinii,
5. wpłynęło 28 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy,
6. Izba wydała 27 postanowień w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy,
7. rozpoczęły się prace nad pierwszym Zeszytem Orzeczniczym Izby
8. kontynuowano prace nad opracowaniem Informacji Rocznej Izby za rok 2019.

Porównawczo w okresie 11 marca 2019 – 25 maja 2019:

- wpłynęły 530 odwołania,
- Izba rozpoznała 546 odwołań,
- wpłynęło 25 zastrzeżeń do wyniku kontroli Prezesa UZP,
- Izba wydała 27 opinii,
- Wpłynęły 4 wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy,
- Izba wydała 4 postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy.



W dniu 25 maja 2020 roku Izba podjęła czynności na posiedzeniach z udziałem stron i uczestników postępowania, jednakże w odpowiednim reżimie sanitarnym przy zachowaniu szczególnych zasad ostrożności.

Funkcjonowanie Izby w okresie od 25 maja 2020 roku determinowane było ilością prowadzonych rozpraw. Izba pracowała w granicach możliwości i rozpoznawała ilość spraw odwoławczych na maksymalnie możliwym poziomie.

## **2. Skład osobowy Izby**

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby, powoływani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Regulacje prawne dotyczące członków Izby zostały zawarte w art. 173-176 ustawy.

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa (art. 174 ust. 7 ustawy). Za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej członkowie Izby podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 175 ust. 1 ustawy).

Zgodnie z art. 173 ust. 1 ustawy, w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Na początku roku sprawozdawczego skład Izby liczył 48 osób, a na koniec 47 osób.

## **3. Organy Izby**

Organizację KIO reguluje art. 172 ust. 2-5 Pzp. Zgodnie z powołanymi przepisami organami Izby są:

- Prezes,
- Wiceprezes,
- Zgromadzenie ogólne.

Prezes i Wiceprezes Izby powoływani są przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję.

W okresie objętym Informacją funkcję Prezesa Izby pełniła Małgorzata Rakowska, funkcję Wiceprezesa Izby pełnił Jan Kuzawiński.

Zgromadzenie Ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby. W 2020 r. nie odbyło się żadne Zgromadzenie Ogólne.

## **4. Rzecznik dyscyplinarny**

Zgodnie z art. 175 ust. 5 Pzp, w Izbie działa rzecznik dyscyplinarny, który powoływany jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Urzędu na trzyletnią kadencję.

W roku 2020 funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełniła Izabela Niedziałek-Bujak.

Tryb wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, zasady powoływania sądu dyscyplinarnego, procedurę postępowania w pierwszej i drugiej instancji oraz kwestie zatarcia kary określa Regulamin w sprawie szczegółowego trybu postępowania dyscyplinarnego oraz trybu wyboru składu orzekającego sądu dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej, przyjęty przez Zgromadzenie ogólne Izby uchwałą nr 3/2011 z dnia 9 czerwca 2011 r.

W okresie sprawozdawczym rzecznik dyscyplinarny nie skierował do Sądu Dyscyplinarnego Pierwszej Instancji żadnego wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.

W dniu 16 czerwca 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO III APo 11/19 Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił odwołanie Rzecznika Dyscyplinarnego Izby w sprawie jednego z członków Izby.

## **5. Rzecznik prasowy**

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywanie informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. W okresie sprawozdawczym funkcję tę pełniła Katarzyna Prowadzisz.

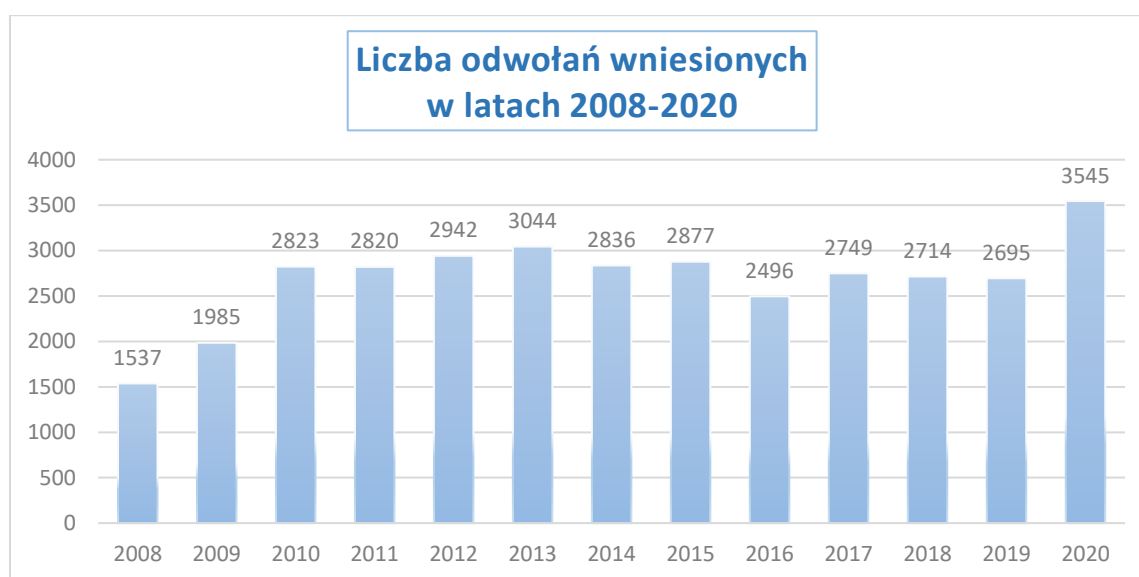
## CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 r. w ujęciu statystycznym

### 1. Wpływ odwołań

W 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło 3545 odwołań. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 3415 (w tym 150 odwołań wniesionych w 2019 r.).

Spośród odwołań wniesionych w 2020 r. do rozpoznania w 2021 r. pozostało 266 odwołań.

W celu porównania, poniżej zaprezentowano wpływ odwołań w ciągu poszczególnych lat, przez cały dotychczasowy okres funkcjonowania Izby (z pominięciem danych z grudnia 2007 r.).



W 2020 r. nastąpił wyraźny wzrost ilości odwołań wnoszonych w formie elektronicznej -2244 (w tym przez ePUAP 2172), co stanowiło 63,30 % wszystkich odwołań – w porównaniu do 46% w 2019 r. W papierowej postaci formy pisemnej wniesiono odwołań 1301 (36,70%). Był to kolejny rok, w którym utrzymała się taka tendencja – w poprzednich latach udział odwołań wnoszonych w formie elektronicznej wynosił w: 2010 r. – 4,5%, 2011 r. – 11%, 2012 r. – niespełna 15%, 2013 r. – 16%, 2014 r. – niemal 18%, 2015 r. – 9%, 2016 r. – 19%, 2017 r. – 22%, 2018 r. – 28%.

W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2020 r. – 1056 odwołań, następnie w III kwartale wniesiono 1013 odwołań, w II kwartale 779 odwołań, a w I kwartale wniesiono 697 odwołań.

W ujęciu miesięcznym wpływ odwołań prezentuje poniższy wykres.



## 2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2499, czyli 71% ogółu wniesionych w 2020 r. odwołań (w 2019 r. ich udział wynosił 73%). Pozostałe 1044, czyli 29% odwołań wniesionych w 2019 r., dotyczyło postępowań o wartościach tzw. podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 3545 odwołań wniesionych w 2020 r. 40% dotyczyło usług, 32% – dostaw, a 28% – robót budowlanych (w 2019 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 41% usługi, 39% dostawy i 20% roboty budowlane). W 9 sprawach nie określono rodzaju zamówienia.

## 3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2020 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 2 645 przystąpień, w tym 2150 po stronie zamawiającego (81%) oraz 495 po stronie odwołującego (19%).

Dla porównania do toczących się w 2019 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 3273 przystąpień, w tym 2532 po stronie zamawiającego (77%) oraz 741 po stronie odwołującego (23%).

W formie pisemnej wniesiono 1163 przystąpień, w formie elektronicznej 2513 (w tym przez ePUAP 2173), a drogą e-mail 341, wniesiono także 5 przystąpień faksem.

Wobec czynności zamawiającego uwzględniających zarzuty odwołania zgłoszono 107 sprzeciwów.

#### **4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby**

W 2020 r. braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp wystąpiły w 610 odwołaniach, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2019 r. miało to miejsce w stosunku do 609 odwołań).

Spośród 3545 odwołań, które wpłynęły do Prezesa Izby w 2020 r. zwróconych zostało 193 odwołań, czyli 5% (w 2018 r. zwrócono 201 odwołań, co stanowiło 8% wszystkich odwołań). Zwrócono odwołania z następujących powodów: nieuiszczenia wpisu – 179 odwołań, niezuzupełnienia innych braków formalnych – 328 odwołań, niezuzupełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 110 odwołań.

Spośród innych braków formalnych skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały:

1. brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 211 odwołań;
2. brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 117 odwołań;
3. niedochowanie formy wniesienia odwołania zgodnie z art. 180 ust. 4 Pzp – 291 odwołań (w tym znajdują się wszystkie odwołania które nie są zarejestrowane z przyczyn identycznej treści, decyzji Prezesa Izby o nieprawidłowej formie wniesienia);
4. brak odpisu z KRS- 2 odwołania;
5. brak podpisu pod odwołaniem – 14 odwołań;
6. brak treści wskazanej w art. 180 ust. 3 Pzp – 6 odwołań.

#### **5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań**

Stosownie do art. 188 ust. 1 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w składzie jednoosobowym, a ze względu na szczególną zawilóść sprawy lub jej precedensowy charakter Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym. O rozpoznanie sprawy w powiększonym składzie może także wystąpić z wnioskiem do Prezesa Izby – na podstawie § 13 ust. 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu – wyznaczony do rozpoznania sprawy członek Izby.

W 2020 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym (nie licząc zwrotów odwołań) 2673 odwołań (86,53%), a w składzie trzyosobowym – 416 odwołania (13,47%). W 2019 r., w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 82% i 18%.

#### **6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania**

Stosownie do art. 189 ust. 1 Pzp, Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

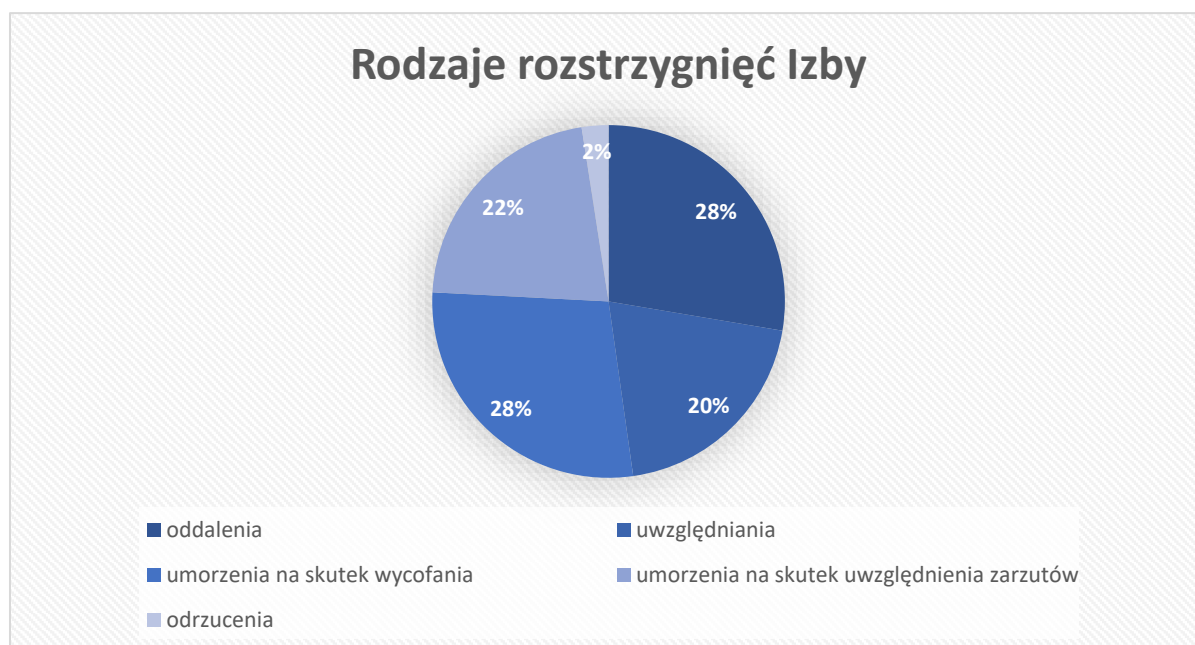
Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 661 tj. 18% ogólnej liczby 2694 rozpoznanych odwołań. Natomiast w 2019 r. do łącznego rozpoznania zostało skierowanych 13% odwołań, a w 2018 r., było to 18%.

Maksymalna ilość odwołań połączonych do łącznego rozpoznania w ramach jednego postępowania odwoławczego w 2020 r. wyniosła 6 odwołań.

## 7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2020 r. podlegały 3 222 odwołania, w wyniku czego:

1. 891 odwołań zostało oddalonych (28%);
2. 648 odwołań zostało uwzględnionych ( 20%);
3. 904 postępowania zostały umorzone wskutek wycofania odwołania ( 28%);
4. 700 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania ( 22%);
5. 79 odwołań zostało odrzuconych ( 2%);



## 8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie

W 2020 r. Izba orzekła o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego w jednej sprawie (sygn. akt KIO 775/20). Izba orzekła o skróceniu okresu obowiązywania umowy w jednej sprawie (sygn. akt KIO 989/20). Izba nie orzekała o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## **9. Zdania odrębne**

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 1 zdanie odrębne dotyczące tego, czy utrata statusu zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może stanowić przesłankę odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy. Dla porównania w roku 2019 r. zgłoszono 2 zdania odrębne.

## **10. Powołanie biegłego**

W okresie sprawozdawczym przeprowadzono dowód z opinii biegłego w 2 postępowaniach, tak samo jak w 2019 r. . W roku 2020 opinie biegłych dotyczyły wiadomości specjalnych z dziedziny chemii i chemicznej analizy technicznej i budowy pojazdów specjalistycznych.

## **11. Prawomocność orzeczeń**

W 2020 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 46 orzeczeń (w 2019 r. było to 29 orzeczeń). We wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony, czyli na wniosek odwołującego 3 sprawy, zamawiającego 41, przystępującego 1 i 1 bez identyfikacji kogo reprezentował pełnomocnik.

## **12. Terminowość rozpoznawania odwołań**

W 2020 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 29 dni, a w 2019 r. – 14 dni.

Dla porównania, poniżej zaprezentowano średni czas trwania postępowania odwoławczego, czyli liczbę dni od wpływu odwołania do wydania orzeczenia, dla wszystkich spraw rozpoznanych w danym okresie sprawozdawczym, począwszy od 2009 r.

Przy czym jak wskazano w pkt 1 części I Informacji w okresie 11 marca – 25 maja 2020 r. zawieszono było rozpoznawanie spraw na rozprawach i posiedzeniach z udziałem stron i uczestników postępowania. W tym okresie do Izby wpłynęło 643 odwołania (w analogicznym okresie 2019 – 530 odwołań). Izba rozpoznała w tym okresie 220 odwołania (w analogicznym okresie 2019 – 546).



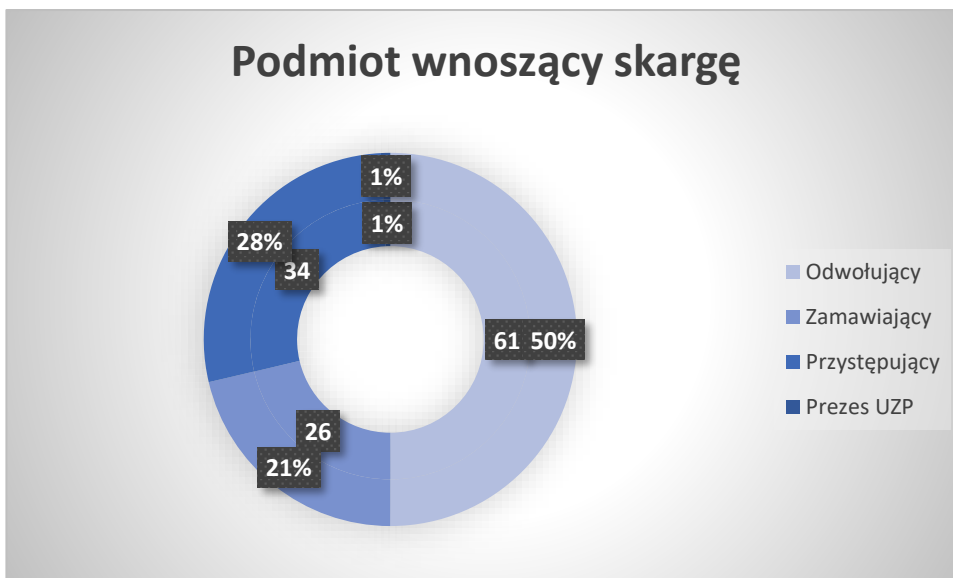


### 13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawilej Izba może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawilóść sprawy – uznała w 2020 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 1258 przypadkach (co stanowi 79% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2019 r. było to 964 (75%).

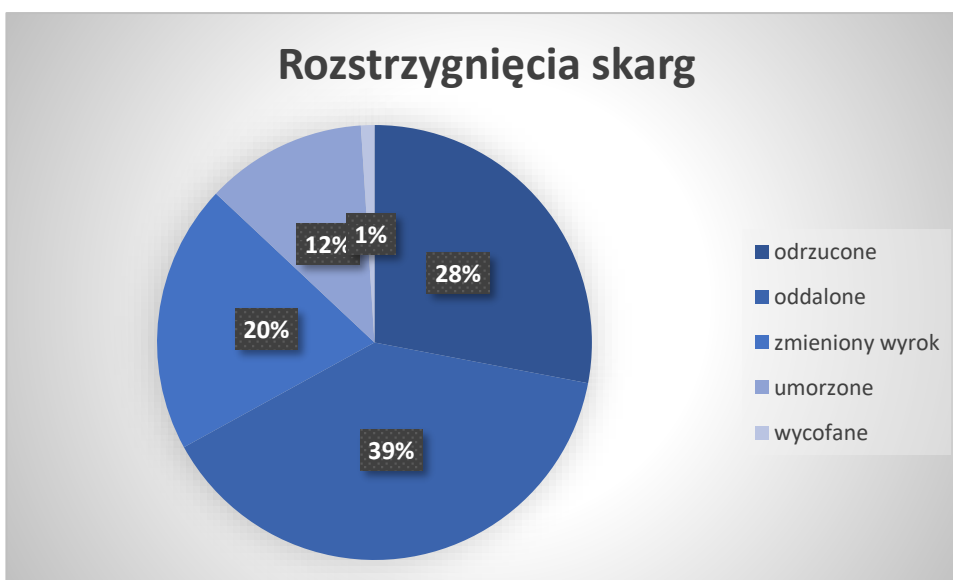
### 14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W 2020 r. wniesiono 122 skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 3,57% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2019 – 126 (5,2%), 2018 – 166 (6,2%), 2017 – 159 (5,7%), 2016 – 130 (5,2%), 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), 2013 r. – 144 (5,2%), 2012 r. – 152 (5,9%), a w 2011 r. – 148 (6%).



Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 15 czerwca 2021 r.), że w 2020 r. rozpoznano 83 skargi na orzeczenia Izby, w tym: 23 skargi zostały odrzucone (28%), 32 skargi zostały oddalone (39%), w 17 sprawach zmieniono wyrok (20%), w 10 sprawach umorzono postępowanie skargowe (12%), w 1 sprawie wycofano skargę (1%). W toku jest 39 spraw.

Dla porównania w 2019 r. na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 28 lutego 2020 r.), że w 2019 r. rozpoznano 68 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 19 skarg zostało odrzuconych (28%), 33 skargi zostały oddalone (49%), w 10 sprawach zmieniono wyrok (15%), w 5 sprawach umorzono postępowanie skargowe (7%), w 1 sprawie uchylono wyrok (1%). W toku jest 58 spraw.



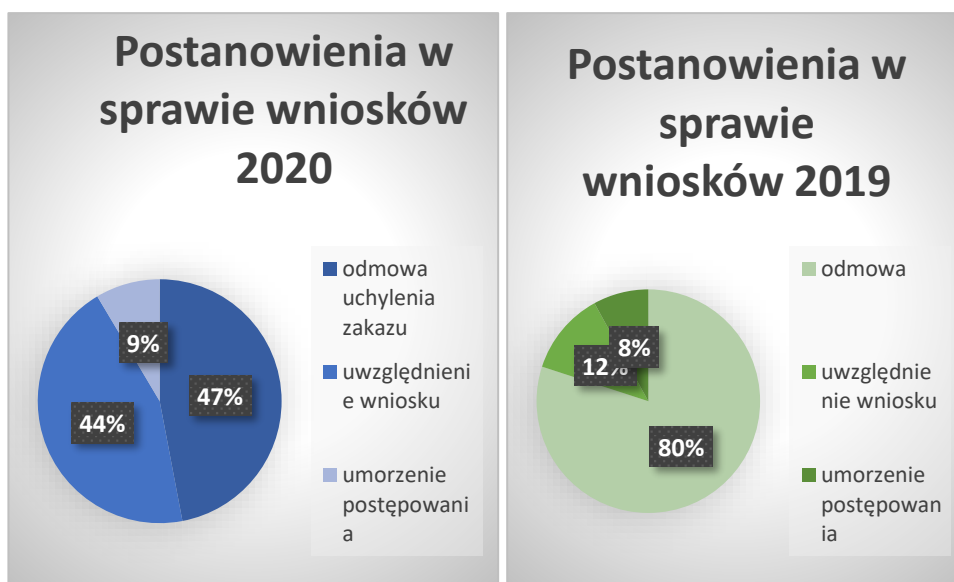
## 15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Do Izby wpłynęło w 2020 r. 119 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a wydano 117 postanowień w tym przedmiocie, z czego w okresie 11 marca- 25 maja 2020 r. (tj. w okresie zawieszenia rozpoznawania spraw na posiedzeniach z udziałem stron i uczestników postępowania oraz na rozprawach) wpłynęło 28 wniosków, z których w tym okresie rozpoznano aż 27 wniosków), w analogicznym okresie 2019 roku wpłynęło i rozpoznano 4 wnioski.

Krajowa Izba Odwoławcza w 2020 r. spośród spraw rozpoznanych wydała 55 postanowienia odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy (47%), 52 postanowienia uchylające zakaz zawarcia umowy (44 %) oraz 10 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (9%).

Z kolei w 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 25 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 20 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (80%), 3 postanowienia uchylające zakaz zawarcia umowy (12%) oraz 2 postanowienia umarzające postępowanie w sprawie wniosku (8%).

Oznacza to, że w całym 2020 r. w porównaniu do 2019 nastąpił czterokrotny wzrost ilości wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy.



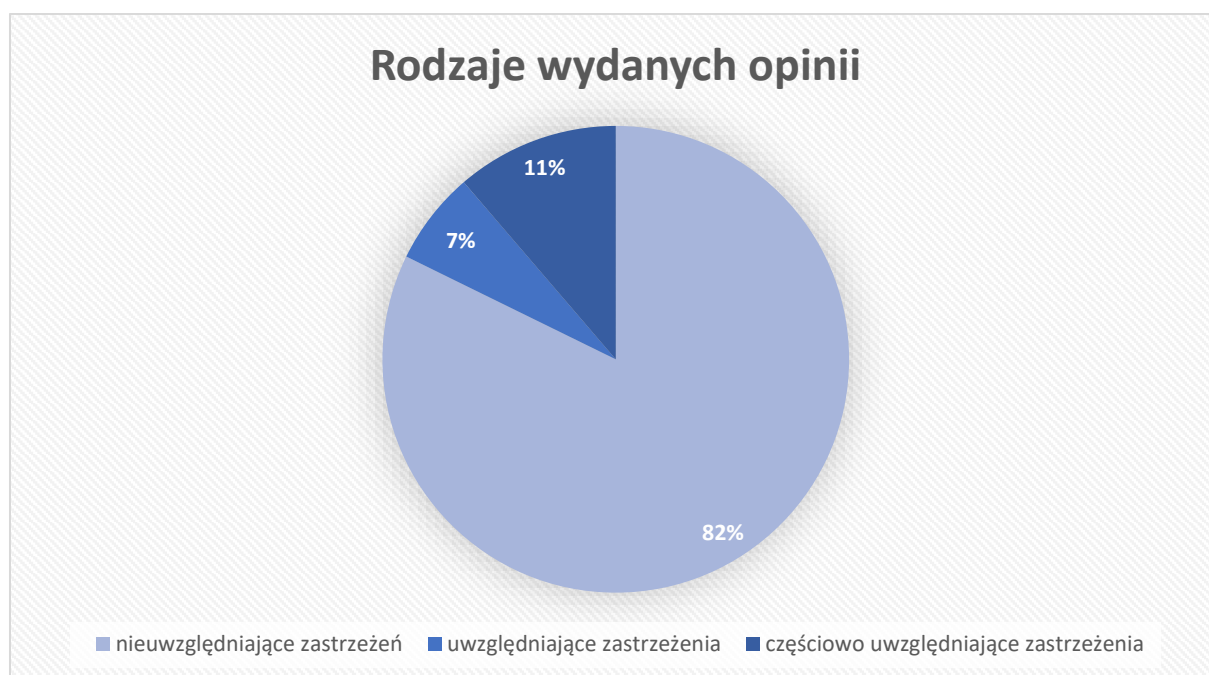
## 16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Z art. 167 ust. 1 i art. 171a Pzp, wynika uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej. Opinię w przedmiocie tych zastrzeżeń Izba wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia

otrzymania zastrzeżeń od wyników kontroli. Za wyjątkiem dwóch przypadków, zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 167 ust. 3 Pzp.

Izba w 2020 r. wydała 62 opinie, w tym: 51 opinii (82%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 4 opinie (7%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 7 opinii (11 %) częściowo uwzględniających zastrzeżenia.

Dla porównania w 2019 r. Izba wydała 76 opinie, w tym: 62 opinii (82%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 2 opinie (3%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 12 opinii (15%) częściowo uwzględniających zastrzeżenia.



## 17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Izba w 2020 r. skierowała jedno zapytanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie sygn. akt KIO 634/20. Zapytanie to dotyczyło następujących kwestii:

Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”) zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (zwanej dalej „dyrektywą 2016/943”), w szczególności zawartych w nich określeń „jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne” i „mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą” oraz wskazania, że „instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji oznaczonych

przez wykonawców jako poufne”, w konsekwencji której wykonawca może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowolną informację, z tego powodu, że nie chce jej ujawniać konkurującym z nim wykonawcom?

Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec dokumenty wskazane w art. 59 i art. 60 dyrektywy 2014/24/UE oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE, w całości lub w części, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w odniesieniu do wykazu posiadanego doświadczenia, referencji, wykazu osób proponowanych do wykonania zamówienia i ich kwalifikacji zawodowych, nazw i potencjału podmiotów, na których potencjał się powołują lub podwykonawców, jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub dla oceny według kryteriów oceny ofert lub stwierdzenia zgodności oferty z innymi wymaganiami instytucji zamawiającej zawartymi w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia)?

Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 58 ust. 1, art. 63 ust. 1 i art. 67 ust. 2 lit b dyrektywy 2014/24/UE zezwala na równoczesne przyjęcie przez instytucję zamawiającą deklaracji wykonawcy, iż dysponuje wymaganymi przez instytucję zamawiającą lub deklarowanymi samodzielnie zasobami osobowymi, podmiotami, na których zasobach chce polegać lub podwykonawcami, co, zgodnie z przepisami musi udowodnić instytucji zamawiającej, oraz deklaracji, że już samo ujawnienie konkurującym z nim wykonawcom danych dotyczących tych osób lub podmiotów (nazwisk, nazw, doświadczenia, kwalifikacji) może spowodować ich „podkupienie” przez tych wykonawców, przez co niezbędne jest objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa? W związku z powyższym, czy tak nietrwałą więź pomiędzy wykonawcą a tymi osobami i podmiotami można uznać za udowodnienie dysponowania tym zasobem, a w szczególności przyznać wykonawcy dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert?

Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na taką interpretację art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, w konsekwencji której wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty wymagane w celu badania zgodności oferty z

wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym w opisie przedmiotu zamówienia) albo w celu oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert, w szczególności jeśli dokumenty te odnoszą się do spełnienia wymagań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przepisach prawa lub w innych dokumentach powszechnie dostępnych lub dostępnych zainteresowanym, w szczególności, jeśli ocena ta nie przebiega według obiektywnie porównywalnych schematów oraz mierzalnych i porównywalnych matematycznie lub fizycznie wskaźników, lecz według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej? W konsekwencji, czy art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 można interpretować tak, że za tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy można uznać złożoną przez niego w ramach oferty deklarację wykonania danego przedmiotu zamówienia według wskazań instytucji zamawiającej zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kontrolowanych i ocenianych przez instytucję zamawiającą pod względem zgodności z tymi wymaganiami, nawet jeśli to do wykonawcy należy wybór metod zmierzających do osiągnięcia wymaganego przez instytucję zamawiającą efektu (przedmiotu zamówienia)?

Czy wyrażona w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, zezwala instytucji zamawiającej na ustanowienie danego kryterium oceny ofert, w szczególności kryterium ocenianego według indywidualnej oceny instytucji zamawiającej, chociaż już w momencie ustanawiania tego kryterium wiadome jest, że wykonawcy część oferty odnoszącą się do tego kryterium obejmą tajemnicą przedsiębiorstwa, czemu instytucja zamawiająca się nie sprzeciwia, przez co konkurujący wykonawcy, nie mogąc zweryfikować ofert konkurentów i porównać ich z własnymi ofertami, mogą odnieść wrażenie zupełnej dowolności badania i oceny ofert przez instytucję zamawiającą?

Czy wyrażoną w art. 18 ust 1 dyrektywy 2014/24/UE zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości w związku z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wskazującym, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru, muszą zapewniać możliwość efektywnej konkurencji i umożliwiać skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia, można interpretować tak, że zezwala ona instytucji zamawiającej na

ustanowienie takiego kryterium oceny ofert, jak w niniejszym postępowaniu kryteria „konceptcja opracowania” i „opis sposobu realizacji zamówienia”?

Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą”, nakazujący państwom członkowskim zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające oraz dostępności procedur odwoławczych dla podmiotu, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia, należy tak tłumaczyć, że stwierdzenie przez organ orzekający, że zastrzeżone przez wykonawców w danym postępowaniu dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co skutkuje nakazaniem ich ujawnienia przez instytucję zamawiającą i udostępnienia konkurującym wykonawcom - jeżeli taki skutek nie wynika wprost z przepisów prawa - powoduje dla organu orzekającego obowiązek wydania rozstrzygnięcia o treści umożliwiającej temu wykonawcy ponowne wniesienie odwołania - w zakresie wynikającym z treści tych dokumentów, której wcześniej nie znał i z którego to powodu nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej - wobec czynności, co do której odwołanie by nie przysługiwało ze względu na upływ terminu do jego wniesienia, na przykład poprzez unieważnienie czynności badania i oceny ofert, których dotyczą przedmiotowe dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

## **CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby**

### **1. Czyn nieuczciwej konkurencji jako przesłanka odrzucenia oferty**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, obligował zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawierała definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyłała w tym zakresie do przepisów ustawy u.z.n.k. W art. 3 tej ustawy określony został katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji przez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 u.z.n.k. czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Ponadto warto wskazać, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. może stanowić także samodzielłą podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym ilość stanów faktycznych czy też różnorodność okoliczności, w ramach których podnoszone były zarzuty dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, w orzeczeniach zapadłych także w 2020 r., była dość liczna. Powyższego twierdzenia nie pozbawia słuszności pogłębiona analiza przypadków orzeczeń dotyczących przesłanki odrzucenia będącej tematem przewodnim niniejszego opracowania, która prowadzi do wniosku, że zdecydowana większość przypadków, w których stawiany był zarzut naruszenia tego przepisu w odwołaniach wniesionych w 2020 r. dotyczył ceny oferty wykonawcy. Jednakże ilość przypadków oraz okoliczności faktycznych ogniskujących się wokół kwestii wyceny oferty lub jej elementów, taktyki biznesowej wykonawców polegającej na jej kalkulacji czy niedozwolonej inżynierii cenowej, była na tyle duża, że twierdzenie poczynione na wstępie przedmiotowego akapitu należy uznać za zasadne. Przy tym przedmiotowa przesłanka odrzucenia oferty nie była stosowana wyłącznie wobec okoliczności związanych z szeroko pojmowaną ceną ofert, ale dotyczyła także innych ważkich zagadnień takich jak podawane przez wykonawców informacje w ramach kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego, złożenie oferty opracowanej przy użyciu kosztorysów ofertowych z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania czy też zawarcie porozumienia o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. W związku z powyższym jedyną generalną konstatacją, jaką należy wysnuć na potrzeby przedmiotowego opracowania można sprowadzić do następującego założenia. Wielość przypadków rozstrzyganych w ramach konkretnych odwołań prowadziła do uznania, że rozpoznanie przez Izbę zarzutu opartego na przepisie art.



89 ust. 1 pkt 3 Pzp wynikało z indywidualnego, nawet unikalnego stanu danej sprawy oraz wymagało głębokiego oparcia się i dokładnego ustalenia jej stanu faktycznego.

Przechodząc do konkretnego studium przypadków, poniżej pokrótce zostaną zaprezentowane wybrane orzeczenia Izby zapadłe w wyniku odwołań wniesionych w 2020 r., które będą odpowiadać opisanym powyżej zagadnieniom.

Jeśli chodzi o zagadnienie związane ze stosowaniem przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty w kontekście szeroko rozumianej ceny oferty jako reprezentatywny można przywołać wyrok z 18 lutego 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 222/20. W tej sprawie odwołujący postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przywołując w uzasadnieniu art. 15 ust. 1 u.z.n.k., który stanowił, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zwróciła uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel – eliminację innych przedsiębiorców. Przy czym przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi dowodowemu. Przede wszystkim Izba wskazała na niejednoznaczność argumentacji odwołującego – z jednej strony wskazywał on bowiem na zaoferowanie przez przystępującego ceny poniżej kosztów własnych, z drugiej strony twierdził, że powyższe wynikało z nieuwzględnienia w kalkulacji wszystkich kosztów materiałów niezbędnych do realizacji prac wskazanych w określonej pozycji ujętej w kosztorysie ofertowym, tudzież z dokonania zmiany materiałów czy rozwiązań technicznych, prowadzącego do manipulacji poziomem cen jednostkowych. Powyższe twierdzenia Izba uznała za niespójne, czym innym bowiem jest świadome zniżenie cen względem rzeczywistych kosztów, tj. takie zniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie przystępującego straty, a czym innym jest brak uwzględnienia w cenie wszystkich elementów kosztotwórczych, czy też dokonanie wyceny innych niż wymagane rozwiązań, nie wskazujące na dumpingowy charakter ceny. W ocenie Izby odwołujący oparł swój zarzut na nieuwiarygodnionych hipotezach co do różnych, możliwych do zaistnienia przypadków, nie konkretyzując w czym dokładnie jego zdaniem przejawia się naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez przystępującego, co uniemożliwiało uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Ponadto Izba zauważyła, że art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., wymaga, aby zniżenie ceny było działaniem świadomym, celowym i nakierowanym na eliminację innych przedsiębiorców.

Zaznaczyć trzeba, że uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji powinno być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe z uwagi na istniejącą w gospodarce rynkowej swobodę ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców. Ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Co istotne, jak wynika wprost z brzmienia przepisu czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, umyślnie, w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, a tego rodzaju okoliczności odwołujący nie wykazał. Z kolei podnoszone w odwołaniu twierdzenia o rzekomej manipulacji cenowej, która miała przejawiać się w założeniu przez przystępującego podczas kalkulacji cen, że dokona zmian materiałów czy technologii, stanowiły jedynie niczym nie poparte, gołosłowne hipotezy, a jako takie nie mogły prowadzić do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Tym samym w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, aby złożenie przez przystępującego oferty w postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W kolejnym wyroku z 9 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 744/20 skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie zdołał wykazać, że odwołujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. Okoliczność, że odwołujący kalkulując wysokość przyjętej prowizji, która stawić miała jego wynagrodzenie za obsługę transakcji za usługę rezerwacji biletu lotniczego na poziomie minusowym, wynikała z przyjętej przez odwołującego taktyki biznesowej. Nie prowadziła natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełniała przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający nie podjął choćby śladowej polemiki z obszernymi wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego. Wyjaśnienia te w sposób klarowny, spójny obrazowały jakie koszty składają się na cenę jednej opłaty transakcyjnej, przedstawiono również obszerny materiał dowodowy uzasadniający wysokość poszczególnych elementów kosztowych. Kalkulacja wiarygodnie odzwierciedliła proces, w wyniku którego odwołujący mógł zaoferować wysokość prowizji na określonym poziomie. Nie zakwestionowano również wyliczeń, które wskazywały na osiągnięcie zysku przez wykonawcę. Wyliczenia poczynione przez odwołującego w wyjaśnieniach w ocenie Izby pośrednio wskazywały na to, że przy kalkulacji własnej ceny opłaty transakcyjnej wykonawca uwzględniał prowizje, rabaty i inne, które wynikają między innymi z przedstawionych przez niego umów handlowych. Odwołujący wskazał również w wyjaśnieniach na wypracowane

realne prowizje dla własnej firmy, uzyskiwane obecne i realne przychody ze wskazaniem na całkowity zysk. Jeżeli zamawiający uważał, że odwołujący nieprawidłowo wycenił wartość oferty, w stosunku do nieprawidłowych elementów związanych z przedmiotem zamówienia, to winien był to wykazać. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał na czym ów mechanizm utrudniania dostępu do rynku miałby polegać, taką argumentację należało przekazać wykonawcy wraz z informacją o odrzuceniu oferty. Dopiero także w odpowiedzi na odwołanie przedstawiono argumentację, która przedstawiała w jaki sposób w prowadzonym postępowaniu należało rozumieć pojęcie „prowizji”.

Zamawiający nie wykazał także w jaki sposób i jakimi działaniami (standardowymi lub ponadstandardowymi) odwołujący miałby doprowadzić do eliminacji wykonawców konkurencyjnych z rynku lub też utrudniać takim wykonawcom dostęp do rynku. Zamawiający nie określił, jakie to praktyki należy uznać za nieuczciwe na danym rynku. W tym elemencie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i odwołującego jako podmiotu z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia dostęp do rynku innym podmiotom. Nie wykazano również w informacji o odrzuceniu, gdzie doszło do manipulacji cenami. Zamawiający lakonicznie jedynie wskazał, że bliżej nieokreślone praktyki utrudniają dostęp do rynku innym wykonawcom. Co znamienne w postępowaniu złożono 3 oferty, trudno więc dostrzec utrudnianie tego dostępu bez znajomości danej gałęzi gospodarki. Ponadto Izba wskazała, że zamawiający nie wykazał z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania odwołującego były sprzeczne.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniami zamawiającego, że umowa, którą zawarłby z odwołującym nie nosiłaby cech odpłatności, czyli cech umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ponosiłby koszty transakcji ale o wartości niższej niż nominalna cena biletu. Nie oznacza to wobec powyższego zawarcia umowy o charakterze nieodpłatnym. Nie zasługiwały na podzielenie twierdzenia zamawiającego, że otrzymywałby on wynagrodzenie od wykonawcy, a nie ponosił kosztów zawarcia umowy. Zysk zamawiającego z takiej umowy polegałby właśnie za wypłacie odwołującemu kosztu biletu i obsługi transakcji w kwocie niższej niż nominalna. Nie oznacza to bezpłatności świadczenia, zawarcia umowy pod tytułem darmym.

W kontekście elementów cenotwórczych oferty na uwagę zasługują także inne orzeczenia, w których Izba:

- uznała, że przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji zostają spełnione w przypadku manipulowania wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu

zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy) – wyrok z 8 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 607/20;

- nie zgodziła ze stanowiskiem odwołującego, że nieprawidłowe skalkulowanie ceny za poszczególne etapy realizacji zamówienia stanowiło tzw. niedozwoloną inżynierię finansową – wyrok z 24 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 858/20;

- uznała, że przystępujący w pełni świadomie skalkulował cenę oferty poniżej kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, faktycznych zysków upatrując w działalności na rzecz podmiotów trzecich, w wyniku czego złożenie oferty przez przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – wyrok z 7 lipca 2020 r. o sygn. akt KIO 1042/20;

- uznała, że odwołujący nie wykazał, iż oferta przystępującego stanowiła sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia oraz odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do konieczności wykazania winy umyślnej przystępującego, co do konieczności wykazania i udowodnienia, iż działanie przystępującego miało na celu eliminację kogokolwiek z rynku, nie określił nawet o jaki rynek miałyby chodzić i w czym odwołujący upatrywał owej eliminacji innych podmiotów – wyrok z 7 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1643/20;

- uznała, że brak faktycznej, realnej wyceny zakresu opcjonalnego oraz podanie wyceny na poziomie 1,00 zł brutto, uwzględniając wyjaśnienia jakie poczynił odwołujący stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom – wyrok z 14 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1755/20.

W wyroku z 17 września 2020 r. o sygn. akt KIO 2048/20 Izba oceniła, że ustalony w sprawie stan faktyczny tj. zaferowanie 30s jako czasu podstawienia pojazdu zastępczego wpisywał się w normę art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., gdyż tak naprawdę w ocenie Izby jedynym powodem podania przez odwołującego tak krótkiego czasu podstawienia pojazdu była próba skorzystania na tym, że zamawiający nie określił minimalnego ocenianego czasu podstawienia. Odwołujący uznał zatem, że skoro zamawiający nie zabronił podawania czasu bardzo krótkiego, to dopuszczalne jest zaferowanie tak krótkiego czasu, który umożliwi odwołującemu przewagę konkurencyjną w tym kryterium, pozwalającą na wyeliminowanie pozostałych konkurentów. Jednakże odwołujący jednocześnie zapomniał, że czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego, zbiór norm niepisanych wyznaczających reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w

szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd. I w ocenie Izby tym zasadom odwołujący uchybił, wykorzystując brak ostrożności zamawiającego przed niełojalnym kontrahentem, który będzie korzystał z niedookreślenia minimalnych dopuszczalnych przez zamawiającego czasów podstawienia pojazdu. W ocenie Izby zamawiający mógł liczyć na to, że wykonawcy zachowają się lojalnie i odczytają intencje zamawiającego co do potrzeby w ogóle zapewnienia pojazdu zastępczego, nie po to, żeby określić jakiekolwiek kryterium pozacenowe, ale po to by wybrać wykonawcę najlepiej świadczącego w przyszłości usługę. Celem podstawienia pojazdu zastępczego było zapewnienie ciągłości realizowanego przewozu, a nie jedynie dojazd w miejsce docelowe – siedzibę placówek oświatowych w wyśrubowanym w ofercie czasie. Dlatego Izba dopatrzyła się w działaniu odwołującego obrazy dobrych obyczajów. Czas podstawienia pojazdu podlegał ocenie w kryteriach oceny ofert i miał wagę 20 pkt., a więc miał znaczący wpływ przy wyborze oferty najkorzystniejszej, mógł zatem prowadzić do wyeliminowania konkurencji z rynku i przymuszenia zamawiającego do zawarcia umowy z odwołującym. W tym stanie rzeczy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że czas podany przez odwołującego nie był zależny od liczby posiadanych pojazdów, bo nawet cała flota odwołującego rozmieszczona przy przystankach na trasie nie gwarantowała wykonania podstawienia pojazdu zastępczego w terminie 30s.

W wyroku z 24 lutego 2020 r. o sygn. akt KIO 281/20 Izba doszła po przekonaniu, że złożenie przez przystępującego oferty, opracowanej przez tegoż przystępującego – w zakresie kosztorysów ofertowych, z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania naruszało nie tylko dobre obyczaje (nie sposób ocenić za przyjęty standard przedsiębiorcy, aby ten – jako wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w celu złożenia oferty w takim postępowaniu wykorzystywał nielegalne oprogramowania innego przedsiębiorcy), ale jest także sprzeczne z prawem – art. 74 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231) przewidującym ochronę programów komputerowych jak utworów literackich oraz art. 278 § 2 Kodeksu karnego, przewidującym karę dla tego, kto bez zgody uprawnionej osoby uzyskuje cudzy program komputerowy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (tu: w celu uzyskania zamówienia publicznego). W ocenie składu orzekającego Izby złożenie przez przystępującego oferty, opracowanej przez tegoż przystępującego – w zakresie kosztorysów ofertowych, z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania, należało zakwalifikować jako działanie, które naruszało interes innego przedsiębiorcy (producenta oprogramowania) choćby poprzez umniejszenie jego zarobku oraz co najmniej zagrażało interesom innych przedsiębiorców – wykonawców choćby poprzez to, że składając ofertę kalkulowali cenę ofertową z wykorzystaniem legalnego, płatnego oprogramowania. Bez znaczenia w ocenie składu orzekającego Izby pozostawało to, że cena

nabycia tego oprogramowania (niezależnie od tego, czy przyjmie się wielkość na poziomie trzech tysięcy złotych jak chciał zamawiający, czy ponad czterech tysięcy złotych jak chciał odwołujący) w przedmiotowym postępowaniu nie miała wpływu na ranking ofert (cena przystępującego brutto była niższa od ceny odwołującego brutto o około 370 tysięcy złotych), ponieważ zagrożenie naruszenia interesu innego wykonawcy należało oceniać przez pryzmat potencjalnego kręgu wykonawców, a tym samym w odniesieniu do „potencjalnych cen ofertowych”, w przypadku których cena nabycia legalnego oprogramowania mogła być kluczowa. Podkreślenia przy tym wymaga, że składając ofertę przystępujący – jak każdy inny wykonawca – nie miał wiedzy na temat tego ilu wykonawców, z jakimi cenami złoży oferty i jak „na ich tle” uplasuje się oferta przystępującego.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że przystępujący, składając ofertę, która – w zakresie dotyczącym kosztorysów ofertowych – została opracowana przy pomocy nielegalnego oprogramowania do kosztorysowania, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji czego zamawiający, nie odrzucając oferty przystępującego dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Warto także zwrócić uwagę na orzeczenie z 30 września 2020 r. o sygn. akt KIO 1865/20. W przedmiotowej sprawie Izba oceniła, że miały miejsce wskazywane przez UOKIK symptomy zмовы przetargowej, a dowody pośrednie wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdowały się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i były nimi oferty wykonawców oraz pisma wykonawców w przedmiocie wycofania ofert. Izba ustaliła, że złożenie przez (...) oświadczenia o rezygnacji z udziału w postępowaniu miało miejsce w niedługim czasie po otwarciu ofert, kiedy to wiadome było już jakie oferty zostały złożone w postępowaniu i jak będą one wstępnie umiejscowione w rankingu ofert z uwzględnieniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny. Rezygnacja z udziału w postępowaniu nie została w żaden sposób wyjaśniona, a złożenie przedmiotowego oświadczenia nie miało logicznie uzasadnionego, racjonalnego wytłumaczenia i w ocenie Izby nie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych. (...) złożyła ofertę, która zajmowała w rankingu ofert drugie miejsce i która mogła realnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza, w przypadku gdyby w toku badania i oceny oferty wykonawcy (...), zamawiający dostrzegł podstawy do wykluczenia tego wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty. Wynik postępowania wówczas był otwarty. W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne było, aby wykonawca mający szansę na uzyskanie zamówienia, decydował się na rezygnację z takiej możliwości, a jeszcze mniej prawdopodobne było takie działanie w obliczu ówczesnie panującej na rynku sytuacji, kiedy to rynek usług przewozów osobowych został dotknięty skutkami panującej epidemii koronawirusa COVID-19. Działanie to w ocenie Izby zmierzało do doprowadzenia do sytuacji, w którym to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co z kolei miałoby taki skutek, że zamawiający musiałby wybrać ofertę mniej korzystną ekonomicznie niż w przypadku, gdyby

konkurencja pomiędzy wykonawcami nie została zniekształcona. W ocenie Izby znikomy był stopień prawdopodobieństwa, że odwołujący oraz (...) zachowywali się w toku postępowania prowadzonego przez zamawiającego jak niezależne podmioty, które prowadziły wobec siebie działalność konkurencyjną. Na podstawie stwierdzonych faktów Izba przyjęła domniemanie faktyczne o zawarciu przez odwołującego i (...) niedozwolonego porozumienia, domniemanie to stanowiło bowiem jedyny logiczny wniosek wynikający z okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania. W ocenie Izby zamawiający dokonał prawidłowej oceny działań wykonawców, a jego decyzja o odrzuceniu oferty w tej sytuacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odpowiadała przepisom prawa.

Jak wskazano w części wprowadzającej do przedmiotowego opracowania rozpoznanie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, było ściśle związane z indywidualnym stanem danej sprawy. Ponadto bogate orzecznictwo Izby zbudowane w oparciu o ww. przepis będzie niewątpliwie posiadało swój walor także pod rządami ustawy obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 7 nPzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym pomimo pewnego przeredagowania treści przesłanki odrzucenia oferty w brzmieniu nadanym przez art. 226 ust. 1 pkt 7 nPzp w stosunku do treści art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w warstwie merytorycznej pozostaje pomiędzy nimi ścisła analogia. Stąd też orzecznictwo oparte o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp pozostanie w dalszym ciągu aktualne z tym zastrzeżeniem, że z pewnością w kolejnych latach pojawią się nowe okoliczności faktyczne, w ramach przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty, które będą stanowić wyzwania dla składów orzekających rozpoznających odwołania w tym zakresie.

## **2. Przesłanki odrzucenia odwołania**

Przepisy proceduralne dotyczące przesłanek odrzucenia odwołania mają istotne znaczenie dla podmiotów uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego korzystających z uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, w zakresie w jakim definitywnie zamykają drogę do skutecznej ochrony interesów tych podmiotów pozostawiając odwołanie bez merytorycznego ich rozpoznania. Poznanie przyczyn odrzucenia odwołania na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostaje również bez znaczenia wobec negatywnej konsekwencji w postaci zaliczenia w poczet kosztów postępowania odwoławczego wniesionego wpisu, który to koszt obciąża co do zasady odwołującego. Negatywne konsekwencje wynikające z odrzucenia odwołania determinują zwięźający sposób wykładni niżej wymienionego przepisu. Przesłanki odrzucenia odwołania zostały enumeratywnie wymienione w art. 189 ust. 2 Pzp, a ich zaistnienie w konkretnej

sprawie Izba jest zobowiązana wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2;
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Zauważenia wymaga, że katalog przesłanek odrzucenia odwołania jest katalogiem zamkniętym, niemniej jednak co zostanie przedstawione w niniejszym opracowaniu, przesłanki te są bardzo pojemne, bowiem zawierają w sobie szereg różnych stanów faktycznych prowadzących do odrzucenia odwołania. Ziszczenie się ww. norm w konkretnej sprawie jest wnikliwie badane przez składy orzekające w ramach czynności formalnoprawnych, a więc przed skierowaniem odwołania do rozpoznania na posiedzeniu a następnie rozprawie. Analiza i ilość orzeczeń wydanych w 2020 r. kończących postępowanie odwoławcze postanowieniem o odrzuceniu odwołania prowadzi do wniosku, że problematyka przesłanek z art. 189 ust. 2 Pzp wciąż rodzi wiele wątpliwości interpretacyjnych. Przesłanki odrzucenia odwołania, które zachowały swoją aktualność na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych zostały przedstawione szerzej w niniejszym opracowaniu. Nie ulega wątpliwości, że wypracowane dotychczas przez Izbę wykładnie ww. przepisu z pewnością znajdują zastosowanie pod rządami nowej Pzp.

Na wstępie warto zwrócić uwagę na podstawę odrzucenia odwołania wynikającą z art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. Co do okoliczności objętych ww. przepisem to na gruncie orzecznictwa Izby wyłaniają się przede wszystkim stany faktyczne, w których wniesione odwołanie dotyczyło postępowań prowadzonych na innych zasadach niż Prawo zamówień publicznych bądź co do których stosowanie ustawy zostało wyłączone na mocy przepisów Pzp. Izba odrzucała również odwołania wniesione wobec zaniechań/czynności, które nie dotyczyły postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie Pzp.

Na uwagę zasługują postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej odrzucające odwołanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość nie przekraczała



wyrażonej w złotych równowartości 30.000 euro. W postanowieniu KIO z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 334/20, KIO 335/20, KIO 338/20, KIO 340/20 Izba po ustaleniu, że łączna wartość wszystkich zamówień, podlegających zsumowaniu wynosi 108.000,00 zł, co stanowi równowartość 25.296,93 euro uznała, że odwołania podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 8 Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 30.000 euro. Izba argumentowała, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że zamawiający – nie będąc do tego zobligowanym treścią Pzp zastosował do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w Pzp. Izba podkreśliła, że zamieszczenie ogłoszenia oraz błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie wpływa na rzeczywistą wartość zamówienia (oszacowaną przez zamawiającego, wynikającą z protokołu postępowania) oraz nie rodzi uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów Pzp jest obligatoryjne. Warto również podkreślić, że w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcie o kosztach postępowania miało charakter precedensowy względem zasady, że w przypadku odrzucenia odwołania koszty postępowania obciążają odwołującego i zostało oparte na odpowiedzialności stron za wynik postępowania (art. 192 ust. 10 Pzp). Izba stwierdziła, że zasadne jest obciążenie kosztami postępowania zamawiającego, którego czynności wprowadziły wykonawcę w błąd co do stosowania przepisów Pzp i spowodowały, że wniesione odwołanie nie mogło być przez Izbę rozpoznane. Zamawiający wszczął i prowadził postępowania przetargowe na podstawie przepisów Pzp, w tym opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych wskazując, że zamieszczenie jest obowiązkowe. Jednocześnie w SIWZ (pkt XXI) zamawiający poinformował wykonawców o prawie skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp odrzuceniu podlegały również odwołania, których wartość szacunkowa zamówień sektorowych była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tzn. poniżej „progów unijnych”. Izba powoływała w tych sprawach treść art. 133 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Tym samym, jeżeli wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych, to do zamówień sektorowych przepisy Pzp, w tym dotyczące środków ochrony prawnej, nie mają zastosowania (tak też: postanowienie KIO z dnia 20 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 917/20, KIO z dnia 1 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1827/20). Izba przywoływała również treść wewnętrznych regulaminów zamawiającego, na podstawie których udzielane było zamówienie sektorowe podprogowe (tak też: postanowienie KIO z dnia 30 czerwca 2020 r., sygn. akt: 1219/20).

Warto także zwrócić uwagę na okoliczności, które spowodowały odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1936/20 (postanowienie Izby z dnia 4 września 2020 r.). W sprawie tej odwołujący wniósł odwołanie wobec nie przekazania pewnego fragmentu kopii odwołania w wezwaniu do zgłoszenia udziału w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym odwołaniem wniesionym przez innego wykonawcę. Izba przywołała treść art. 180 ust. 1 ustawy i odrzuciła odwołanie, gdyż czynność przekazania kopii odwołania jest czynnością postępowania odwoławczego, a nie czynnością postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podkreśliła, że odwołanie przysługuje wyłącznie od zachowań zamawiającego (czynności/zaniechań) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie każdego zachowania zamawiającego np. zaniechania wyszacowania wartości zamówienia czy zaniechania przeprowadzenia dialogu technicznego. Konkludując Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia i zaniechania zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie mieszczą się w art. 180 ust. 1 ustawy, tym samym wykonawca nie mógł skutecznie skorzystać ze środka ochrony prawnej.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że postanowienia wydane w oparciu o przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp w większości dotyczyły kwestii możliwości wniesienia odwołania w procedurach przewidzianych dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zgodnie z art. 138o Pzp, o wartości zamówienia poniżej 750 000 euro. Stanowisko wskazujące na konieczność odrzucenia odwołania w ww. postępowaniach prezentowane było w przeważającej części orzecznictwa Izby (postanowienie KIO z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 1102/20, z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1530/20, z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1589/20, z dnia 24 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 3020/20, z dnia 3 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3073/20, z dnia 15 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3151/20, z dnia 14 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 924/20, z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 1009/20. Co do okoliczności uzasadniających odrzucenie odwołania to Izba głównie zwracała uwagę na:

- art. 138g ust. 1 ustawy, w myśl którego przepisy ustawy dział III rozdział 6, stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro, natomiast w przypadku zamówień sektorowych - jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro;
- art. 138l ustawy, który należy odnosić, do postępowań o ww. wartościach, stanowiący że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy Środki ochrony prawnej.
- art. 138o ustawy, który w ust. 1 stanowi, że zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwot określonych w art. 138g ustawy, ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, stosując minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 ustawy. Izba podkreślała, że procedura udzielania zamówień

na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy tworzona przez zamawiającego jest jego procedurą własną a nie procedurą określoną przez Pzp. Dlatego też Izba oceniała, że brak jest podstaw do poddania pod rozpoznanie czynności czy zaniechań zamawiającego, do których zamawiający nie jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zapożyczenie danych rozwiązań nie powoduje, że w konkretnej procedurze zamówieniowej stają się one rozwiązaniami ustawowymi, a ich ocena dokonywana jest jak naruszeń ustawowych z pełnym wykorzystaniem ustawy (tak też: postanowienie KIO z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 467/20). Izba wskazywała, że przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej także w przypadku zamówień których wartość szacunkowa nie przekracza równowartości kwoty określonej w art. 11 pkt 8 Pzp, prowadzonych na podstawie regulaminów wewnętrznych;

- okoliczność braku regulacji dotyczącej wpisu od odwołania w postępowaniach na usługi społeczne poniżej progu unijnego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972);

- obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne jedynie na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej w myśl art. 138o ust. 3 Pzp, a nie w publikatorach określonych ustawą tj. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz Biuletynie Zamówień Publicznych, o czym stanowi art. 11 Pzp.

Warto zaznaczyć, co Izba podkreślała, że w ww. sprawach wykonawca nie jest pozbawiony ochrony prawnej, gdyż zawarcie umowy o zamówienie publiczne jest sprawą cywilnoprawną. W ocenie Izby wykonawcy przysługiwało prawo do sądu na zasadach ogólnych w sprawach cywilnych (tak też: postanowienie KIO z dnia 20 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 300/20).

Odmienne stanowisko w 2020 r. zostało wyrażone w wyroku Izby z dnia 15 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3421/20, w którym Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie, pomimo iż postępowanie w przedmiotowej sprawie dotyczyło usług społecznych poniżej progu unijnego. Izba nie znalazła podstawy do odrzucenia odwołania argumentując, że w rozdziale „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi” ustawodawca nie wyłączył stosowania działu VI Pzp „Środki ochrony prawnej” dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, co wynika wprost z art. 138l Pzp. Nie zrobił tego także w art. 138o Pzp.

Na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych okoliczności te utraciły na aktualności, podobnie jak rozbieżności orzecznicze na tym tle, gdyż Ustawodawca przesądził o możliwości wniesienia środka ochrony prawnej również w postępowaniach na usługi społeczne poniżej 750 000 euro.

Izba zmierzyła się także w 2020 r. z wykładnią art. 189 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. wystąpieniem sytuacji kiedy odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a więc nie wykazujący związku z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

W wydanych orzeczeniach Izba podkreślała, iż złożenie oferty w danym postępowaniu jest elementem niezbędnym dla przyznania statusu wykonawcy i determinuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W postanowieniu z dnia 10 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 225/20 Izba odrzuciła odwołanie wniesione wobec części zamówienia, w której Odwołujący nie złożył oferty. Izba zważyła, że w przypadku gdy postępowanie podzielone jest na części – posiadanie statusu wykonawcy, jak i spełnienie pozostałych przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, bada się w odniesieniu do danej części zamówienia. Natomiast kategoria „innych osób”, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, obejmuje potencjalnych wykonawców, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego. Izba wskazała dalej, że pojęcie „wykonawcy” zostało przez ustawodawcę zdefiniowane w art. 2 pkt 11 Pzp. Definicja legalna pojęcia „wykonawcy” odwołuje się do poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym krąg podmiotów mogących posiadać status wykonawcy ulega zawężeniu w miarę przechodzenia do kolejnego etapu. W konsekwencji Izba uznała, że w przypadku etapu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, lecz przed zawarciem umowy, status wykonawcy może posiadać wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w przypadku postępowania podzielonego na części – wyłącznie podmiot, który złożył ofertę w danej części zamówienia.

O tym, że status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia Izba orzekła w postanowieniu z dnia 15 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1400/20. W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie złożył oferty, jak również nie reprezentował żadnego wykonawcy, a odwołanie złożył we własnym imieniu, działając jako „osoba prywatna”, tym samym nie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji Izba uznała, że nie posiada on statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego.

Zauważenia wymaga, że za podmiot nieuprawniony Izba uznawała również jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wnoszącego odwołanie bez umocowania od pozostałych wykonawców lub jedynie we własnym imieniu. Izba podkreślała, że od momentu otwarcia ofert, status „wykonawcy” w postępowaniu przysługiwał wspólnie wszystkim członkom konsorcjum. Powyższe dotyczy również prawa do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku, gdy ofertę składają wykonawcy występujący wspólnie, to im wszystkim razem, a nie każdemu z osobna, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie (tak też: postanowienie KIO z dnia 10 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1493/20, z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2896/20).

W postanowieniu z dnia 6 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2722/20 Izba orzekła o utracie statusu wykonawcy przez podmiot, którego oferta została odrzucona przez zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołania w sprawie KIO 2301/20, w konsekwencji czego

uznała powołując się na wyrok TSUE w sprawie C-355/15 pkt. 36, że odwołującemu wobec tej czynności nie służył już skuteczny środek odwoławczy.

Izba w wydanych orzeczeniach w 2020 r. określiła również sytuacje, w których nie dochodzi do ziszczenia się przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. W kwestii tej Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 330/20. Izba wskazała, że przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp należy łączyć z przypadkami, w których odwołanie zostało wniesione przez podmiot niebędący wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, jest niewłaściwie reprezentowany lub odwołanie zostało wniesione jedynie we własnym imieniu lub bez umocowania pozostałych wykonawców, choć odwołujący jest wykonawcą działającym w ramach konsorcjum. W rozpoznawanej sprawie w ocenie Izby żadna z powyżej wskazanych sytuacji nie wystąpiła. Oferta odwołującego została odrzucona, a odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie uznania tej czynności za bezzasadną zostało przez Izbę oddalone (wyrok z 30 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 71/20). Od ww. wyroku przysługiwała jednak skarga do właściwego sądu okręgowego i dopiero orzeczenie tego sądu mogło mieć wpływ na status odwołującego jako wykonawcy w postępowaniu. Na moment rozpoznania sprawy nie można było uznać, iż odwołujący był podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania szczególnie, że oświadczył na posiedzeniu niejawnym, że do dnia posiedzenia nie otrzymał odpisu uzasadnienia orzeczenia w sprawie KIO 71/20 oraz zadeklarował zaskarżenie tego orzeczenia.

W postanowieniu z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1509/20 skład orzekający nie podzielił stanowiska przystępującego o konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp ze względu na wadliwe pełnomocnictwo przedłożone wraz z odwołaniem. Odwołujący został wezwany przez skład rozpoznający spór do uzupełnienia braku formalnego – prawidłowego pełnomocnictwa, który w wyznaczonym terminie uzupełnił. Stanowisko Izby o możliwości konwalidowania tego braku potwierdzono przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2015 r. sygn. akt V Ca 4080/14.

Warte przedstawienia pozostają również orzeczenia Izby stwierdzające wystąpienie przesłanek z art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp. Co do punktu 4 to okoliczności powodujące odrzucenie odwołania zachodziły w sytuacji, gdy odwołanie wnosił podmiot, który poprzednio wniósł odwołanie w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę (wydane zostało orzeczenie), a obecnie wnoszone odwołanie oparte było wyłącznie na tych samych okolicznościach jak poprzednio rozpoznane. Natomiast przesłanka z punktu 5 obejmowała w zasadzie dwie sytuacje: kiedy czynność zamawiającego została wykonana zgodnie z wyrokiem Izby oraz kiedy w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego wykonał on czynność zgodnie z żądaniem odwołania.

W pierwszej kolejności warte przywołania jest postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 252/20, w którym Izba ustaliła, że zamawiający ponownie w dniu 5 lutego 2020 r. zaprosił wykonawców uczestniczących w postępowaniu do udziału w aukcji elektronicznej w konsekwencji wykonania wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 87/20. Odwołujący od czynności zaproszenia z dnia 5 lutego 2020 r. wniósł do KIO odwołanie. W wyroku KIO 87/20 Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie aukcji elektronicznej. Izba nie nakazała zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ. Izba wskazała, że odwołujący w odwołaniu o sygn. akt: KIO 87/20 wnosił o zniesienie zaplanowanej na 17 stycznia 2020 r aukcji elektronicznej lub z ostrożności, na wypadek nie zniesienia terminu przez zamawiającego – unieważnienia aukcji elektronicznej oraz odstąpienia od aukcji elektronicznej, a ponieważ jest ona nierozdzielnie złączona z całością postępowania – unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne żądania kierował w odwołaniu o sygn. akt: KIO 252/20.

Izba w wyroku KIO 87/20 nie przychyliła się do żądań odwołującego, nie nakazując jednocześnie zmiany postanowień SIWZ w wymaganym zakresie ani również unieważnienia postępowania. Izba w sprawie KIO 252/20 wskazała, że jeżeli odwołujący twierdził, że orzeczenie Izby nakazujące wyłącznie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie aukcji elektronicznej – bez zmiany stosownych postanowień SIWZ – jest wadliwe i niepełne „a aukcja nierozdzielnie złączona jest z całością postępowania” i postępowanie wymaga unieważnienia, to na podstawie art. 198a ust.1 Pzp mógł wnieść skargę do sądu na wydane orzeczenie. Zatem – w ocenie Izby - zamawiający unieważniając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej, powtarzając czynność zaproszenia do aukcji wykonał je zgodnie z treścią wyroku KIO 87/20, co wynikało wprost z sentencji orzeczenia. Izba stwierdziła, że powyższe okoliczności stanowią podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Wystąpienie przesłanek odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp uzasadniało odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1509/20 (postanowienie z dnia 21 lipca 2020 r.). Izba ustaliła, że wniesione odwołanie dotyczyło wyłącznie dokumentów i oświadczeń przystępującego, które były przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 759/20, a odwołujący powoływał się na okoliczności, które wskazano w pierwszym postępowaniu odwoławczym. W drugim odwołaniu wykonawca podniósł, że skład orzekający w sprawie KIO 759/20 stwierdził, że podano nieprawdziwe informacje i na tej podstawie żądał wykluczenia przystępującego z przetargu. Skład rozpoznający spór stwierdził, że dopuszczenie do merytorycznego rozpoznania odwołania z dnia 6 lipca 2020 r., doprowadziłoby do sytuacji kiedy inny skład orzekający dokonałby ponownej oceny czynności zamawiającego, w oparciu o te same okoliczności (i zgodnie

z treścią odwołania również o te same dowody), które zostały już ocenione przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 759/20. Przy tym od wyroku KIO 759/20 nie wniesiono skargi do sądu powszechnego, a ponownie wniesiono odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Rozszerzenie odwołania o dodatkową normę (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), jednocześnie bez zmiany podstawy faktycznej zaskarżenia – nadal był to potencjał osobowy oceniany przez zamawiającego w toku pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej – był jedynie zabiegiem formalnym, mającym stworzyć wrażenie, że mamy do czynienia z innym przedmiotem zaskarżenia. Izba stwierdziła, że w sprawie występowała tożsamość stron i tożsamość podstawy rozpoznania, odwołujący powoływał się na te same okoliczności faktyczne, które oceniono w postępowaniu odwoławczym KIO 759/20, co wypełniało hipotezę art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. Skład orzekający stwierdził również, że zamawiający wykonał czynność wezwania przystępującego zgodnie z sentencją wyroku z 10 czerwca 2020 r., co wypełniało przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie o sygn. akt: KIO 1946/20 (postanowienie z dnia 7 września 2020 r.). Izba ustaliła w sprawie, że wyrokiem z dnia 30 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 723/20 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 3 oraz powtórzenie w tej części zamówienia badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3c.III lit. a) SIWZ. Wniesione w rozpoznawanej sprawie odwołanie, de facto konkretyzowało względem zamawiającego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez kilkukrotne wzywianie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału dotyczącego dysponowania potencjałem osobowym. Z pozostałych wywodów zawartych w uzasadnieniu odwołania, które miały dotyczyć zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie wynikała żadna konkretna okoliczność dotycząca nieprawidłowości prowadzenia przez zamawiającego postępowania po wydaniu przywołanego powyżej wyroku Izby. Skarżone przez odwołującego wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób zostało wprost nakazane w sentencji wyroku Izby w poprzedniej sprawie z odwołania Konsorcjum. Niezależnie od tego Izba zauważyła, że już w poprzedniej sprawie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (wtedy wskazując konkretne okoliczności) i w związku z tym domagając się nakazania zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania, ale Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Odwołujący nie wniósł skargi od poprzedniego wyroku Izby, który nie uwzględniał w całości zarzutów i żądań jego poprzedniego odwołania. W ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła wypełnienie się hipotezy przepisów art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp. Izba odrzuciła odwołanie na analogicznej podstawie w sprawie o sygn. akt: KIO 3135/20 (postanowienie z dnia 3 grudnia 2020 r.) oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 14/20 (postanowienie z dnia 21 stycznia 2020 r.).

Izba wypowiedziała się również w zakresie wypełnienia przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp w części dotyczącej odrzucenia odwołania wobec czynności wykonanej zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Przykładem odrzucenia odwołania na ww. podstawie jest wyrok KIO z dnia 2 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2167/20 gdzie w rozpoznawanej sprawie zamawiający uwzględnił odwołanie i wykonał żądanie wezwania do uzupełnienia dokumentów – wykazu robót w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba podkreśliła, że hipoteza normy zawartej w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek uwzględnienia odwołania, aby uniemożliwić wystąpienia w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym i stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym przed KIO wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata).

Podobnie Izba orzekła w sprawie o sygn. akt: KIO 2383/20 (postanowienie KIO z dnia 27 października 2020 r.) wskazując, że skoro w sentencji wyroku o sygn. akt: KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1079/20 w części dotyczącej zarzutów wykonawcy AP, zatem w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 2383/20 zarzuty dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy AP nie mogą być ponownie przedmiotem rozstrzygnięcia Izby – gdyż powyższe postępowanie - wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego oraz wobec braku sprzeciwu zostało przez Izbę umorzone. Zamawiającemu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania o sygn. akt: KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20 nie pozostawało nic innego, jak odrzucenie oferty wykonawcy AP, gdyż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp nie był ani zarzutem wiodącym odwołania o sygn. akt: KIO 1079/20 oraz KIO 1095/20, ani również zarzutem ewentualnym tego odwołania. Zamawiający uwzględniając odwołanie – wobec braku sprzeciwu wykonawcy - zobowiązał się zatem w świetle przepisu art. 186 ust. 3 Pzp do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (a takim żądaniem było kategoryczne odrzucenie oferty wykonawcy AP bez uprzedniego wzywania do wyjaśnień). Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Podobne przesłanki spowodowały odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3070/20 z dnia 9 grudnia 2020 r. oraz odrzucenia odwołania w części w sprawie o sygn. akt: KIO 2304/20 (wyrok KIO z dnia 19 października 2020 r.). W sprawie o sygn. akt: KIO 2722/20 (postanowienie z dnia 6 listopada 2020 r.) Izba dodatkowo stwierdziła, że czynność zamawiającego wykonana zgodnie z orzeczeniem, żądaniem odwołania staje się z mocy prawa ostateczna i nie przysługuje skuteczny środek na jej zaskarżenie. Izba podkreśliła, że dotyczy to tylko takiego zachowania zamawiającego, które jest ściśle zgodne z rozstrzygnięciem wydanym przez Izbę, czy żądaniem odwołania, nie dotyczy to zatem sytuacji, w której zamawiający wykonał czynność niezgodnie z orzeczeniem czy żądaniem.



Co do okoliczności, które w ocenie Izby nie prowadziły do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp to warto przytoczyć wyrok KIO z dnia 21 września 2020 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1961/20. Czynnością, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby była czynność wezwania z dnia 22 lipca 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tę czynność bowiem nakazała Izba zamawiającemu w sentencji orzeczenia sygn. akt KIO 603/20. Natomiast Izba nie nakazała zamawiającemu przyjęcia konkretnego wyniku oceny złożonych na skutek tego wezwania dokumentów i oświadczeń. Czynność wykluczenia zatem odwołującego z postępowania dokonana w dniu 7 sierpnia 2020r. pozostawała poza treścią orzeczenia Izby w sprawie sygn. akt: KIO 603/20 i była nową czynnością zamawiającego, od której przysługiwało odwołanie.

Zasygnalizowania wymaga, że zdecydowana większość postanowień odrzucających odwołanie w 2020 r. opierała się na dyspozycji art. 189 ust. 1 pkt 3 Pzp. Znaczna część orzeczeń dotyczyła kwestii ustalenia terminu, w którym odwołujący powziął wiedzę o czynności bądź zaniechaniu zamawiającego, stanowiących podstawę wniesionego odwołania i trudności z tym związanych – art. 182 ust. 3 Pzp (postanowienie KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 119/20, z dnia 19 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 794/20, z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1518/20, z dnia 30 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1552/20, z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2378/20, z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2897/20) oraz braku możliwości uznania w świetle art. 180 ust. 4 Pzp, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (postanowienie KIO z dnia 14 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 205/20, z dnia 27 kwietnia 2020 r., sygn. akt: KIO 705/20, z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 1027/20, z dnia 9 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO: 1231/20, z dnia 8 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1482/20, z dnia 29 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO: 3354/20). Izba powoływała uchwałę Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13 wskazując, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania do Prezesa KIO okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego, gdyż istotna jest jedynie data wpływu odwołania do Izby.

Oдноśnie przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp – nieprzesłanie zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp Izba stwierdzała wypełnienie się ww. przyczyn odrzucenia w przypadkach: gdy odwołujący przesłał odwołanie niekompletne, część kopii odwołania bez całkowitej merytorycznej treści oraz załączników - dowodów (tak też: postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 214/20, z dnia 5 października 2020 r., sygn. akt KIO: 2122/20, z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt KIO: 2884/20), gdy kopia odwołania nie została przekazana z uwagi na odrzucenie wiadomości e-mail przez system do nadawcy (przekroczony limit rozmiaru wiadomości elektronicznej) i wykazania przez zamawiającego, że system wysłał informację zwrotną o odrzuceniu wiadomości (tak też:

postanowienie KIO z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 829/20) oraz gdy kopia odwołania została przekazana zamawiającemu po upływie terminu na wniesienie odwołania, tym samym zamawiający nie mógł zapoznać się z jego treścią zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp (postanowienie z dnia 20 maja 2020 r., sygn. akt: KIO 968/20, z dnia 13 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2566/20).

Kilka orzeczeń dotyczyło również kwestii ziszczenia się przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, czyli w sytuacji gdy Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1512/20, z dnia 10 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1912/20, z dnia 14 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3145/20). Obecnie Pzp nie przewiduje takiej regulacji, gdyż uprawnienie do wniesienia odwołania w postępowaniach krajowych zostało rozszerzone i nie zawiera zamkniętego katalogu czynności, na które odwołanie przysługuje.

Przedstawione powyżej rozważania prezentujące przegląd orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w 2020 r. dotyczących kwestii odrzucenia odwołania prowadzą do wniosku, że okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia odwołania pozostają problematyczne dla uczestników postępowań o zamówienie publiczne korzystających ze środków ochrony prawnej. Dorobek orzeczniczy Izby w zakresie procedury odwoławczej z pewnością znajdzie odzwierciedlenie w wykładni przesłanek odrzucenia odwołania na gruncie art. 528 nowej ustawy Prawo zamówień publicznych w kolejnych latach.

### **3. Przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w dobie pandemii.**

Ustawa Pzp przewiduje środek zawieszający i zabezpieczający skuteczność środków ochrony prawnej, jakim jest zakaz zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Jednocześnie środek ten nie ma charakteru bezwzględny i może zostać uchylony na wniosek zamawiającego.

Dotychczasowe orzecznictwo Izby wskazywało na:

- wyjątkowość zastosowania tego środka,
- konieczność wykazania przez zamawiających istnienia interesu publicznego, nietożsamego z interesem własnym zamawiającego,
- określenia i wykazania istnienia zagrożenia dla tego interesu, które nie może być w inny sposób usunięte niż przez zawarcie umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę,
- uprawdopodobnienia faktu, że brak zawarcia umowy w określonym terminie wywoła negatywne skutki dla znaczącego obszaru, grupy społecznej, zawodowej,

- uprawdopodobnienia faktu, że brak zawarcia umowy w określonym terminie może doprowadzić do braku możliwości udzielenia zamówienia publicznego w przyszłości.

Izba podkreślała także, iż w ramach postanowienia w sprawie wniosku o uchylenie zakazu nie dokonuje badania zasadności odwołania, więc skupianie się przez zamawiających na argumentacji wskazującej na oddalenie odwołania nie stanowi przesłanki do uwzględnienia wniosku o udzielenie zamówienia.

Od marca 2020 r. na terenie Polski występuje stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 ogłoszony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491). Z mocy zarządzenia Prezesa UZP (*vide*: komunikaty z 13 oraz 27 marca 2020 r.) nastąpiło bezterminowe zawieszenie rozpoznawania spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą (*vide*: komunikaty z 13 oraz 27 marca 2020 r.) i rozpoznawanie spraw wznowiono 29 maja 2020 r. W czasie zawieszenia nie odbywały się rozprawy ani posiedzenia jawne przed Krajową Izbą Odwoławczą, jednocześnie nie zostało zawieszono funkcjonowanie przepisów określających terminy wniesienia odwołań do Izby. Spowodowało to znaczny wzrost liczby wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie tylko w samym okresie zawieszenia funkcjonowania Izby, ale w całym roku 2020, co zostało przedstawione w części statystycznej. Inaczej niż w ubiegłych latach kształtował się stosunek odmowy uchylenia zakazu do uchylenia zakazu. W 2019 r. było to 80% do 12%, natomiast w 2020 r. ten stosunek to 47% do 44 %.

Przedmiotowe opracowanie jest próbą odpowiedzi na pytanie, z czego wynikają tak znaczące różnice w kolejnych latach i czy dotychczasowe stanowisko Izby, co do wyjątkowego charakteru środka z art. 183 ust. 2 ustawy, uległo zmianie. Należało zatem dokonać analizy wybranych orzeczeń Izby z 2020 r. w celu ustalenia, jakim argumentom zamawiających Izba dawała wiarę, a które na taką aprobatę nie zasłużyły.

Jako pierwsze wskazać należy postanowienia sygn. akt KIO/W 5/20 z 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 7/20 z 6 marca 2020 r. i sygn. akt KIO/W 8/20 z dnia 10 marca 2020r. – wszystkie one dotyczyły dostawy i montażu jednostek wytwarzania energii OZE i tego samego postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uchylając zakaz wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego związaną z wymaganym terminem realizacji zamówienia, wynikającym z umowy o dofinansowanie, efektem proekologicznym dla wielu gmin, których projekt dotyczy, a które położone są na obszarze, w którym najczęściej występują negatywne raporty smogowe. Zamawiający wskazywał także na ryzyko wycofywania się beneficjentów zamówienia w związku z przedłużającą się procedurą udzielenie zamówienia, co może zniweczyć zabiegi o osiągnięcie efektu ekologicznego. Izba wzięła tu pod uwagę argumentację zamawiającego wskazującą na działania odwołującego w celu przedłużenia postępowania. Odwołujący bowiem wnosił liczne odwołania do których nie dołączał dowodu uiszczenia wpisu, a wezwany nie przedkładał tego dowodu doprowadzając do zwrotu odwołania. Wskazuje to

dodatkowo na zasadność wprowadzenia w nowej ustawie art. 578 ust. 2 pkt 2, który stanowi, że Izba uchyla zakaz, jeżeli zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W sprawie o sygn. akt KIO/W 11/20 z dnia 30 marca 2020 r. Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy na dostawę samochodów ciężarowych ogólnego przeznaczenia na potrzeby wojska uznając za zasadną argumentację zamawiającego, że zakup tych pojazdów wiąże się ściśle z realizacją takich zadań jak zabezpieczenie działań m. in. w razie epidemii. Nadto Izba wskazała na fakt notoryjny narastającego kryzysu gospodarczego wywołanego pandemią, który może uniemożliwić w niedalekiej przyszłości zamawiającemu nabycie tych pojazdów w przyszłości na obecnych warunkach.

Izba uchyliła również zakaz zawarcia umowy w sprawie o sygn. akt KIO12/20 z dnia 30 marca 2020 r., która dotyczyła zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem i instalacją aparatury medycznej wyposażenia sal zabiegowych i operacyjnych w nowo wybudowanym budynku kardiologii. Izbę przekonało to, że projekt dotyczy 6 szpitali w regionie. Zakup i wyposażenie zgodnie z umową o dofinansowanie muszą być zrealizowane do końca II kwartału 2020 r. Celem zamówienia jest poprawa dostępności publicznych usług medycznych dla mieszkańców. Stan epidemii i zawieszenie rozpoznawania spraw przed Izbą powoduje, że nie można określić przybliżonego terminu, w którym odwołanie zostanie rozpoznane. Konsekwencje nieudzielenia zamówienia publicznego dotyczą nie tylko zamawiającego, ale także innych jednostek służby zdrowia na rzecz, których jest realizowane zamówienia, a także pacjentów.

Z podobną akceptacją Izby spotkały się w sprawie sygn. akt KIO/W 14/20 z dnia 2 kwietnia 2020 r. usługi pomocnicze utrzymania czystości w szpitalu i wykonywanie czynności pomocniczych. Izba wzięła pod uwagę, że dotychczasowe świadczenie usługi kończyło się 31 marca 2020 r. Brak personelu sprzątającego stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia pacjentów w dobie pandemii, gdzie podstawowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania placówek medycznych ma zachowanie reżimu sanitarnego w sytuacjach podwyższonego ryzyka zakażenia wirusem SARS-COV-2.

Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO/W 19/20 z dnia 20 kwietnia 2020 r. Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy na remont kotłów parowych wraz z instalacją biomasy dla Elektrociepłowni. Izbę przekonała argumentacja, że zamówienie musi być wykonane w okresie od 30 kwietnia do 30 września 2020 r., a więc okresie okołowakacyjnym, a nieprzeprowadzenie remontu może spowodować awarie i braki w dostawie tak ciepła jak i energii elektrycznej w okresie grzewczym. Ponadto z tym zamówieniem skorelowane są inne zawarte już umowy lub prowadzone postępowania, gdyż remont musi być przeprowadzony na przestoju kotłów. Celem zamówienia jest przywrócenie urządzeń do stanu sprawności technicznej, zmniejszenie awaryjności i kosztów kolejnych remontów, utrzymanie żywotności urządzeń. Izba wzięła także

pod uwagę fakt zawieszenia rozpoznawania spraw przez Izbę i brak możliwości ustalenia, kiedy może być rozpoznane odwołanie, a także fakt, że dla zamawiającego zawarcie umowy po 30 kwietnia 2020 r. będzie bezzasadne, bo nie pozwoli na wykonanie prac w wymaganym terminie.

Izba odmówiła natomiast uchylecia zakazu z sprawie sygn. akt KIO/W 22/20 z dnia 23 kwietnia 2020 r. zwracając uwagę, że zamówienie dotyczyło budynku biurowego w obiekcie wojskowym, a więc obiektu mniej zaangażowanego w procesy z dziedziny bezpieczeństwa i obronności państwa. Nie podzieliła argumentacji zamawiającego o bezpieczeństwie militarnym zwracając uwagę, że dotyczy ono relacji między państwami w okresie poprzedzającym wojnę lub w czasie wojny, ale nie w związku z wystąpieniem stanu epidemii, w którym główne działania zastrzeżone są dla służby zdrowia, policji, a jedynie pomocniczo dla służb wojskowych. Izba poddała pod wątpliwość czy brak budynku biurowego ma wpływ na wykonywanie zadań Wojsk Obrony Terytorialnej w warunkach, gdy skoszarowanie może wiązać się z dodatkowym zagrożeniem epidemiologicznym.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO/W 27/20 z dnia 4 maja 2020 r. Izba odmówiła uchylecia zakazu zawarcia umowy na zakup 5 sztuk pojazdów typu armatka wodna dla Policji wskazując, na to, iż w dniu 28 kwietnia 2020 r. Rada Ministrów przyjęła projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2. Jedną ze zmienianych ustaw była ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374, 567, 568 i 695), w zakresie której przyjęto uchylene art. 15zszs, który przewidywał m.in. zawieszenie biegu terminów procesowych i sądowych. Zgodnie z komunikatem Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczonym na jego stronie internetowej, powyższe stanowi podstawę do wznowienia działalności Krajowej Izby Odwoławczej w dotychczasowym trybie. Tym samym zachodzą podstawy do przyjęcia, że odwołanie wniesione w niniejszym postępowaniu zostanie rozpatrzone w terminie pozwalającym na realizację zamówienia. Ponadto zamawiający wskazywał na brak możliwości skorzystania z dofinansowania do końca 2020 r. z uwagi na długotrwały proces produkcji pojazdów, jednak nie wskazał jak ten proces przebiega uniemożliwiając Izbie ocenę tego argumentu. Nadto Izba wzięła pod uwagę, że to postępowanie jest kolejnym postępowaniem zamawiającego. W uprzednio prowadzonym postępowaniu na zakup 8 armatek wodnych umowę zawarto w lipcu 2019 r. i wówczas zamawiający nie miał obaw o utratę środków, mimo że były przyznane na tych samych zasadach tj. do końca roku 2019 r.

W sprawie sygn. akt KIO/W28/20 z dnia 4 maja 2020 r. Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy uznając, w związku z istniejącą w Polsce

sytuacją epidemiologiczną związaną z występowaniem pandemii wirusa COVID-19, za zasadną argumentację, że konieczne jest zabezpieczenie odbioru odpadów, zwłaszcza w sytuacji, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, w tym epidemii COVID-19. Zamawiający wykazał więc, że w obecnym stanie sanitarno-epidemiologicznym usługa odbioru odpadów jest niezbędna również w aspekcie podejmowania działań, by zminimalizować możliwości rozprzestrzeniania się wirusa. Brak natomiast zapewnienia odbioru odpadów mógłby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Izba odmówiła natomiast uchylenia zakazu zawarcia umowy na budowę budynku wielofunkcyjnego w sprawie sygn. akt KIO/W 29/20 z dnia 4 maja 2020r. wskazując, że wniosek zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w czym w przedmiotowej sprawie wyrażać miałyby się interes publiczny ani nie wskazuje na jakikolwiek negatywny skutek dla tegoż interesu publicznego, jaki miałyby wiązać się z nie zawarciem umowy. Argumentacja przedstawiona we wniosku odnosi się do interesu własnego zamawiającego, którego nie sposób utożsamiać z interesem publicznym. Podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie sygn. akt KIO/W 36/20 z dnia 26 maja 2020 r. w sprawie remontu budynku nr 28 na terenie kompleksu wojskowego.

Izba odmówiła także uchylenia zakazu w sprawie sygn. akt KIO/W 41/20 z dnia 8 czerwca 2020 r. w postępowaniu dotyczącym rozbudowy EC sp. z o.o. o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych zwracając uwagę na to, że uzyskanie dofinansowania, ani też wskazywane przez zamawiającego podpisane umowy nie są w tym przypadku okolicznością, uzasadniającą uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zasady przyznania takich środków są uregulowane prawnie i dotyczą tysięcy podmiotów w Polsce, które muszą przewidywać ewentualne uzyskanie tych środków, zaś zamawiający zobowiązany jest tak zorganizować postępowanie, aby wywiązać się z terminów wskazanych w umowie o przyznaniu środków. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu będą korzystali ze środków ochrony prawnej w postaci złożonego odwołania, a w konsekwencji postępowanie może ulec przedłużeniu czy też unieważnieniu.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO/W 43/20 z dnia 8 czerwca 2020 r. Izba postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy w przedmiocie świadczenia usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w Szpitalu Specjalistycznym wskazując, że Izba nie mogła pominąć, że świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości dotyczy zakładu leczniczego, w którym niewątpliwie bezwzględnie musi być przestrzegany podwyższony reżim sanitarny, stanowi obecnie ważną podstawę funkcjonowania jednostki w kontekście realizowanych zadań leczniczych.

Interesującą argumentację z uwagi na szczególny tryb udzielenia zamówienia jakim jest zamówienie częściowe w umowie ramowej zawarła Izba w postanowieniu w sprawie sygn. akt KIO/W 46/20 z dnia 22 czerwca 2020 r. odmawiając uchylecia zakazu zawarcia umowy, która miała dotyczyć zawarcia umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania dla Sądu Najwyższego. Izba zauważyła, że zamawiający wskazuje, że nieudzielenie pilnego zamówienia częściowego dopiero „w skrajnym przypadku” może spowodować pozbawienie zamawiającego kluczowych produktów informatycznych koniecznych do wypełniania statutowej działalności Sądu Najwyższego. Z powyższego wywieść należy, że nawet w ocenie zamawiającego zagrożenie dla interesu publicznego – tj. niemożność wypełniania statutowej działalności SN jest mało prawdopodobne. Co więcej, zamawiający wskazuje, że koniecznym jest udzielenie zamówienia częściowego – żąda zaś uchylecia zakazu zawarcia umowy w zamówieniu na umowę ramową trwającą 36 miesięcy.

Izba podzieliła natomiast argumentację zamawiającego uchylając zakaz w sprawie sygn. akt KIO/W 50/20 z dnia 30 czerwca 2020 r. podnosząc, że zamawiający wskazał na ciążący na nim ustawowy obowiązek zorganizowania publicznego transportu zbiorowego i bieżące nieprzerwane zaspokajanie potrzeb przewozowych społeczności na obszarze wskazanych gmin, co jest koniecznością społeczną zapewnienia dojazdów do pracy, placówek oświatowych, zdrowotnych, cmentarzy, kościołów. Wskazał przy tym, że wiele osób pracuje oraz uczy się poza obszarem miasta, a zamówienie ma zapewnić również połączenia komunikacyjne z Warszawą. Organizowana komunikacja jest ściśle zintegrowana z transportem kolejowym. Zamawiający wskazał, że dotychczasowa umowa obowiązuje do końca czerwca 2020 r., a nie zawarcie umowy od dnia 1 lipca 2020 r. uniemożliwi dopełnienie ciążącego na nim obowiązku i spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności dla mieszkańców stale korzystających z transportu zbiorowego.

W sprawie sygn. akt KIO/W 51/20 z dnia 1 lipca 2020 r. Izba oceniła, że zamawiający wykazał, że konieczność realizacji zadań konwojowania osób pozbawionych wolności/poszukiwanych stanowi realną potrzebę, która jest uwidoczniła w pismach dotyczących ekstradycji osób do Polski z wyznaczonymi terminami przejęć. Zamawiający wskazał także, że w chwili obecnej jest do przejęcia ok. 100 osób z 7-8 krajów. Izba zaznaczyła, że zadania realizowane przez Policję w odniesieniu do konwojowania osób pozbawionych wolności/poszukiwanych realizowane są na podstawie umów oraz porozumień o charakterze międzynarodowym. Niezbędnym dla wykonywania tych zadań jest możliwość przeprowadzenia konwoju przy wykorzystaniu między innymi połączeń lotniczych oraz innych usług realizowanych na podstawie umowy.

W sprawie sygn. akt KIO/W 53/20 z dnia 7 lipca 2020 r. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności: odwołanie wniesiono jeszcze przed zawieszeniem działalności Izby,

po wznowieniu działalności sprawę procedowano na 4 posiedzeniach, a w konsekwencji Izba postanowiła zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w celu uzyskania wykładni systemowej. Izba przy rozstrzyganiu o uchyleniu zakazu wzięła pod uwagę fakt, że plany gospodarowania wodami stanowią podstawę podejmowania decyzji kształtujących stan zasobów wodnych i zasady gospodarowania nimi w przyszłości. Potwierdzenie zgodności jakichkolwiek inwestycji infrastrukturalnych, finansowanych ze środków UE, wymaga odniesienia do aktualnego planu gospodarowania wodami. Zgodnie z Ramową Dyrektywą Wodną plany poddawane są cyklicznej, sześcioletniej aktualizacji i w obecnym cyklu muszą być przygotowane do 22 grudnia 2021 r. Konsekwencje związane z brakiem II aPGW są niezwykle poważne i będą mieć negatywne skutki dla interesu publicznego, a zwłaszcza na działania wymagające uzyskania zgody wodnoprawnej (w tym pozwolenia wodnoprawnego). O wydanie decyzji wnioskuje nie tylko zakłady przemysłowe, przedsiębiorcy, użytkownicy, ale także Polskie Koleje Państwowe i Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – głównie w kwestii odprowadzania wód opadowych i roztopowych z dróg krajowych/obszaru kolejowego (średnio dla obu podmiotów ok. 650 pozwoleń rocznie). PGW Wody Polskie wydają tym podmiotom również deklaracje zgodności projektów infrastrukturalnych z wymaganiami Ramowej Dyrektywy Wodnej. Brak obowiązujących, zaktualizowanych planów gospodarowania wodami w styczniu 2022 r. uniemożliwi wydawanie pozwoleń wodnoprawnych, ale także ma konsekwencje dla zabezpieczenia przeciwpowodziowego kraju i gospodarki wodno-ściekowej.

Izba odmówiła również uchylenia zakazu w sprawie sygn. akt KIO/W 62/20 z 5 sierpnia 2020 r. W ocenie Izby, z uwagi na okoliczności jakie zostały zawarte w treści wniosku, w szczególności okoliczność, iż problem zorganizowania SPPN (Strefy Płatnego Parkowania Nistrzeżonego) na terenie dzielnic Wola i Praga – Północ znany był zamawiającemu już 2019 r., jak również, na co wskazał zamawiający w treści wniosku, wprowadzenie SPPN postulowane było przez mieszkańców od wielu lat, to nie sposób przyjąć, iż obecnie zaistniała pilna konieczność zawarcia umowy i wykonania ww. Uchwały. W ocenie Izby, M.st. Warszawy ma pełną możliwość zmiany terminu realizacji ww. Uchwały tak, aby zachować prawo wykonawców do weryfikacji czynności podjętych przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym w szczególności do weryfikacji wybranego trybu postępowania przetargowego. Nie ulega wątpliwości, że uregulowanie SPPN na terenie dzielnic Wola oraz Praga – Północ jest w interesie mieszkańców, jednakże w ocenie Izby waga tego interesu w okolicznościach niniejszej sprawy nie może uzasadniać odstępstw od regulacji Pzp związanych z ochroną praw wykonawców do weryfikacji czynności zamawiającego. Ponadto, oczywistym dla Izby jest, że zamawiający ma interes ekonomiczny w jak najszybszym pobieraniu opłat, jednakże taki interes ekonomiczny zamawiającego nie uzasadnia uchylenia zakazu zawarcia umowy.



Odmowa uchylenia zakazu nastąpiła także w sprawie sygn. akt KIO/W 63/20 z dnia 5 sierpnia 2020 r., w której Izba podniosła, że jak wynika z treści wniosku, zamawiający po wniesieniu odwołania zawarł już umowę w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy, której przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy i ich zagospodarowania. Umowa ta obowiązuje do dnia 30 września 2020 r. Zgodnie z zarządzeniem Prezesa Izby z dnia 5 sierpnia 2020 r., termin rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1800/20 został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2020 r. Biorąc pod uwagę maksymalny 5-dniowy termin odroczenia ogłoszenia wyroku w ww. sprawie, wyrok w sprawie zostanie ogłoszony najpóźniej w dniu 19 sierpnia 2020 r. Z chwilą zaś ogłoszenia ww. wyroku, z mocy art. 183 ust. 1 ustawy ustanie zakaz zawarcia umowy.

Natomiast w sprawie sygn. akt KIO/W 68/20 z dnia 14 sierpnia 2020 r. Izba wskazała, że interes odwołującego się wykonawcy wymaga „zderzenia” z zapewnieniem dzieciom umieszczonym w pieczy zastępczej w okresie epidemii COVID – 19 sprzętu komputerowego dla zapewnienia optymalnych warunków do zdalnego nauczania w nadchodzącym roku szkolnym 2020/2021. Biorąc pod uwagę postanowienia umowy, zapewniającej źródło finansowania zakupu, tj. obowiązek wydatkowania dofinansowania do 31.08.2020 r., brak możliwości zakupu sprzętu ze środków własnych wnioskodawcy (w przypadku utraty dofinansowania), a przede wszystkim – cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zapewnienie dzieciom umieszczonym w pieczy zastępczej w okresie epidemii COVID – 19 sprzętu komputerowego do zdalnego nauczania, co – z oczywistych względów – winno nastąpić przed rozpoczęciem roku szkolnego 2020/2021 (przed 01.09.2020 r.) skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że interes publiczny, wyrażający się w zapewnieniu optymalnych warunków do zdalnego nauczania dzieciom pozostającym w pieczy zastępczej w okresie epidemii, za co odpowiada wnioskodawca, przeważa interes odwołującego się wykonawcy. Podobne stanowisko wyraziła Izba w sprawie sygn. akt KIO/W 88/20 z dnia 15 października 2020 r.

Z ciekawym stan faktycznym zetknęła się Izba w sprawie sygn. akt KIO/W 70/20 z dnia 25 sierpnia 2020 r., gdzie odmawiając uchylenia zakazu oparła się na następujących faktach: zamawiający bowiem w istocie domagał się uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania, które nie jest objęte zakresem odwołania rozpoznawanego w sprawie o sygn. akt KIO 1865/20. Izba nie jest władna uchylić zakazu zawarcia umowy w odniesieniu do postępowania, którego sprawa o sygn. akt KIO 1865/20 nie dotyczy. Z kolei uchylenie zakazu zawarcia umowy w odniesieniu do postępowania o numerze referencyjnym ZP.271.7.2020.O.M. jest bezprzedmiotowe, ponieważ postępowanie to zostało przez zamawiającego unieważnione.

Izba natomiast postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy w sprawie sygn. akt KIO/W 71/20 z dnia 26 sierpnia 2020 r. w postępowaniu dotyczącym dostawy zestawów do

oznakowania terenów skażonych (ZO-1), w którym zamawiający powoływał się m. in. na dynamicznie zmieniającą się sytuację na Białorusi oraz wrogimi wypowiedziami władz tego państwa w stosunku do Polski, wskazując na potrzebę doposażenia Sił Zbrojnych w sprzęt wojskowy objęty przedmiotem zamówienia nabrała cech działań nie cierpiących zwłoki. Izba stwierdziła, że przywołane przez zamawiającego okoliczności, w tym okoliczności dotyczące obecnej sytuacji geopolitycznej, wskazują na pilną potrzebę doposażenia Sił Zbrojnych w sprzęt wojskowy objęty przedmiotem zamówienia. Izba uznała za zasadną i wykazującą faktycznie możliwość zaistnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa argumentację odnoszącą się do konieczności zapewnienia bezpieczeństwa oraz nienaruszalności granic RP przez wyposażenie Sił Zbrojnych w sprzęt niezbędny do prawidłowego, bezpiecznego i szybkiego przemieszczania się wojsk po terytorium kraju.

Za zasadną Izba uznała argumentację zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO/W 78/20 z dnia 18 września 2020 r., że zakup wyrobów diagnostycznych, odczynników medycznych oraz drobnego sprzętu laboratoryjnego służących ochronie zdrowia i życia ludzkiego niewątpliwie leży w interesie publicznym. Jest to szczególnie aktualne w utrzymującym się stanie epidemii (vide: rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491 ze zm.), w którym dostęp do diagnostyki oraz świadczeń medycznych ma szczególnie doniosłe znaczenie. Z uwagi na organizację pracy Krajowej Izby Odwoławczej w warunkach zagrożenia epidemicznego oraz obowiązujących procedurach służących ograniczeniu możliwości zakażenia wirusem SARS-CoV-2 nie jest możliwe ustalenie daty, w której nastąpi rozpoznanie odwołania.

W sprawie sygn. akt KIO/W 80/20 z dnia 28 września 2020 r. Izba postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy na zakup tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczeń. Izba wzięta pod uwagę, że zamawiający nie zwlekał z wszczęciem procedury i prowadził ją sprawnie. Zamawiający z racji zadłużenia szpitala nie ma możliwości samodzielnego sfinansowania zakupu. Natomiast umowa o dofinansowanie przewiduje ścisłe terminy kwalifikowalności wydatków i nie przewiduje możliwości ich zmiany. Nadto w zakres zamówienia wchodzi adaptacja pomieszczeń, których przeprowadzenie wymaga czasu. Urządzenie jest niezbędne dla codziennej pracy jednostki i zwiększa dostępność do świadczeń medycznych dla pacjentów szpitala, co niewątpliwie poprawi diagnostykę, a także pozwoli na szybsze wdrożenie niezbędnych procedur medycznych. Istotne jest także to, że pacjenci nie będą już przewożeni do okolicznych pracowni tomograficznych, ale diagnostyka będzie się odbywała w miejscu hospitalizowania, co w ocenie Izby znacząco podniesie jakość świadczonych usług, jak i bezpieczeństwo oraz komfort pacjenta. Nie bez znaczenia dla

sytuacji zamawiającego jest także oszczędność na kosztach przewozów medycznych do pracowni tomograficznych i na kosztach badań zlecanych zewnątrz.

Izba uchyliła również zakaz zawarcia umowy w sprawie sygn. akt KIO 83/20 z dnia 2 października 2020 r. wskazując, że zamawiający odpowiada za zaspokajanie potrzeb higieniczno-sanitarnych górników. Zaspokajanie tych potrzeb w obecnym stanie epidemii jest w ocenie Izby szczególnie ważne, gdyż biorąc pod uwagę fakty powszechnie znane ilość zakażeń Covid-19 przede wszystkim w miesiącu czerwcu 2020r. dotyczyła w znacznej mierze właśnie zakażeń przenoszonych w dużych skupiskach ludzkich czyli miejsca pracy takich jak m. in. kopalnie. Niewątpliwie łaźnia to bardzo ważne miejsce w każdej kopalni. Po zakończeniu pracy, przed powrotem do domu, górnicy powinni mieć możliwość zmycia z siebie pyłu węglowego, który osiada na nich w czasie pracy pod ziemią. W ocenie Izby ma to znaczenie dla zdrowia górników, wśród których nadal występują przypadki pylicy jako choroby zawodowej, czyli skrócenie czasu wystawienia organizmu na pył węglowy przez mycie jest niewątpliwie dla pracowników korzystne. A także w dobie epidemii istotne jest zapewnienie bieżącej dezynfekcji sanitariatów i łaźni. Tym samym sprzątanie i obsługa łaźni ma w ocenie Izby znaczący wpływ na ograniczenie rozwoju epidemii i to w sytuacji występującej drugiej fali zakażeń. Nie można też zapominać, że brak zachowania prawidłowego reżimu sanitarnego prowadzi nie tylko do ograniczenia funkcjonowania samych kopalni – na co powołuje się zamawiający, ale także może powodować rozprzestrzenianie się epidemii na członków rodzin górników, a tą drogą także na całe społeczeństwo lokalne.

Izba przychyliła się również do argumentacji zamawiającego w sprawie sygn. akt. KIO/W 96/20 z dnia 4 listopada 2020 r., że zabezpieczenie niezbędnych odczynników do wykonywania badań diagnostycznych w celu identyfikacji osób zakażonych wirusem SARS-CoV-2 ma zdaniem Izby bardzo istotne znaczenie dla interesu publicznego. Mając na uwadze negatywne konsekwencje występowania i rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej COVID-19 należy za zasadne uznać stanowisko zamawiającego, iż nie zawarcie umowy na ww. dostawy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, znacząco przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesu odwołującego, który ewentualnie mógłby doznać uszczerbku w przypadku uznania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zdaniem Izby zamawiający przywołał szereg okoliczności uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym ochronę swoich pracowników medycznych oraz pacjentów szpitala, skrócenie czasu na wyniki badań, co przekłada się na możliwość świadczenia pomocy medycznej efektywnej i szybciej.

Izba uchyliła zakaz także w sytuacji opisanej w sprawie o sygn. akt KIO/W 100/20 z dnia 9 listopada 2020 r., w której stwierdziła, że zamawiający pozostawać będzie związany zakazem zawarcia umowy do momentu wydania orzeczenia w sprawie, które może zapaść w okresie uniemożliwiającym utrzymanie gotowości miejsca kwarantanny przy obecnie

utrzymującym się poważnym stanie zagrożenia całego kraju. Ponieważ beneficjentami usługi są przede wszystkim, żołnierze, pracownicy resortu, ale również mieszkańcy województwa zachodniopomorskiego, utrzymanie gotowości obiektu przeznaczonego na kwarantannę wymaga zawarcia umowy w terminie pozwalającym na prawidłowe funkcjonowanie miejsca odosobnienia. (...) zamawiający musi zapewnić gotowość miejsca kwarantanny i w tym celu konieczne jest zawarcie umowy w terminie pozwalającym na realizację usługi najmu i obsługi mobilnych urządzeń sanitarnych.

Izba odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie o sygn. akt KIO/W 102/20 z dnia 25 listopada 2020 r. wskazując, że wniosek zamawiającego opiera się na niemożności dalszego przedłużania ciągłości świadczenia usługi na podstawie umów zawieranych w trybach niekonkurencyjnych. Izba ustaliła, że na datę wydawania postanowienia zamawiający ma jeszcze zapewnione świadczenie usługi przez 42 dni. Nadto Izba podniosła, że istniejące przepisy tzw. Tarczy 1 (Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 31.03.2020 r., poz. 568 – art. 15 r ust. 1 i 4) w zw. z tzw. Tarczą 4 (Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 – Dz. U. z 23.06.2020 r., poz. 1086 – art. 77 pkt 20) powodują możliwość daleko idącej zmiany terminu wykonania umowy lub jej części.

Izba natomiast uchyliła zakaz zawarcia umowy w sprawie o sygn. akt KIO/W 113/20 z dnia 18 grudnia 2020 r. na całodobową ochronę fizyczną obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A, biorąc pod uwagę znaczenie zadania publicznego jakim jest zbiorowe zaopatrzenie w wodę mieszkańców aglomeracji warszawskiej, które może być utrudnione lub uniemożliwione. Brak ochrony obiektów stanowiących infrastrukturę krytyczną w rozumieniu ustawy z 26 kwietnia 2007 r o zarządzaniu kryzysowym, tj. infrastrukturę kluczową dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli - może powodować zagrożenie celowego zniszczenia obiektów i przerwy w dostawie wody, może powodować także zagrożenie celowego zanieczyszczenia wody i w konsekwencji może grozić niemożliwymi do przewidzenia skutkami do zdrowia i życia około 2 milionów osób korzystających z sieci wodociągowej zarządzanej przez zamawiającego. Ochrona tych szczególnie istotnych wartości ma niewątpliwie pierwszeństwo przed ochroną interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Po przeprowadzonej powyżej analizie orzecznictwa Izby w 2020 związanej z koniecznością podjęcia decyzji w przedmiocie zakazu zawarcia umowy przed wydanie ostatecznego rozstrzygnięcia przez Izbę, należy stwierdzić, że wypracowana linia orzecznicza

w latach ubiegłych również w 2020 roku została przez Izbę podtrzymana. Izba nie odwoływała się do nowych przesłanek pozwalających szerzej interpretować treść art. 183 ust. 2 ustawy. Natomiast trzeba dostrzec, że rok 2020 jako rok pandemii, był rokiem szczególnym, w którym ochrona życia i zdrowia obywateli oraz zapewnienie im bezpieczeństwa nabrały nowego, nie spotykanego w latach ubiegłych, wymiaru.

Konieczność zabezpieczenia zamówień związanych z ochroną zdrowia w szerokim rozumieniu tego pojęcia, przez zabezpieczenie możliwości prowadzenia analiz laboratoryjnych, funkcjonowania jednostek ratownictwa medycznego i SOR-ów, a przede wszystkim samych placówek medycznych, ale także inwestycje związane z zachowaniem reżimu sanitarnego (sprzątanie i czynności pomocnicze w szpitalach), w tym ograniczenie możliwości rozprzestrzeniania się epidemii (tak w skupiskach ludzkich – górnictwo, jak i w aglomeracjach gminnych – odbiór i zagospodarowanie odpadów), aż do działalności o charakterze pomocniczym – mobilne jednostki sanitarne, czy oświatowym – zapewnienie dostępności nauki zdalnej, przekładały się na orzecznictwo Izby uwzględniające wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Dodatkowo wpływ na wzrost ilości postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy miał okres zawieszenia działalności Izby i powstała z tego tytułu niepewność, co do momentu, w którym odwołanie zostanie rozpoznane.

Jednak dostrzeżenia wymaga także to, że każdorazowo o skuteczności argumentacji zamawiającego decydował prawidłowo skonstruowany wniosek skupiający się na wykazaniu istnienia interesu publicznego w danym zamówieniu, ocenie negatywnych skutków dla tego interesu popartej dowodami i interesów wszystkich zainteresowanych rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia, a także na uprawdopodobnieniu braku możliwości pozyskania danego zamówienia w przyszłości.

#### **4. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przegląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej**

Zasada jawności postępowania jest jedną z najważniejszych zasad w zamówieniach publicznych, czemu ustawodawca dał wyraz w przepisie art. 8 ust. 1 Pzp i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Na tą zasadę, jako naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, tak między innymi w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2020 r. Izba podkreśliła, że zasada ta wynika z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Z tych powodów

ograniczenie zasady jawności, możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę.

Od zasady powyższej istnieją jednak wyjątki, z których podstawowym jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2297/20 celem jego ustanowienia było umożliwienie wykonawcom składania ofert zawierających informacje, które dany wykonawca uznaje za strategiczne dla funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa na rynku konkurencyjnym, w taki sposób aby zamawiający mógł pozyskać wiedzę niezbędną dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania, bez jednoczesnej utraty przez wykonawcę jego przewagi konkurencyjnej wskutek ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Stwierdzić zatem można, że wyjątek taki został wprowadzony, aby chronić wykonawców przed zmuszaniem ich do ujawniania tajemnic szerokiemu kręgowi odbiorców.

Nie ulega wątpliwości, że sam proces udzielenia zamówienia publicznego jest niezwykle złożony i skomplikowany. Wymaga również dogłębnej weryfikacji strony przyszłej umowy, czyli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Badanie oferty wykonawcy dotyczy niejako dwóch sfer. Pierwsza z nich związana jest z koniecznością weryfikacji warstwy przedmiotowej oferty, tj. czy oferowany opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego, druga natomiast warstwy podmiotowej, a więc oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Biorąc pod uwagę tak szeroki zakres danych, podawany przez wykonawcę w ofercie, często mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której nie chcąc ujawniać pewnych informacji do wiadomości publicznej - zastrzegane są one jako tajemnica przedsiębiorstwa. Takie postępowanie jest zrozumiałe i w pełni akceptowalne, czemu dał wyraz ustawodawca w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp.

Zdarza się, że opatrywanie oferty klauzulą tajemnicy bywa elementem taktyki określonego wykonawcy, którego jedynym celem jest uniemożliwienie innym podmiotom, ubiegającym się o zamówienie, zapoznanie się i weryfikację tych elementów oferty, które podlegają ocenie zamawiającego. Na skutek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zasada jawności doznaje znacznego ograniczenia, uniemożliwiając często innym uczestnikom postępowania skuteczne dochodzenie praw np. poprzez wniesienie odwołania. Dlatego też zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie a działania takie

spotkać się muszą z krytyką, której wyraz dawała Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach. Tak np. w wyroku KIO z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1418/20 Izba zwróciła uwagę, że jakkolwiek słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust. 3 Pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Izba podkreśliła, że realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne.

Jak pokazuje praktyka orzecznicza trudno jest niekiedy ustalić granicę pomiędzy interesem wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu który chce, niejednokrotnie mając ku temu podstawy, zastrzec w ofercie pewne dane, obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa, a zasadami wynikającym z Pzp tj. jawnością postępowania i uczciwą konkurencją.

W kontekście powyższego kluczowe jest zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie jakie warunki muszą zostać przez wykonawcę spełnione, aby mógł on skutecznie zastrzec w swojej ofercie określone informacje, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. W analizowanym orzecznictwie, wydanym w roku 2020, utrwalony jest pogląd, że dla możliwości skutecznego zastrzeżenia informacji niezbędne jest spełnienie warunków opisanych w art. 8 ust. 3 Pzp, a zatem:

1. wykonawca musi to wykazać;
2. zastrzeżenie musi być dokonane nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. zastrzeżone informacje muszą spełniać wszystkie warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pierwszym z elementów, który warunkuje skuteczne zastrzeżenie informacji, a na który to Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, jest okoliczność, że wykonawcy dokonując zastrzeżenia części (albo nawet wszystkich) informacji złożonych wraz z ofertą, nie mają wiedzy, że każde takie zastrzeżenie musi być precyzyjnie i wyczerpująco uzasadnione. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20 Izba zauważyła, że ustawodawca posługując się w art. 8 ust. 3 Pzp sformułowaniem „wykazał” jednocześnie przesądził, że nie wystarcza samo „oświadczenie”, czy „deklarowanie”, ale wprowadzono w tym przypadku znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. W przedmiotowej sprawie Izba nakazała odtajnienie informacji, zastrzeżonych przez wykonawcę z tego powodu, że w piśmie

zawierającym wyjaśnienia, przystępujący zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak w żaden sposób nie uzasadniając tego zastrzeżenia. W takiej sytuacji zamawiający był całkowicie zwolniony z obowiązku zachowywania w tajemnicy udzielonych wyjaśnień i, co podkreśliła Izba, niezrozumiałe było w jakim celu zamawiający pytał go o zgodę na ich ujawnienie.

W innym wyroku Izba w sposób wyczerpujący wyjaśniła co należy rozumieć pod pojęciem wykazania, odwołując się w tym zakresie do definicji słownikowej. W orzeczeniu z dnia 26 maja 2020 r., sygn. akt KIO 508/20 skład orzekający stwierdził, że zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego mianem „wykazania” określa się „uzewnętrzenie czegoś”, „ujawnienie istnienia czegoś”, „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący”, z kolei „wykazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy”, czy „okazać dokumenty potwierdzające coś”. Wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako czynność właściwa wykonawcy, jest aktem jego staranności, który oceniać należy przez pryzmat zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 §2 kodeksu cywilnego). Ze wskazanej przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury.

Kwestię tę poruszył także skład orzekający w wyroku z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3068/20 wyjaśniając, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane we wcześniejszych wyrokach KIO, iż użyte w art. 8 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Oznacza to, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Podobnie Izba uznała w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2781/20 zauważając, że ustawodawca w tym przypadku jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu, obciążając stronę, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Izba dostrzegła, że powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, poparte dowodami, zamawiający ocenia, czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawnego postępowania.

Omawiając przedmiotowe zagadnienie warto zwrócić również uwagę na rolę, jaką ma zamawiający w procesie badania skuteczności zastrzeganych informacji jako tajemnicy



przedsiębiorstwa. Wprawdzie to na wykonawcy, zastrzegającym określone dane w poufności, ciąży obowiązek wykazania, o którym mowa w przepisie, jednakże równie istotnym jest tu zadanie zamawiającego, na którym każdorazowo spoczywa obowiązek dokonania weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia takiej tajemnicy. W wyroku z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3120/20 Izba potwierdziła przyjmowaną powszechnie interpretację, że obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie prawidłowości dokonanego zastrzeżenia wskazując, że rola zamawiającego sprowadza się wyłącznie do oceny zasadności zastrzeżenia, tj. czy wykonawca - już w momencie zastrzegania informacji - wykazał, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może ani zastępować wykonawcy (np. poprzez własną kwalifikację, na podstawie treści dokumentów zawierających informacje zastrzegane, że określona informacja ma charakter organizacyjny, techniczny czy inny), ani kierować do zastrzegającego informacje wykonawcy dodatkowe zapytania lub żądania wyjaśnień co do powodów zastrzegania informacji. Zamawiający w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma stać na straży zasad w nim obowiązujących w tym zasady jawności postępowania.

Co istotne, na co Izba również zwracała uwagę w orzecznictwie dotyczącym przedmiotowego zagadnienia, w przypadku gdy wykonawca w toku postępowania nie wywiąże się z obowiązku wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych przez siebie danych, to po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Na ten temat Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się między innymi w wyroku z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 274/20 przypominając, że w stanie prawnym obowiązującym po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., która w sposób istotny zmieniła brzmienie art. 8 ust. 3 Pzp, rolą zamawiającego nie jest już prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w stanie prawnym obowiązującym przez ww. nowelizacją. Informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Podobnie w orzeczeniu z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1418/20 Izba zwróciła uwagę, że skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. Przywołała uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, w której wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, co obliuguje zamawiającego w przypadku, gdy stwierdził

bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, do odtajnienia danych nieskutecznie zastrzeżonych.

W innym wyroku (wyrok KIO z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1152/20) Izba krytycznie odniosła się do działania zamawiającego, który oceniając zasadność zastrzeganych przez wykonawcę w toku postępowania informacji, poszukiwał argumentów dla uznania skuteczności dokonanego zastrzeżenia poza wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę wraz z zastrzeganymi dokumentami. Skład orzekający kategorycznie stwierdził, odnosząc się do argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą sprawdzał on na stronie internetowej przystępującego, w jego prospektach i ulotkach, czy zastrzeżone informacje są ujawniane, że takie działania zamawiającego są nieuprawnione. Izba zauważyła, że pomijając już nawet kwestię wiarygodności informacji zamieszczanych w ww. miejscach (przede wszystkim pod kątem ich aktualności i kompletności) należy stwierdzić, że nie jest rolą zamawiającego wyręczenie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Równie istotnym elementem, którego spełnienie jest warunkiem skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest kwestia terminu, w którym przedmiotowe zastrzeżenie musi zostać dokonane. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3207/20 niewątpliwie przepis art. 8 ust.3 Pzp, określa czas, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie wskazując, że powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. Zauważyła także, że w odniesieniu do dokumentów przedstawianych - skutkiem przykładowo wezwania zamawiającego - na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ratio legis przepisu nakazuje przyjąć, że zasadność zastrzeżenia informacji przedkładanych w odpowiedzi na wezwanie musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Wykonawca powinien również wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji Izba w orzeczeniu tym potwierdziła także, że zasada wyrażona w art. 8 ust. 3 Pzp, stanowiąca o konieczności dokonania zastrzeżenia informacji oraz wykazania, że stanowią one informacje wrażliwe, odnosi się nie tylko do możliwości zastrzeżenia danych zawartych w samej ofercie, ale również do możliwości objęcia zastrzeżeniem informacji i danych w chwili ich przekazywania zamawiającemu na dalszych etapach postępowania oraz, że w odniesieniu do tych dokumentów momentem, w którym wykonawca musi wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa - jest termin wyznaczony na ich przedłożenie.

Jako kluczowy element, który ocenia zamawiający, analizując składane przez wykonawcę zastrzeżenie jest jednak okoliczność, że zastrzeżone informacje muszą spełniać wszystkie warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające trzy przesłanki:

1. mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi czy organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą;
2. informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
3. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

przy czym co ważne - powyższe przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie.

W przypadku zatem, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, z których treści będzie wynikało, że wypełnione zostały wszystkie wymienione powyżej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w wyżej cytowanym przepisie - zastrzeżenie takie będzie nieskuteczne.

Izba wielokrotnie wypowiadała się w swoich orzeczeniach na temat poszczególnych przesłanek składających się na rozumienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikających z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W sposób szczegółowy przesłanki te, oraz sposób w jaki należy je interpretować opisano w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20. Izba zauważyła, że jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Z kolei zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyznaje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. Izba przywołała treść uzasadnienia do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy, w którym wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz „zbioru” mają taki sam zakres - oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie

(w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie). Dalej stwierdziła, że w zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie - dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 §2 kodeksu cywilnego) - muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. W orzeczeniu skład orzekający przywołał trafne, w jego ocenie, stanowisko Sądu Najwyższego który w wyroku z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 zauważył, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Analiza orzeczeń wydanych w roku 2020 wskazuje, że Izba najczęściej, orzekając o braku skuteczności dokonanych zastrzeżeń dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazywała na niedostateczne wykazanie przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W tym miejscu wart zauważenia jest wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 13/20, w którym Izba w uzasadnieniu wyjaśnia w pierwszej kolejności jak należy rozumieć ową wartość gospodarczą, zwracając uwagę, że można ją rozumieć dwojako. Po pierwsze, dosłownie, w tym znaczeniu wartość gospodarcza tajemnicy wyznaczona jest jej wartością ekonomiczną, dającą się wyrazić w pieniądzu. Po drugie, w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Izba dostrzegła, że świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakresem pojęcia informacji posiadających wartość gospodarczą objęte są również te informacje, które same w sobie nie przedstawiają żadnej wartości majątkowej, a mimo to ich ujawnianie może mieć wpływ na stosunki konkurencji. Z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być bowiem sam fakt utrzymania określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzi nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu. Następnie Izba wyjaśnia z jakich powodów uznała, że w sprawie, będącej przedmiotem orzekania, zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny uzasadnienia przystępującego, co do przesłanek dających podstawę do zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy dotyczących zaoferowanej ceny. Izba wskazała, że ceny za poszczególne komponenty mogłyby być uznane za informacje mającą wartość gospodarczą, o ile wykonawca jest w stanie wykazać, że otrzymane od producenta informacje cenowe wynikają ze szczególnych okoliczności, indywidualnych uwarunkowań wykonawcy, niedostępnych innym podmiotom działającym w

branży, nie są cenami powszechnie dostępnymi dla innych podmiotów działających w tej branży. Ponadto możliwość zastrzeżenia informacji cenowych producenta jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy musi wiązać się z koniecznością wykazania, że producent przekazując wykonawcy kalkulacje cenowe traktował takie informacje jak informacje poufne.

Także z powodu braku wykazania przesłanki dotyczącej „wartości gospodarczej” zastrzeżonych danych Izba, orzekając w wyroku z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 823/20, uznała za niezasadne zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu osób, oraz sporządzonej zgodnie z SIWZ metodologii wykonania przedmiotu zamówienia. Skład orzekający w tej sprawie wskazał, że jeżeli wykonawca wywodzi podstawy do zastrzeżenia informacji dotyczących personelu, którym dysponuje, jako tajemnicy przedsiębiorstwa z ryzyka podkupienia tego personelu, to nie powinien poprzestać na powołaniu się na tę okoliczność, lecz wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje. Winien także wykazać, czy doświadczenie i wykształcenie osób skierowanych do realizacji zamówienia miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Odnosząc się natomiast do wyżej wspomnianej metodologii Izba stwierdziła, iż uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę w tym zakresie sprowadzało się w istocie do zdobytego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie efektywnej organizacji czasu pracy i zarządzania pracą personelu, efektywnych, oszczędnych metod zarządzania personelem oraz realizacji projektów, która to wiedza przekłada się na możliwość zastosowania atrakcyjnych kosztów wykonania usług przez wykonawcę, a jej ujawnienie naraża wykonawcę na wymierne straty kosztowe wynikające z utraty przewagi konkurencyjnej. W ocenie Izby uzasadnienie wykonawcy w ww. zakresie było na tyle ogólne, że mogłoby znaleźć zastosowanie niemalże w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazywanie na know-how wykonawcy oraz budowanie pozycji i konkurencyjności na rynku, nie przesądza per se o wartości gospodarczej zastrzeżonych danych, zwłaszcza gdy stwierdzenie takie pozbawione jest szerszego wywołu myślowego.

W kolejnym orzeczeniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2310/20) Izba negatywnie oceniła działania wykonawcy, który zastrzegł w postępowaniu formularz cenowy. Swoje stanowisko uzasadniła wskazując, że w odniesieniu do niego wykonawca stwierdził jedynie, iż skoro są to informacje mające zasadnicze przełożenie na sposób kalkulacji ceny oferty, to mają wartość gospodarczą. Nie zostało natomiast wykazane na czym miałyby polegać ta wartość w przypadku pozostałych dokumentów, dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykazu osób (wraz z wyjaśnieniami).

Z taką negatywną oceną Izby spotkała się także próba zastrzeżenia przez przystępującego dokumentu - certyfikatu badania projektu UE. W orzeczeniu z dnia 2 listopada

2020 r., sygn. akt KIO 2470/20 Izba stwierdziła, że przystępujący wskazał co prawda na techniczny charakter informacji, powołał się jednak na opisy bliżej nieokreślonych rozwiązań technicznych, nie wiadomo więc, które to konkretnie rozwiązania i dlaczego stanowią wartość gospodarczą (wykonawca wskazał jedynie przykład takiego rozwiązania, bez szerszych informacji na temat jego wartości gospodarczej). Argument, że te nieskonkretyzowane rozwiązania mogą być wykorzystane w innych postępowaniach sam w sobie o takiej wartości gospodarczej nie może przesądzać, przyjmując że jest odwrotnie należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że większość informacji przedstawianych w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogłoby pozostawać niejawne.

W orzecznictwie Izby w roku 2020 spotkać można jednak także przykłady skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa. W wyroku KIO z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 322/20 Izba uznała, że wykonawca wyjaśnił, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje takie jak rabaty u dostawców, czy oferty współpracy, są danymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca w piśmie wskazał, iż podjął działania mające na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych danych stosując specjalny obieg dokumentów - dokumenty finansowe pomiędzy dostawcami, a wykonawcą przekazywane są bezpośrednio, natomiast dostawy kierowane są na miejsca przeznaczenia co stanowi dodatkowe zabezpieczenie, aby dostępu do danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie miały osoby nieupoważnione. Wykonawca powołał się także na stosowaną w jego firmie procedurę składania wewnętrznych oświadczeń o zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa - według tej procedury pracownicy wykonawcy podpisują dokument o ochronie informacji o technologii, stosowanym sprzęcie i środkach oraz dostawcach i firmach współpracujących, w którym zobowiązują się do zachowania w tajemnicy służbowej tych danych.

Z kolei w orzeczeniu z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 330/20 Izba uznała, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykazał, dlaczego zastrzeżone informacje, jako cały zbiór danych stanowią dla niego informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą. Wymienił konkretne elementy systemu, które świadczą o unikalności rozwiązania. Izba stwierdziła, że wartość gospodarcza w tym przypadku odnosi się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie. Przejawia się zatem w tym, że jak wskazał w uzasadnieniu przystępujący jedynie on posiada wiedzę o najbardziej efektywnym doborze komponentów składających się na całość zamówienia objętego postępowaniem i ma możliwość oferowania sprzętu w takiej konfiguracji i w ten sposób rozwijania swojej działalności.

Na zakończenie należy również przypomnieć, co wynika wprost z treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, iż nie można zastrzec w ofercie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

Zwróciła na to uwagę Izba orzekając w wyroku z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2297/20. Stwierdziła, że ustawodawca określił ustawowy katalog informacji, których wykonawca nie może zastrzec, wynikający z art. 86 ust. 4 ustawy czyli firmy/ nazwy wykonawców, ich adresy, cena, termin wykonania, okres gwarancji czy warunki płatności, stąd zamawiający nie może go dowolnie kształtować przez czynność prawną jaką jest sporządzenie SIWZ, a jeśli takie zastrzeżenie zostało zawarte w dokumentacji postępowania to jako sprzeczne z treścią ustawy, musi być uznane za nieskuteczne względem wykonawcy.

Problematyka powyższa jest niezwykle istotna i pozostaje aktualna na gruncie przepisów nowej Pzp (art. 18 ustanawia podobnie zasadę jawności postępowania). W tym kontekście niezwykle istotnym jest poznanie odpowiedzi TSUE na pytanie prejudycjalne, skierowane przez KIO (postanowienie z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 634/20), odnoszące się do możliwości zastrzegania w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowolnej informacji, z tego powodu, że nie chce jej ujawniać konkurującym z nim wykonawcom.

Analiza orzeczeń wydanych w roku 2020 prowadzi do wniosku, że często przez wykonawców podnoszone były zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w których odwołujący zwracali uwagę na niezasadne zastrzeżenie danych w ofertach złożonych przez konkurujących z nimi oferentów.

### **5. Problematyka samooczyszczenia wykonawcy.**

Problematyka związana z samooczyszczeniem wykonawcy (ang. selfcleaning) jest coraz bardziej widoczna w orzecznictwie. Wynika to w części z zaostrzenia konkurencji na rynku zamówień publicznych wywołanej pandemią, ale również z powodu coraz częstszego podnoszenia zarzutów skutkujących wykluczeniem wykonawcy, których następstwem jest konieczność dokonania samooczyszczenia.

Do instytucji samooczyszczenia odnoszą się dwa przepisy ustawy. Art. 24 ust. 8 Pzp stanowił, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Natomiast art. 24 ust.

9 Pzp stanowił, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Na gruncie powołanych norm orzecznictwo wypracowało pogląd, zgodnie z którym w ramach procedury samooczyszczenia wykonawca winien przedłożyć stosowne wyjaśnienia oraz dowody na ich poparcie, w celu wykazania, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podjęte przez wykonawcę środki zaradcze winny dawać zamawiającemu oczywistą pewność, że ten wykonawca po dokonaniu *selfcleaningu* stał się wykonawcą solidnym i rzetelnym (wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1573/20), a sytuacja z niewykonaniem umów nie może się powtórzyć (wyrok z 17 lipca 2020 r. w sprawie KIO 1213/20). Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien bowiem dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie (wyrok z 12 listopada 2020 w sprawie KIO 2302/20).

Art. 24 ust. 8 Pzp zawiera katalog podstaw wykluczenia objętych możliwością samooczyszczenia, jednak nie w każdej sytuacji orzecznictwo dopuszcza zastosowanie samooczyszczenia. W wyroku z 26 czerwca 2020 r. wydanym w sprawie KIO 659/20 Izba wywiodła, że przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp mają szczególny charakter, ponieważ ich zaistnienie świadczy o nierzetelnym zachowaniu danego wykonawcy w postępowaniu. W ocenie Izby, wprowadzenie zamawiającego w błąd poprzez zamierzone podanie informacji nieprawdziwej nie pozwala na zastosowanie instytucji samooczyszczenia, gdyż sprowadzałoby się do umożliwienia wykonawcy zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą. Stanowisko o braku możliwości samooczyszczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd zostało również zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku z 13 lipca 2020 r. w sprawie KIO 1077/20 oraz w wyroku z 14 grudnia 2020 r. w sprawie KIO 3066/20.

Konieczność wykazania działań samo-naprawczych przez wykonawcę istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy rzeczywiście podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W orzeczeniach wydanych kolejno w sprawach: KIO 905/20, KIO 1147/20, KIO 2925/20 Izba wyrażała pogląd, że jeśli zamawiający nie stwierdził przesłanek wykluczenia z postępowania nie może dojść do naruszenia przez niego art. 24 ust. 8 lub 9 Pzp.

W orzecznictwie wydanym w roku 2020 utrwała się pogląd, że dla możliwości skorzystania z dobrodziejstwa samooczyszczenia niezbędne jest wskazanie przez wykonawcę, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. Jeżeli natomiast wykonawca nie podaje zamawiającemu powodów ewentualnego wykluczenia i konsekwentnie



twierdzi, że przesłanki wykluczenia go z udziału w postępowaniu nie zasły, samooczyszczenie nie jest możliwe (wyroki z dnia: 26 czerwca 2020 r. w sprawie KIO 659/20, 3 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1342/20, 12 listopada 2020 w sprawie KIO 2302/20). W uzasadnieniu orzeczenia z 12 listopada 2020 r. w sprawie KIO 2302/20 Izba wyraziła pogląd, że aby możliwym było skorzystanie przez wykonawcę z procedury *selfcleaningu* istotne jest, aby wykonawca przyznał się do zaistnienia podstawy wykluczenia, co w praktyce wiąże się ze złożeniem zgodnego z prawdą oświadczenia wstępnego. Co istotne, dla oceny powyższego konieczne jest uwzględnienie stanu rzeczy w wymiarze obiektywnym – wykonawca nie może bronić się przed ujawnieniem okoliczności istotnych dla wykluczenia twierdząc, że ma odmienną ocenę sytuacji stanowiącej podstawę wykluczenia. Wykonawca, kierując się dyrektywą starannego działania, powinien dać zamawiającemu realną szansę dokonania oceny sytuacji w postępowaniu, nie zaś informację o istnieniu podstaw ewentualnego wykluczenia zatajać.

Z przedstawioną oceną współbrzmi pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku 6 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1161/20, że wykazanie przeprowadzenia działań zmierzających do samooczyszczenia wykonawcy powinno następować z inicjatywy wykonawcy, a nie zamawiającego. Potwierdza to również stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 17 lipca 2020 KIO 1213/20, zgodnie z którym ciężar wykazania skuteczności samooczyszczenia spoczywa na wykonawcy.

Kwestia terminu, w jakim wykonawca powinien podjąć działania naprawcze była oceniana indywidualnie w okolicznościach faktycznych danej sprawy odwoławczej. W wyroku z 18 lutego 2020 r. w sprawie KIO 188/20 KIO 221/20 Izba uznała, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawca, który działania samo-naprawcze w postaci zapłaty należnych składek na ubezpieczenie społeczne podjął już w toku postępowania o udzielenie zamówienia, po upływie terminu składania ofert, w sytuacji, gdy powstanie zaległości nie wynikało z działania wykonawcy. W okolicznościach sporu zakończonych wydaniem wyroku z 14 grudnia 2020 r. w sprawie KIO 3066/20 Izba podkreśliła, że czynności naprawcze powinny być podjęte jeszcze przed terminem weryfikacji wiarygodności wykonawcy.

Dla oceny sytuacji, w której zasadne jest oczekiwanie wykazania samooczyszczenia, istotne znaczenie w odniesieniu do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp ma pogląd wyrażony w wyroku z 3 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1342/20. W uzasadnieniu Izba wywiodła, że przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp nie odnoszą się jedynie do umów zawartych w trybie Pzp. Podkreślono, że ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp posługuje się zwrotem „zamówienie”, a zatem jest to każde zamówienie, niezależnie czy zostało udzielone po przeprowadzeniu procedury określonej w ustawie Pzp czy też poza nią. Wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi do obowiązków zawodowych

(poważnego ich naruszenia) związanych *sensu stricte* z wykonywaną działalnością gospodarczą, polegającą na niewykonywaniu lub nienależytym wykonywaniu zadań gospodarczych, dla których firma została utworzona, wskazując w szczególności na naruszenie związane z konkretnie wykonywanym zamówieniem (zleceniem publicznym czy też prywatnym).

W przypadku istnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp warunkiem koniecznym prawidłowego wykazania zamawiającemu dokonania samooczyszczenia przez wykonawcę, w celu zapewnienia, że sytuacja z niewykonaniem umów nie powtórzy się w kolejnym postępowaniu, jest transparentne i wyczerpujące wyjaśnienie okoliczności związanych niewykonanymi umowami. Braki w tym zakresie po stronie wykonawcy, na którym spoczywa ciężar wykazania skuteczności samooczyszczenia, oznacza, że pozbawia się on możliwości skorzystania z dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia (wyroki z dnia: 17 lipca 2020 r. w sprawie KIO 1213/20 oraz z 31 lipca 2020 r. w sprawie 1248/20). Wskazane rozstrzygnięcia prezentują pogląd, że wyjaśnienia dotyczące przyczyn uchybień, których dopuścił się wykonawca, są niezbędne do prawidłowej oceny czynności naprawczych, zbadania, czy zmiany wdrożone przez wykonawcę eliminują przyczyny niewykonania umów. Istotą procedury samooczyszczenia jest to, że ciężar wykazania jej skuteczności spoczywa na wykonawcy, który co do zasady, z własnej inicjatywy i według własnego uznania składa w tym celu wyjaśnienia i dowody, a rola zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie, czy wykonawcę można uznać za rzetelnego. Podobny pogląd wyraziła Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1573/20 stwierdzając, że wykonawca musi wykazać, że po pierwsze zdiagnozował przyczynę niewłaściwego wykonywania umowy od której zamawiający odstąpił, a po drugie wykazać iż podjął radykalne środki zaradcze, które wyeliminują powstanie podobnej sytuacji w przyszłości.

W kontekście adekwatności działań podjętych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia w stosunku do uchybień popełnionych przez niego w przeszłości, które mogą stać się podstawą wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w orzecznictwie zaznaczyły się zagadnienia związane z zasadą proporcjonalności. Ta zasada wymieniona wprost w art. 7 ust. 1 Pzp jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień, która powinna być uwzględniana przez zamawiającego na każdym etapie postępowania. Jej znaczenie w kontekście prawidłowego samooczyszczenia wykonawcy było szeroko omawiane w stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1213/20. W wyroku wydanym w tej sprawie 17 lipca 2020 Izba wskazała, że emanacją zasady proporcjonalności jest wynikający z art. 24 ust. 9 Pzp nakaz uwzględnienia przy ocenie skuteczności samooczyszczenia wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. Zbliżony pogląd zaprezentowała Izba w uzasadnieniu wyroku z 31 lipca 2020 r., w którym, w ślad za

poglądem wyrażonym w orzeczeniach TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 oraz z 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18, wskazała, że zasada proporcjonalności jest związana z zaufaniem, które zamawiający ma w stosunku do wykonawcy uznanego przez siebie za wiarygodnego. Brak wskazania zidentyfikowanych przez wykonawcę przyczyn nierzetelnego działania w przeszłości oraz wyjaśnienia ich zamawiającemu nie daje podstaw do uznania działań związanych z samooczyszczeniem za skuteczne.

Orzecznictwo Izby w roku 2020 odnotowało również przykłady skutecznego *selfcleaningu*. W wyroku z 18 lutego 2020 r. wydanym w połączonych sprawach KIO 188/20 i KIO 221/20 Izba uznała, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawca, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia uiszczył zaległe składki ZUS. Izba uwzględniła, że pracownik wykonawcy nie został zgłoszony do ubezpieczenia skutkiem działania wykonawcy, lecz przeoczenia pracownika biura obsługującego wykonawcę. Izba uznała, że skoro w okolicznościach sporu wykonawca otrzymywał zaświadczenia o braku zaległości w zapłacie składek na ubezpieczenie społeczne, to miał podstawy sądzić, że nie dopuścił się zaległości. Izba uwzględniła również, że uchybienie zostało naprawione natychmiast po jego stwierdzeniu.

W uzasadnieniu wyroku z 12 czerwca 2020 r. w sprawie KIO 697/20 Izba oceniała samooczyszczenie wykonawcy w zakresie przesłanki wykluczenia z powodu skazania za przestępstwo w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp. Izba podkreśliła, że podejmowane przez wykonawcę środki naprawcze powinny być odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, czy nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Izba uwzględniła, że odwołano prokurę dla osoby, która dopuściła się przestępstwa, i nie jest już prokurentem wykonawcy. W ocenie Izby wskazuje to jednoznacznie, że podjęto skuteczne kroki personalne w ramach mechanizmu środków konwalidacyjnych, aby nieprawidłowości nie powtórzyły się w przyszłości.

Zagadnienie naprawienia szkody, które jako środek potwierdzający wiarygodność wykonawcy zostało wymienione w art. 24 ust. 8 Pzp było oceniane przez Izbę *ad casum*. W sprawie KIO 1932/20 zakończonej orzeczeniem z 12 października 2020 r. Izba ustaliła, że wykonawca nie poinformował zamawiającego o decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, która może pociągać za sobą wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp, a decyzja nakładająca tę karę stała się ostateczna. Wykonawca w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu złożył jedynie oświadczenie o uregulowaniu nałożonych kar, co Izba uznała za niewystarczające dla udowodnienia naprawienia wyrządzonej szkody, a zatem skutecznego *selfcleaningu*. Izba wskazała, że dowodem, którego przedstawienie nie powinno stanowić jakiegokolwiek problemu, byłoby potwierdzenie przelewu w określonej wysokości na konta właściwych organów.

Natomiast w uzasadnieniu wyroku z 20 listopada 2020 w sprawie KIO 2827/20 Izba uznała, że art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje, że naprawienie szkody „w szczególności” stanowi dowód dla wykazania rzetelności wykonawcy – nie jest to zatem jedyny możliwy dowód, a przykładowo wskazany przez ustawodawcę, nie będący dowodem koniecznym. Wskazano, że art. 24 ust. 8 Pzp nie zawiera zamkniętego katalogu dowodów, jakie wykonawca może przedstawić celem wykazania swojej rzetelności, zatem naprawienie szkody jest warunkiem *sine qua non* skutecznej procedury samooczyszczenia. Art. 24 ust. 8 Pzp nie różnicuje bowiem metod wykazania rzetelności wykonawcy w odniesieniu do przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 Pzp.

W odniesieniu do badania kwestii samooczyszczenia na gruncie przepisów dotyczących procedury odwoławczej zaznaczył się pogląd, że dla rozpoznania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 Pzp niezbędne jest podanie już w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut dotyczący zaniechania przeprowadzenia *selfcleaningu*. Podanie tych okoliczności dopiero na rozprawie nie może być skuteczne i taki zarzut będzie podlegał oddaleniu (wyrok z 31 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 9/20, KIO 11/20)

Prezentowane kierunki orzecznicze zachowują aktualność na gruncie przepisów nPzp. Instytucja samooczyszczenia została opisana w art. 110 ust. 2 nPZP. Zgodnie z tym przepisem wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
  - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
  - b) zreorganizował personel,
  - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
  - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
  - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Przepis ten *in initio* został doprecyzowany w stosunku do brzmienia poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 8 Pzp wyłącznie przez podkreślenie obowiązku łącznego wykazania podstaw samooczyszczenia. Natomiast pkt 3 przenosi do przepisów ustawy poglądy sformułowane w orzecznictwie Izby w związku z badaniem rzetelności wykonawcy, który podjął działania związane z samooczyszczeniem.

Doniosłość zagadnień związanych z problematyką samooczyszczenia wykonawcy nakazuje kontynuowanie analizy tej tematyki w przyszłości.

## **Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 r.**

### **1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa**

W roku sprawozdawczym Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała działania mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa. Działania te prowadzone były w trzech zasadniczych obszarach. Pierwszy z nich dotyczył poszerzania wiedzy, przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkolenia grupowego oraz uczestnictwa w konferencjach. Drugi, wynikał z konieczności wypracowania spójnej wykładni nowych regulacji Pzp oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował z uwagi na stan epidemii opracowanie zeszytów orzecznich oraz wymianę poglądów na forum Izby z wykorzystaniem poczty służbowej. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych, w tym:

- indywidualne szkolenia specjalistyczne,
- inne formy szkoleniowe:
  - studia podyplomowe, studia doktoranckie i aplikacje prawnicze,
  - nauka języków obcych.

### **2. Szkolenia zbiorowe**

W okresie sprawozdawczym tematyka szkolenia organizowanego dla członków Krajowej Izby Odwoławczej objęła zagadnienie „Zmowy przetargowe i inne czyny nieuczciwej konkurencji”

### **3. Narady orzecznicze i seminaria**

W okresie sprawozdawczym z uwagi na stan pandemii nie były prowadzone narady orzecznicze i seminaria, jednak członkowie Izby w ramach wymiany poglądów dyskutowali bieżące problemy prawne z wykorzystaniem korespondencji elektronicznej pocztą służbową.

### **4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna**

W 2020 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali w konferencjach:

- „**Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych w świetle nowej ustawy**” - konferencja odbyła się 9 marca 2020 r. w Warszawie zorganizowanej przez Wydawnictwo C.H. Beck we współpracy z Katedrą Prawa konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

W tym wydarzeniu członkowie Izby uczestniczyli również jako autorzy artykułów lub prelegenci.

#### **- „Profesjonalizacja zamówień publicznych”**

Konferencja odbyła się w dniu 29 czerwca 2020 r. (on-line). Konferencja była zorganizowana przez Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie przy współpracy z Wydawnictwem CH Beck .

W tym wydarzeniu członkowie Izby uczestniczyli również jako autorzy artykułów lub prelegenci.

#### **5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa**

Z uwagi na stan epidemii współpraca międzynarodowa i w ramach organów Unii Europejskiej nie funkcjonowała w dotychczas przyjęty sposób.

#### **6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej**

W roku sprawozdawczym ukazały się dwa zeszyty orzecznicze Izby zawierające wybrane tezy z orzeczeń Izby: pierwszy obejmujący okres wrzesień 2019 – luty 2020 i drugi obejmujący marzec 2020 – wrzesień 2020.

## Podsumowanie

Rok 2020 r., był trzynastym rokiem funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych. Był to rok wyjątkowy, ogłoszony stan epidemii skutkowało bezprecedensowym zawieszeniem działalności Izby przez okres prawie dwóch miesięcy. Jednocześnie w tym roku nastąpił znaczący wzrost liczby rozpoznawanych odwołań (o 850 w stosunku do roku 2019), a także wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy (czterokrotnie w stosunku do roku 2019). Izba pracowała w praktycznie tożsamym rokiem poprzednim składzie osobowym. Podkreślenia wymaga fakt, że mimo powstałej przerwy i zwiększonego obciążenia - ostatnie odwołania (266), które wpłynęły do Izby w roku 2020 zostały przez Izbę rozpoznane do połowy stycznia 2021 r., co oznacza, że Izba mimo obiektywnie wydłużonego okresu oczekiwania na rozstrzygnięcie, na koniec tego roku praktycznie zlikwidowała zaległości wywołane epidemią i rozpoznała o około 30% więcej odwołań niż w poprzednich okresach. Nowym osiągnięciem Izby jest także podjęcie działalności edukacyjnej w postaci publikacji Zeszytów Orzeczniczych Izby (dotychczas Zeszyty Orzecznicze były publikowane przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Krajową Izbą Odwoławczą). W roku 2020 została również opracowana Informacja Roczna Krajowej Izby Odwoławczej za rok 2019. Izba poza okresem zawieszenia działalności pracowała bez przerw w ramach normalnego funkcjonowania Izby tj. bez przejścia na system pracy zdalnej lub hybrydowej. Po okresie zawieszenia działalności Izby z uwagi na reżim sanitarny wprowadzono szczególne zasady bezpieczeństwa regulujące procedury dopuszczenia na salę rozpraw, w tym przerwy sanitarne w czasie rozpraw, co miało wpływ na możliwość wykorzystania tych sal w takim samym wymiarze czasowym jak latach ubiegłych. Nie można również pominąć faktu zwiększonej absencji pracowniczej z uwagi na zarządzenie kwarantanny oraz przebycie zakażenia Covid-19. Część merytoryczna Informacji obrazuje zaledwie wycinek pracy orzeczniczej członków Izby, jednak jest to próbka reprezentatywna, która wskazuje na stałą tendencję wzrostu skomplikowania spraw przedkładanych Izbie do rozstrzygnięcia.