

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2023 roku**

Warszawa 2024 r.

Spis treści

Spis treści	2
Wykaz skrótów i skrótowców	4
Wprowadzenie	6
CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r. .	7
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby	7
2. Skład osobowy Izby.....	8
3. Organy Izby.....	8
4. Rzecznik dyscyplinarny	9
5. Rzecznik prasowy.....	9
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r. w ujęciu statystycznym.....	10
1. Wpływ odwołań.....	10
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania	11
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych.....	12
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby.....	12
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań.....	12
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań.....	13
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie.....	14
9. Zdania odrębne	14
10. Powołanie biegłego	14
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań.....	15
13. Ogłaszanie orzeczeń	16
14. Skargi do sądu okręgowego na orzeczenia Izby	17
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy	18
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	19

17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej	20
CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....	20
1. Przedmiotowe środki dowodowe.....	20
2. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp	26
3. Zmiany dotyczące polegania na zasobach podmiotu trzeciego.....	35
4. Istotna część składowa ceny lub kosztu	44
5. Wybrane postulaty de lege ferenda.....	56
Ciężar dowodu w sprawach dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia ceny nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.....	56
Brak uprzedniego obowiązku informacyjnego o odrzuceniu oferty i wyniku oceny ofert w postępowaniach, w których przewidziano aukcję elektroniczną.....	61
Unieważnienie postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy	64
Zwrot wpisu w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego ze względu na stwierdzenie, że jego dalsze prowadzenie jest zbędne lub niedopuszczalne	70
Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r.	71
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa.....	71
2. Szkolenia zbiorowe.....	722
3. Narady orzecznicze.....	73
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna.....	73
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa	74
6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej	74
7. Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zwiększenia uposażenia członków Izby oraz gwarancji niezależności Izby i niezawisłości jej członków w kontekście niektórych przesłanek odwołania określonych w art. 478 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.....	75
Uchwała nr 4 w sprawie stanowiska zakresie zwiększenia uposażenia członków Krajowej Izby Odwoławczej	75
Uchwała nr 5 w sprawie stanowiska w zakresie gwarancji niezależności Izby i niezawisłości jej członków w kontekście niektórych przesłanek odwołania określonych w art. 478 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych	76
8. Elektroniczacja.....	77
Podsumowanie	78

Wykaz skrótów i skrótowców

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	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)
Dyrektywa sektorowa	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)
Dyrektywa odwoławcza	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)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ	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)
k.c. lub KC	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1550 ze zm.)
Prezes Izby	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Prezes Urzędu Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
rozporządzenie w sprawie	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2453)

**postępowania
odwoławczego**

**rozporządzenie
w sprawie
podmiotowych
środków
dowodowych** rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2415)

SN Sąd Najwyższy

SO sąd okręgowy

**specyfikacja lub
SWZ** specyfikacja warunków zamówienia

TSUE lub Trybunał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)

u.o.k.i.k. ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 594 ze zm.)

Urząd lub UZP Urząd Zamówień Publicznych

ustawa Pzp z 2004 r. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.)

**ustawa Pzp, PZP,
Pzp, p.z.p. lub nPzp** ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.)

Wprowadzenie

Prezentowana Informacja przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r., w tym tematy będące przedmiotem orzecznictwa Izby.

Informacja została podzielona na cztery 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 2022, a w części również z lat poprzednich. 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 szczególny zaznaczyły się w orzecznictwie Izby w 2023 r.

Tegoroczna Informacja roczna przedstawia problemy orzecznicze obejmujące zagadnienia związane z przedmiotowymi środkami dowodowymi, stosowaniem przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czy też problematyki zmian dotyczących polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Poruszono również kwestie dotyczące istotnych części składowych ceny przy ocenie ceny jako rażąco niskiej oraz unieważnienia postępowania jeśli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba bazując na doświadczeniu orzeczniczym wskazuje również na wybrane zagadnienia, które w jej ocenie wymagają zmiany ustawy, jednocześnie zastrzegając, iż przedstawione postulaty stanowią jedynie niewielki wycinek dostrzeganych problemów.

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 1/2024 z dnia 19 czerwca 2024 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. art. 479 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.) Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 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 VIII Rozdział 2 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami art. 505-578 ustawy Pzp. Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2453).

Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby, na podstawie art. 579 i 580 ustawy Pzp, sprawuje Sąd Okręgowy w Warszawie, zwany „sądem zamówień publicznych”, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z przepisem art. 590 ust. 2 ustawy Pzp, skargę kasacyjną może wnieść strona oraz Prezes Urzędu.

Obok orzekania w sprawach odwołań, Izba – zgodnie z art. 578 ustawy 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. 473 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba jest także organem właściwym do rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu.

W Izbie obowiązują również akty wewnętrzne tj. Wewnętrzny Regulamin Organizacji Pracy Krajowej Izby Odwoławczej, a także zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Regulamin przyznawania patronatu honorowego Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz udziału w Komitecie honorowym.

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. 474-476, 478 oraz 483-486 ustawy Pzp.

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa (art. 475 ust. 2 ustawy Pzp). Za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej członkowie Izby podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 485 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 474 ust. 1 ustawy Pzp, w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Na początku roku sprawozdawczego skład Izby liczył 44 osoby, a na koniec 51 osób.

W dniu 19 stycznia 2023 r. odbyło się ślubowanie na członków KIO 5 osób wyłonionych w postępowaniu kwalifikacyjnym dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej ogłoszonym w dniu 2 czerwca 2022 r. Ponadto, w dniu 22 lutego 2023 r. Minister Rozwoju i Technologii ogłosił postępowanie kwalifikacyjne dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej, ustalając limit osób, które zostaną powołane w skład KIO na 5 osób. Postępowanie zostało zakończone 17 lipca 2023 r., wyłoniono w nim 4 uprawnionych do powołania przez ministra właściwego do spraw gospodarki w skład KIO. Ślubowanie na członków KIO 4 osób odbyło się w dniu 13 października 2023 r.

3. Organy Izby

Organizację KIO reguluje art. 479 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem organami Izby są:

- Prezes Izby,
- Zgromadzenie Ogólne Izby.

Prezes Izby wykonuje zadania przy pomocy Wiceprezesa Izby, który zastępuje Prezesa Izby w razie jego nieobecności (art. 479 ust. 3 ustawy Pzp). Prezes i Wiceprezes Izby powoływani są przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję.

Funkcję Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w okresie objętym Informacją pełnił Jan Kuzawiński.

Dnia 22 lutego 2023 r. na podstawie art. 480 ust. 4 ustawy Pzp Minister Rozwoju i Technologii ogłosił konkurs na stanowisko Wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 480 ust. 2 ustawy Pzp umożliwił zaprezentowanie kandydatur na Wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez

Członków Izby. W dniu 8 sierpnia 2023 r. Minister Rozwoju i Technologii powołał Annę Kuszel - Kowalczyk na Wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Do tego dnia w okresie sprawozdawczym funkcja ta nie była obsadzona.

Zgromadzenie Ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby. W 2023 r. odbyły się cztery Zgromadzenia Ogólne Izby.

4. Rzecznik dyscyplinarny

Zgodnie z art. 485 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, w Izbie działa rzecznik dyscyplinarny, który powoływany jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Urzędu na trzyletnią kadencję.

W dniu 5 stycznia 2023 r. do pełnienia funkcji rzecznika dyscyplinarnego Izby powołany został Ryszard Tetzlaff.

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 8/2023 z dnia 23 listopada 2023 r. Przed tą datą obowiązywał 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, w związku z wniesionymi skargami, rzecznik dyscyplinarny prowadził 3 postępowania wyjaśniające. W wyniku żadnego z nich nie zostało wydane postanowienie o skierowaniu wniosku o ukaranie do sądu dyscyplinarnego pierwszej instancji.

5. Rzecznik prasowy

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywanie informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. Od 3 lutego 2023 r. funkcję rzecznika prasowego Izby pełni Agnieszka Trojanowska. Do tego dnia w okresie sprawozdawczym funkcja ta nie była obsadzona.

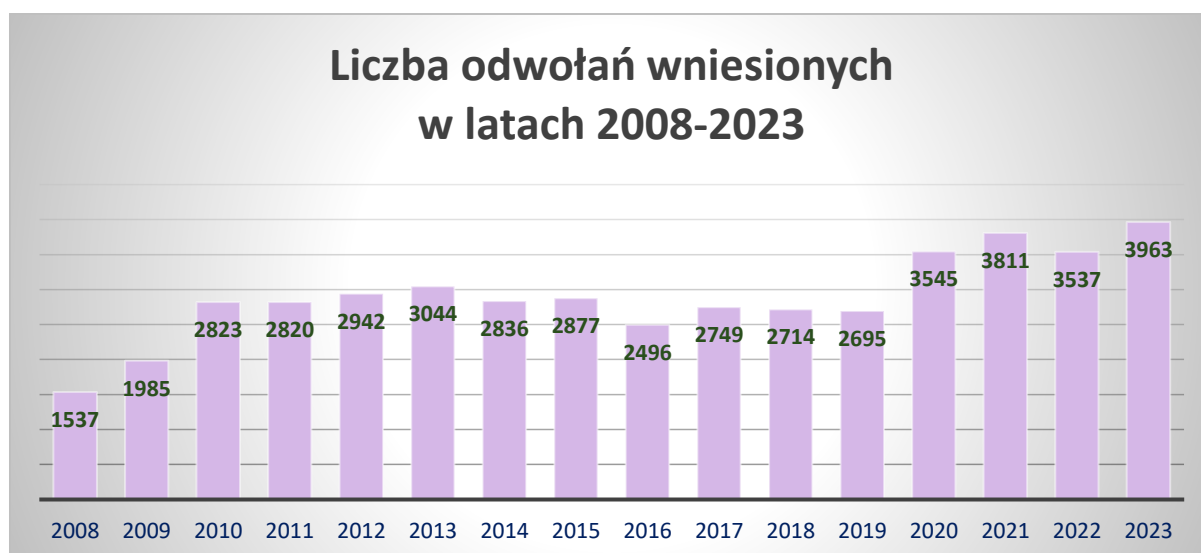
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r. w ujęciu statystycznym

1. Wpływ odwołań

W 2023 r. do Prezesa Izby wpłynęły 3963 odwołania. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 3939 (w tym 186 odwołań wniesionych w 2022 r.).

Spośród odwołań wniesionych w 2023 r. do rozpoznania w 2024 r. pozostało 210 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.).



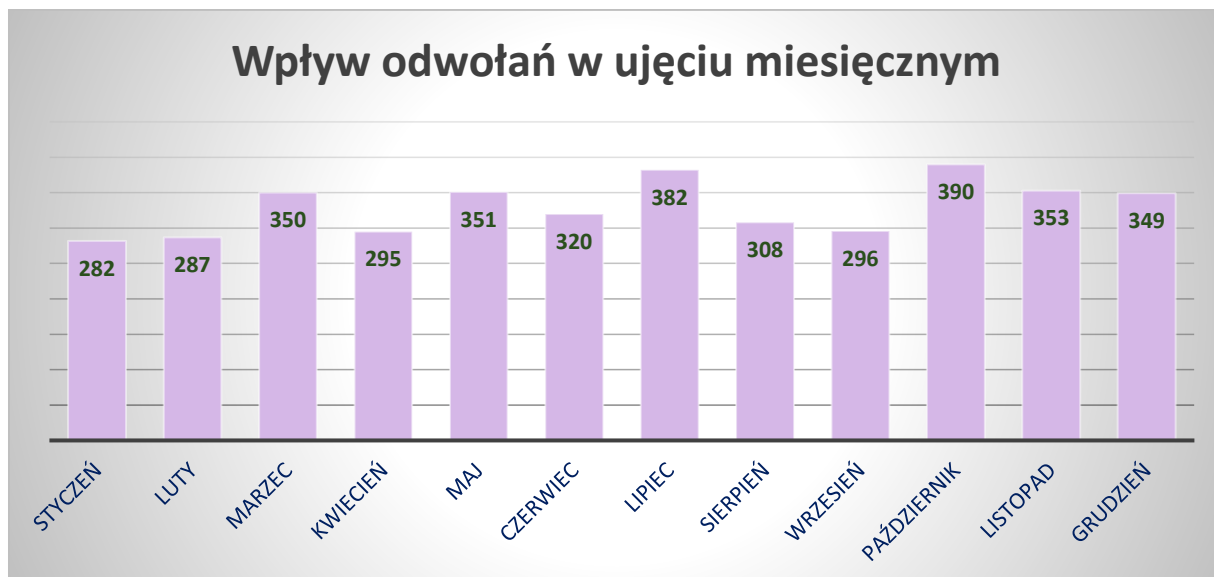
Jak wynika z powyższego wykresu, największy wpływ odwołań odnotowano w ostatnich czterech latach: 2020 – 2023, a więc po wejściu w życie ustawy Pzp z 2019 r., przy czym wpływ odwołań w 2023 r. był rekordowy w całym okresie funkcjonowania Izby.

W 2023 r. przeważająca liczba odwołań była wnoszona w formie elektronicznej - 3445 (z czego 18 drogą elektroniczną), co stanowiło 87% wszystkich odwołań – podobnie jak w roku 2022 r. (85%). W formie pisemnej wniesiono 518 odwołań (13%), a więc niewiele mniej niż w roku 2022 r. - 527 (15%). Na przestrzeni lat można zaobserwować wyraźną tendencję wzrostową odwołań wnoszonych w formie elektronicznej: 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%, 2019 r. - 46%, 2020 r. – 63,30%, 2021 r. – 76%.

W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2023 r. – 1092 odwołań, a najmniejszy w I kwartale – 919 odwołań, natomiast w II i III kwartale wpływ odwołań był na podobnym poziomie – odpowiednio 966 odwołań i 986 odwołań.

W porównaniu do roku 2022 największy wpływ odnotowano podobnie jak w roku sprawozdawczym w IV kwartale 2022 r. – 958 odwołań. W I kwartale była to liczba nieznacznie niższa – 914 odwołań, natomiast w II i III kwartale wpływ odwołań był na podobnym poziomie – odpowiednio 826 odwołań i 839 odwołań.

W ujęciu miesięcznym natomiast wpływ odwołań w 2023 r. prezentuje poniższy wykres, zgodnie z którym rekordową liczbę wniesionych odwołań odnotowano w październiku 2023 r.



2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2478, czyli 63% ogółu wniesionych w 2023 r. odwołań (w 2022 r. ich udział był na podobnym poziomie i wynosił 64%). W postępowaniach o wartościach tzw. podprogowych wniesiono 1476 odwołań (37%), natomiast w odniesieniu do 9 odwołań brak jest danych w zakresie wartości zamówienia.

Podobnie jak w roku 2022 r. pod względem rodzaju zamówień spośród 3963 odwołań wniesionych w 2023 r. najwięcej dotyczyło usług - 46%. W zakresie dostaw wniesiono 29% odwołań, a w zakresie robót budowlanych – 25% odwołań (w 2022 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 53% - usługi, 25% - dostawy i 22% - roboty budowlane).

3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2023 r. postępowań odwoławczych (dotyczy odwołań, które wniesiono w okresie sprawozdawczym) zgłoszono 3447 przystąpień, w tym 2597 po stronie zamawiającego (75,34%) oraz 850 po stronie odwołującego (24,66%).

Dla porównania do toczących się w 2022 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 3424 przystąpień, w tym 2119 po stronie zamawiającego (61,89%) oraz 1305 po stronie odwołującego (38,11%).

4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby

W 2023 r. braki formalne, o których mowa w art. 518 ust. 1 Pzp wystąpiły w 500 odwołaniach, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2022 r. miało to miejsce w stosunku do 629 odwołań).

Spośród 3939 odwołań rozpoznanych w 2023 r. zwróconych zostało 161 odwołań, czyli 4,09% (w 2022 r. zwrócono 168 odwołań, co stanowiło 4,87% wszystkich odwołań). Prezes Krajowej Izby Odwoławczej dokonał zwrotu odwołań z następujących powodów: nieuiszczenia wpisu – 61 odwołań, niezpełnienia innych braków formalnych – 70 odwołań, niezpełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 24 odwołania. Ponadto, 6 zwrotów odwołań zostało dokonanych przez składy orzekające (1 w składzie 3 – osobowym, 5 w składzie 1 – osobowym) z powodu niezpełnienia braków formalnych – zwrócono 3 odwołania oraz z powodu nieuiszczenia wpisu – zwrócono 3 odwołania.

Spośród innych braków formalnych niż nieuiszczenie wpisu, skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały:

1. brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 77 odwołań.
2. brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 19 odwołań.

5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

Stosownie do art. 487 ust. 1 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w składzie trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, albo trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na stopień złożoności sprawy (art. 487 ust. 2 Pzp).

W 2023 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym (nie licząc zwrotów odwołań dokonanych przez Prezesa Izby) 3192 odwołania (84%), a w składzie trzyosobowym – 592 odwołania (16%).

6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

Stosownie do art. 544 ust. 2 Pzp, Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego.

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 564 tj. 14% ogólnej liczby 3 963 odwołań. Spośród tej liczby 248 odwołań zostało rozpoznanych po terminie instrukcyjnym, o którym mowa w art. 544 ust. 1 Pzp.

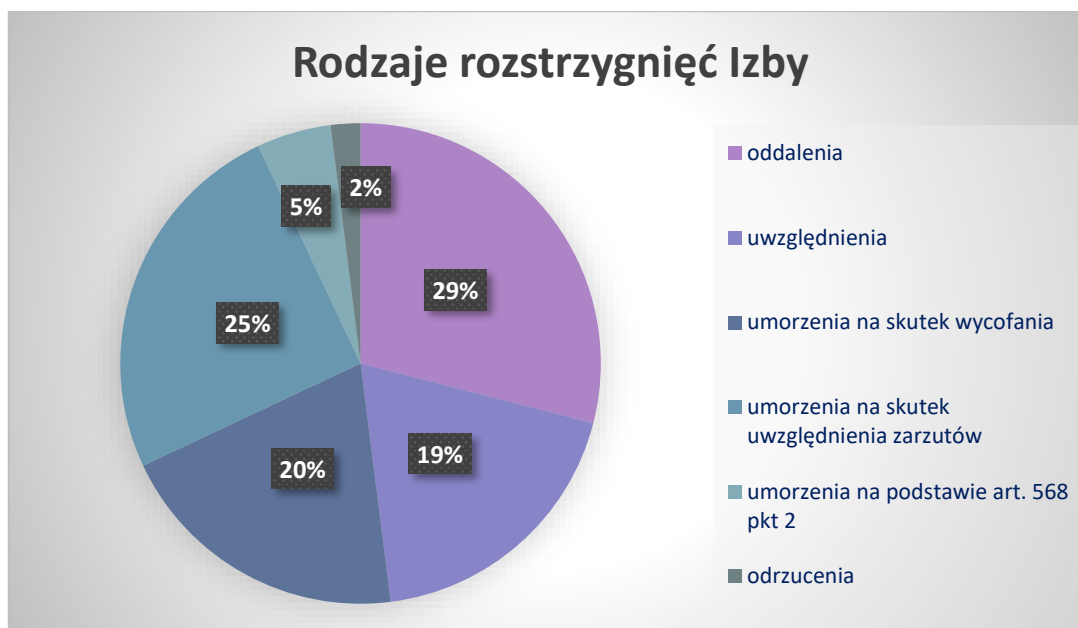
W poprzednich latach do łącznego rozpoznania zostało skierowanych: 16% odwołań w roku 2022, 19% odwołań w roku 2021, 18% odwołań w roku 2020, 13% w roku 2019 oraz 18% w roku 2018.

Maksymalna liczba odwołań połączonych do łącznego rozpoznania w ramach jednego postępowania odwoławczego w 2023 r. wyniosła 16 odwołań. Dla porównania w 2022 r. było to 13 odwołań.

7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2023r. podlegało 3 778 odwołań, w wyniku czego:

1. 1108 odwołań zostało oddalonych (29%);
2. 729 odwołania zostały uwzględnione (19%);
3. 751 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (20%);
4. 926 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (25%);
5. 177 postępowań zostały umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (5%)
6. 87 odwołania zostały odrzucone (2%).



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

W 2023 r. Izba orzekła o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego w dwóch sprawach: o sygn. akt: KIO 2682/23 – 8 400,00 zł oraz o sygn. akt KIO 2700/23 w wysokości 7 000,00 zł. Ponadto Izba orzekła w jednej sprawie o sygn. akt KIO 1633/23 o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

W okresie sprawozdawczym Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili zdanie odrębne w 5 sprawach. Dla porównania w roku 2022 nie zostały zgłoszone żadne zadania odrębne, a w roku 2021 zgłoszono 3 zdania odrębne.

10. Powołanie biegłego

W okresie sprawozdawczym przeprowadzono dowód z opinii biegłego w dwóch sprawach: KIO 213/23 – biegły tłumacz przysięgły oraz KIO 1198/23 – biegły z zakresu włókiennictwa. Dla porównania w 2022 r. nie przeprowadzono takiego dowodu, a w roku 2021 dowód taki przeprowadzono w jednym postępowaniu odwoławczym.

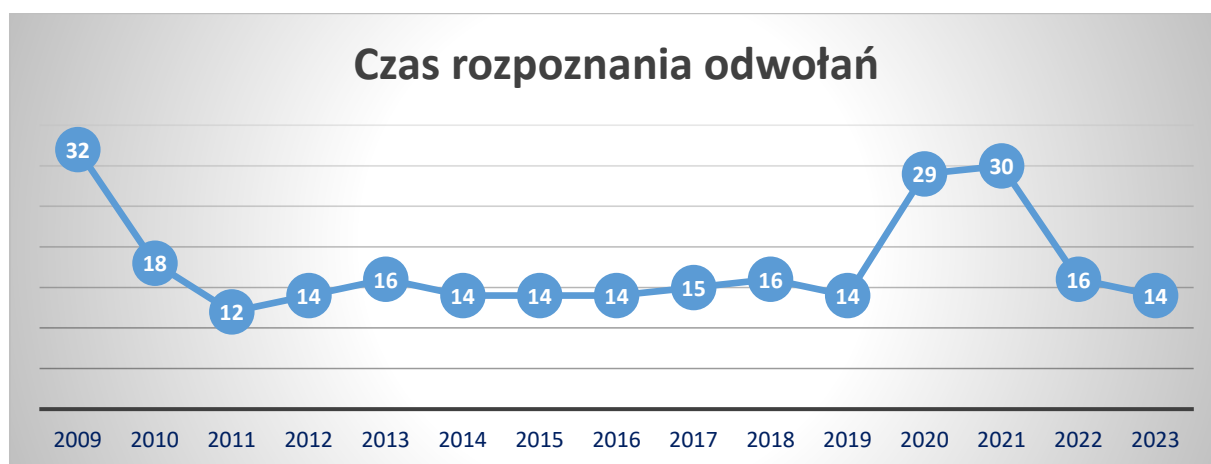
11. Prawomocność orzeczeń

W 2023 r. w oparciu o regulację § 40 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. 2020, poz. 2453) Prezes Izby stwierdził prawomocność 61 orzeczeń (w 2022 r. były to 63 orzeczenia), w tym na wniosek odwołującego lub pełnomocnika odwołującego – 9 orzeczeń, na wniosek zamawiającego lub pełnomocnika zamawiającego 50 orzeczeń, na wniosek przystępującego – 2.

12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2023 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 14 dni. Dla porównania w roku 2022 r. odwołania zostały rozpoznane średnio w terminie 16 dni.

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.



Termin rozpoznania odwołania liczony jest od dnia wpływu odwołania do Kancelarii UZP. W okresie sprawozdawczym w terminie tym, procedura postępowania z wniesionym odwołaniem obejmowała wykonanie zarówno czynności organizacyjno – technicznych realizowanych przez Biuro Odwołań UZP tj. np. wprowadzenie do systemu informatycznego UZP, sprawdzenie odwołania pod kątem formalnym i ewentualne wystosowanie wezwania o uzupełnienie braków oraz czynności merytoryczne wykonywane przez Prezesa KIO i skład orzekający tj. np. weryfikacja kompletności i braku podstaw do odrzucenia odwołania, analiza dokumentacji postępowania przez skład orzekający, analiza stanowisk pisemnych i dowodów przekazanych przez strony i uczestników, przeprowadzenie rozprawy, naradę składu orzekającego, przygotowanie i ogłoszenie orzeczenia w sprawie.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w ocenie Izby, termin zakreślony w art. 544 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z systemowym umiejscowieniem tego przepisu, odnosi się do rozpoznania odwołania, rozumianego jako rozpoznanie sprawy na rozprawie i nie wlicza się

do niego terminu na wydanie orzeczenia. Za taką interpretacją przemawia również brzmienie art. 558 ust. 2 ustawy Pzp, który dopuszcza odroczenie wydania orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Wobec tego termin 15 dni na rozpoznanie odwołania nie powinien obejmować okresu po zamknięciu rozprawy do wydania orzeczenia.

Na terminowość rozpoznania odwołań w omawianym roku statystycznym na pewno znaczący wpływ miała utrzymująca się nadal duża liczba wpływających odwołań w stosunku do lat poprzednich, przy nieznacznym wzroście zasobów kadrowych Izby (na koniec roku 2022 – 44 osoby, a na koniec roku 2023 – 51 osób). Rok 2023 był rokiem rekordowym pod względem liczby wniesionych odwołań w całym okresie funkcjonowania Izby.

Poniżej zaprezentowano terminowość rozpoznawania odwołań – procentową liczbę odwołań rozpoznanych w terminie 15-dniowym, o którym mowa w art. 544 ust. 1 ustawy Pzp w poszczególnych miesiącach 2023 r. (według wpływu odwołania):



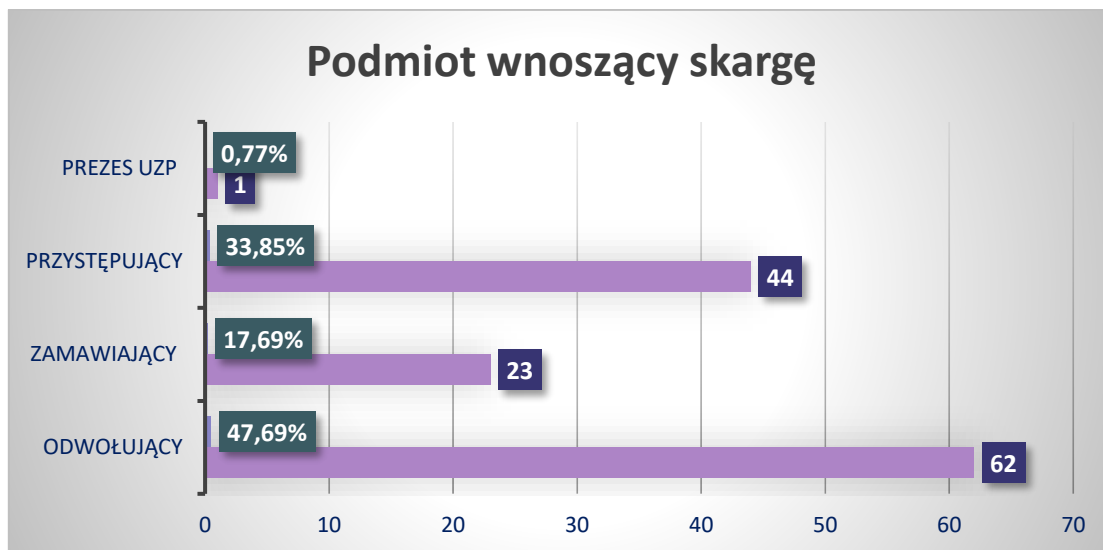
Jak wynika z powyższych danych terminowość rozpoznania odwołań utrzymywała się na wysokim poziomie w okresie od stycznia do czerwca, a spadła w miesiącach wakacyjnych, co niewątpliwie spowodowane było ograniczonymi zasobami kadrowymi z uwagi na urlopy wypoczynkowe członków Izby oraz personelu obsługującego Izbę. Terminowość zmalała w miesiącach od października do grudnia na co, poza czynnikami wskazanymi wyżej, znaczący wpływ miała rekordowa liczba wniesionych odwołań w tym kwartale, w szczególności w październiku 2023 r. (390 odwołań).

13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 558 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawilej Izba może odroczyć ogłoszenie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawilość sprawy – uznała w 2023 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 1465 przypadkach (co stanowi 80% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2022 r. było to 1333 spraw (85%).

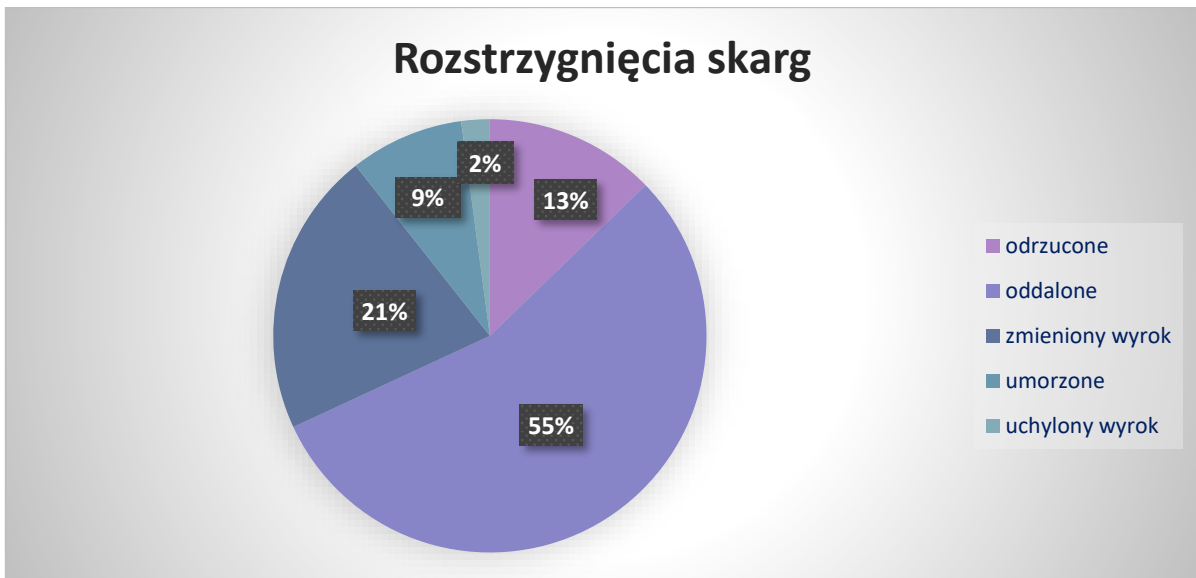
14. Skargi do sądu okręgowego na orzeczenia Izby

W 2023 r. wniesiono 130 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 3,3% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2022 – 155 (4,4%), 2021 – 165 (4,2%), 2020 – 122 (3,57%), 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 31 stycznia 2024 r.), że w 2023 r. rozpoznano 47 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 6 skarg zostało odrzuconych (12,77%), 26 skarg zostało oddalonych (55,32%), w 10 sprawach zmieniono wyrok (21,28%), w 4 sprawach umorzono postępowanie skargowe (8,51%), w 1 sprawie uchylono wyrok (2,12%). W toku są 83 sprawy.

Dla porównania w 2022 r. na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 31 stycznia 2023 r.), że w 2022 r. rozpoznano 61 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 8 skarg zostało odrzuconych (13%), 38 skarg zostało oddalonych (63%), w 5 sprawach zmieniono wyrok (8%), w 8 sprawach umorzono postępowanie skargowe (13%), w 2 sprawach uchylono wyrok (3%). W toku były 94 sprawy.



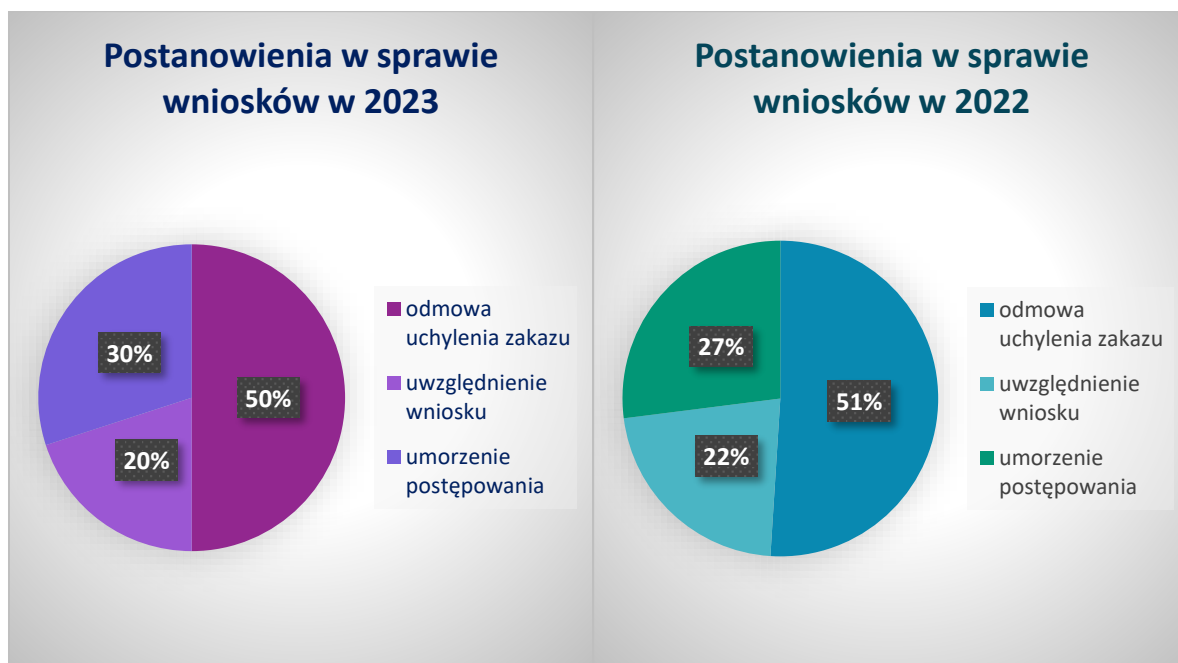
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Do Izby wpłynęło w 2023 r. 37 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a wydano 40 postanowień w tym przedmiocie (w tym 3 wnioski z 2022 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza w 2023 r. spośród spraw rozpoznanych wydała 20 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (50%), 8 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (20%) oraz 12 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (30%).

Dla porównania w 2022 r. liczba wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz wydanych postanowień była nieznacznie wyższa: 50 wniosków oraz 49 postanowień. W 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza spośród spraw rozpoznanych wydała 25 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (51%), 11 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (22%) oraz 13 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (27%).

Procentowy udział poszczególnych rozstrzygnięć w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przedstawiał się następująco:

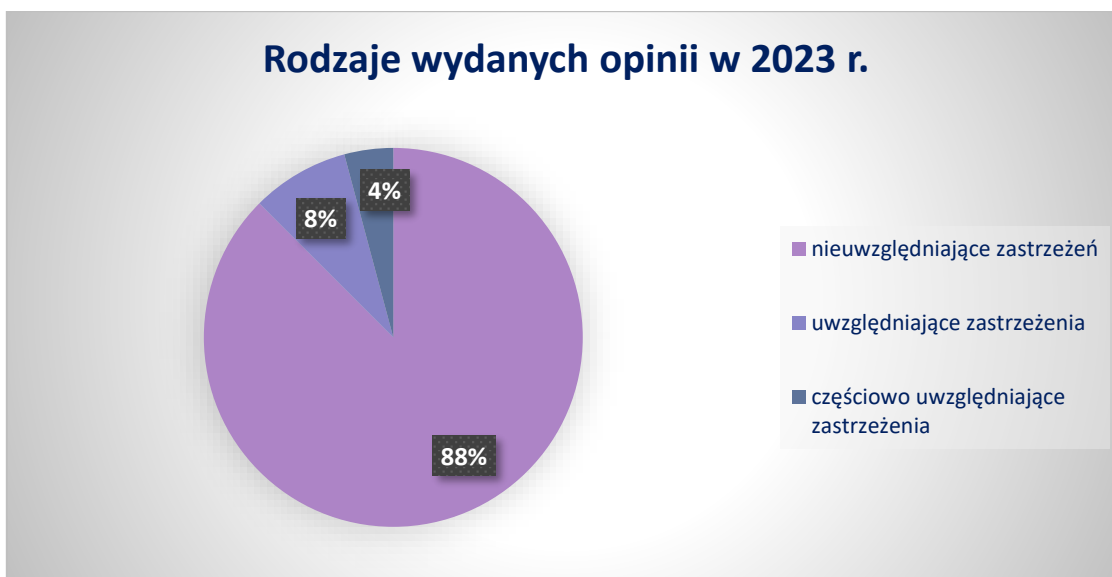


16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Z art. 610 ust. 1 i art. 617 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. W 2023 r. zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 610 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba w 2023 r. wydała 24 opinie (w tym 3 z 2022 r.) z 24, które wpłynęły do Izby, w tym: 21 opinii (88%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 2 opinie (8%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 1 opinia (4%) częściowo uwzględniająca zastrzeżenia.

W porównaniu do roku 2022 r. liczba wydanych opinii zmniejszyła się nieznacznie. W 2022 r. Izba wydała 35 opinii z 37, które wpłynęły do Izby, w tym: 27 opinii (77%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 3 opinie (9%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 5 opinii (14%) częściowo uwzględniających zastrzeżenia.



17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

W 2023 r. Izba nie skierowała zapytań do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby

1. Przedmiotowe środki dowodowe

W ustawie Pzp z 2019 r. po raz pierwszy pojawiło się nazewnictwo, wg którego oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców rozróżniono na podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe. Przedmiotowe środki dowodowe zostały zdefiniowane jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 ustawy Pzp). Ustawodawca zawarł także w przepisach ustawy reguły postępowania z tymi środkami, przy czym z orzecznictwa Izby wynika, że najczęściej sporów pomiędzy stronami i uczestnikami postępowań odwoławczych dotyczy kwestii uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych uregulowanej w art. 107 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem:

1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą.
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo

złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

W sprawie o sygn. akt KIO 3558/23 Izba musiała jednak w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy wymagany przez zamawiającego dokument w postaci opinii Instytutu Matki i Dziecka dla preparatu do dezynfekcji inkubatorów w ogóle jest przedmiotowym środkiem dowodowym. Zamawiający zamieścił bowiem wymóg przedłożenia tego dokumentu wraz z ofertą w opisie przedmiotu zamówienia, nie zaś w części specyfikacji dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych. Izba stwierdziła, że *„ustawodawca nie zdefiniował przedmiotowych środków dowodowych przez miejsce ich wskazania w dokumentach zamówienia, ale przez cel, jakiemu ma służyć ich złożenie w postępowaniu. Celem tym jest potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Oznacza to, że niezależnie od tego, w którym miejscu specyfikacji warunków zamówienia (lub innych dokumentów zamówienia) zamawiający zażąda złożenia środka służącego potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami określonymi np. w opisie przedmiotu zamówienia, środek ten należy uznać za przedmiotowy środek dowodowy. W świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp istotny jest bowiem cel złożenia tego środka, nie zaś umiejscowienie żądania jego złożenia w dokumentach zamówienia”*. Dodatkowo Izba odniosła się także do kwestii charakteru ww. dokumentu z uwagi na jego zbędność lub niezbędną w postępowaniu. Izba stwierdziła, że *„nie można zgodzić się z tezą, jakoby ww. opinia IMiDz była dokumentem zbędnym, co w świetle art. 106 ustawy Pzp miałyby świadczyć o tym, że nie jest ona przedmiotowym środkiem dowodowym. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, dla kwalifikacji danego dokumentu jako przedmiotowego środka dowodowego decydujące znaczenie ma jego charakter w świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Zatem ewentualna zbędność danego dokumentu w danym postępowaniu powoduje jedynie, że zamawiający nie może żądać od wykonawców jego złożenia, natomiast nie wpływa na charakter tego dokumentu, który – jeśli odpowiada definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp - jest przedmiotowym środkiem dowodowym. (...) Po trzecie, sam Zamawiający w piśmie z dnia 09.11.2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie braku tego dokumentu, co świadczy o tym, że był to dla niego dokument istotny i niezbędny”*. Izba zauważyła także, że zamawiający nie przewidział zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że zakwalifikowanie ww. dokumentu jako przedmiotowego środka dowodowego i brak złożenia go wraz z ofertą powoduje, że niedopuszczalne było jego uzupełnienie na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jak też na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zakazującego dokonywania zmian w ofercie, również poprzez jej uzupełnianie.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. odrzucenie oferty przystępującego, mimo podnoszonej przez niego argumentacji, że oferowany przez niego preparat do dezynfekcji inkubatorów posiada wymaganą opinię IMiDz, a jedynie nie została ona złożona wraz z ofertą. Izba stwierdziła przy tym, że „ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp odróżnił podstawę odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) od odrzucenia oferty z powodu niezłożenia m.in. przedmiotowego środka dowodowego (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp). Tym samym konieczność odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nieprzedłożenia opinii IMiDz będącej przedmiotowym środkiem dowodowym nie jest formalizmem (zwłaszcza nadmiernym), ale obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, a także z faktu, że Zamawiający nie przewidział zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Obowiązek ten wynika także z zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż te same wymagania kierowane są do wszystkich wykonawców i fakt ich niespełnienia musi pociągać za sobą dla wszystkich wykonawców te same konsekwencje, w tym wypadku wprost przewidziane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp” (wyrok KIO 3558/23 z dnia 11.12.2023 r.). W ww. orzeczeniu Izba stwierdziła zatem, że dla kwalifikacji danego dokumentu jako przedmiotowego środka dowodowego istotne jest to, czy odpowiada on definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, jak też stwierdziła, że podstawą do jego ewentualnego uzupełnienia jest wyłącznie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, zaś brak złożenia przedmiotowego środka dowodowego wraz z ofertą przy braku możliwości zastosowania ww. przepisu skutkuje bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty.

Kwestia uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp pojawiała się też w orzecznictwie Izby w innych sprawach. Przede wszystkim w wyroku z dnia 11.07.2023 r. o sygn. akt KIO 1788/23 Izba wyraziła stanowisko dotyczące zakresu stosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i stwierdziła, że: „Na gruncie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie w dwóch sytuacjach, tj. gdy dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony, z zastrzeżeniem art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wyklucza wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia (...)”. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła zatem, że „złożony przez Odwołującego wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy był kompletny w tym znaczeniu, że zawierał wymagane przez Zamawiającego informacje umożliwiające ocenę zgodności oferowanego dysku z parametrami określonymi w

dokumentach zamówienia, przy czym jego treść należało ocenić negatywnie, bowiem nie potwierdzał on zgodności parametru dysku z wymogami opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bez możliwości uprzedniego wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego oferowanego dysku". Tym samym Izba potwierdziła kształtującą się już od dłuższego czasu linię orzecniczą, zgodnie z którą niekompletności przedmiotowego środka dowodowego nie należy utożsamiać z brakiem w jego treści informacji potwierdzających zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. W przypadku takich bowiem braków (błędów) merytorycznych art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania, a zatem wyłączona zostaje możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia (złożonego i kompletnego) przedmiotowego środka dowodowego i oferta podlegać będzie odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 28.03.2023 r. o sygn. akt 695/23, dodatkowo zwracając uwagę, że uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych, których treść nie potwierdza spełnienia wymogów zamawiającego, prowadziłoby do złamania zakazu zmiany oferty. Izba stwierdziła: *„Warto także dodać, że omawiane karty katalogowe zawierają wady merytoryczne, których nie można sanować w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p., ponieważ skutkowałoby to de facto zmianą złożonej oferty, co koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (...). Złożone z ofertami (...) karty katalogowe dotyczące klimatyzatorów ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5 są niezgodne z OPZ – w zakresie parametrów poboru mocy chłodzenia, poboru mocy ogrzewania oraz wagi – a ewentualne ich uzupełnienie wiązałoby się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Takiej wady karty katalogowej nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty".* Z wyroku tego wynika zatem, że zakaz uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych dotkniętych błędami merytorycznymi jest konsekwencją nie tylko treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, który nie przewiduje możliwości uzupełniania w takim przypadku, ale jest także skorelowany z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Podobny problem pojawił się także w sprawie o sygn. akt KIO 1162/23 (wyrok z dnia 12 maja 2023 r.), w której Izba stwierdziła, że załącznik pn. tabela doboru urządzeń wraz z obliczeniami

fotometrycznymi, jako przedmiotowy środek dowodowy mający potwierdzać zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego, pełnił także funkcję identyfikującą treść oferty. Odnosząc się do kwestii dopuszczalności uzupełnienia tego załącznika Izba stwierdziła, że: *„bez znaczenia jest okoliczność, iż Zamawiający wymagał podania typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu w dokumencie, który zaklasyfikował do przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 107 ustawy Pzp. Kluczowe znaczenie ma to, jaki jest charakter informacji zawartych w tym dokumencie, a nie to, jak ten dokument został sklasyfikowany przez Zamawiającego. Zdaniem Izby niewątpliwie, ww. dokument w zakresie w jakim dotyczył informacji na temat typu oprawy/wkładu oraz mocy jednostkowej oprawy/wkładu stanowił treść oferty, a informacje te nie podlegały uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem wskazany przepis nie dotyczy informacji tworzących treść oferty. Postanowienia dokumentów zamówienia przewidujące wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy nie zostały one złożone wraz z ofertą należy interpretować z uwzględnieniem zasady niezmienności treści oferty. Zamawiający nie ma podstaw wezwać wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli z treści oferty nie wynika, jaki sprzęt czy produkt wykonawca zaoferował”*. Kolejny raz zatem Izba stanęła na stanowisku, że granicą stosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jest też art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przewidujący niedopuszczalność dokonywania zmian oferty. Tym samym z ww. wyroku wynika, że w takim zakresie, w jakim przedmiotowy środek dowodowy zawierałby niezłożone wcześniej informacje przesądzające o treści oferty, nie może on zostać uzupełniony, gdyż doszłoby wówczas do naruszenia zakazu zmiany treści tej oferty.

Należy także zwrócić uwagę na wyrok z dnia 21 lipca 2023 r. o sygn. akt KIO 1942/23, w którym Izba zauważyła m.in., że mimo możliwości, które zamawiający posiadał jako autor dokumentów zamówienia, ukształtował on wzór formularza ofertowego w taki sposób, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazania w nim określonych cech technicznych oferowanych urządzeń. Zamawiający przewidział przy tym możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że *„(...) zamawiający, który przewidział możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w dokumentacji postępowania (tu pkt 2 rozdziału VI SWZ) jest zobowiązany do:*

- 1) sanowania działania wykonawcy, który nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego wykazów oferowanych paneli, kart katalogowych, deklaracji zgodności oznakowania CE i deklaracji NC RFG, dokumentów potwierdzających zgodność modułów z normami lub ich odpowiednikami europejskimi, czyli wszystkich dokumentów określonych w pkt 1 rozdziału VI SWZ jako przedmiotowe środki dowodowe dla części nr 1 i nr 2*

postępowania (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca nie złożył ich z ofertą) oraz 2) wezwania do uzupełnienia ww. dokumentów, o ile zostały złożone wraz z ofertą i są niekompletne (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne). W ustalonym stanie rzeczy mamy do czynienia z pierwszą sytuacją, która jest bardzo prosta – jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą, uzyskuje jedną szansę na ich przedstawienie zamawiającemu, który winien wystosować do wykonawcy wezwanie do ich uzupełnienia (poprzez złożenie) w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p., skoro takie wezwanie przewidziano w SWZ”. Natomiast podejmując decyzję o niewzywaniu odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego „zamawiający pomylił sytuację, kiedy wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe (których się nie uzupełnia, jeżeli nie potwierdzają, że oferta jest zgodna z SWZ) z sytuacją, kiedy wykonawca nie złożył żadnych dokumentów. Stanowisko z informacji zamawiającego należy przypisać do stanu, kiedy zamawiający ma co oceniać, czyli otrzymał przedmiotowe środki dowodowe, które wskazują, że zaoferowano wadliwe parametry, inne niż wymagane – upraszczając uzupełnienie zmieniloby przedmiot oferty, czego się nie konwaliduje. Natomiast tu odwołujący nic nie złożył, zamawiający nie ma czego porównywać z ofertą, więc siłą rzeczy nie może z góry zakładać, że dojdzie do zmiany treści oferty, bo do tego niezbędne jest poznanie treści przedmiotowych środków dowodowych odwołującego i skonfrontowanie ich z ofertą – co będzie możliwe dopiero po otrzymaniu przedmiotowych środków dowodowych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p.” W omawianym wyroku Izba stwierdziła zatem, że wobec braku w formularzu oferty bądź w innych dokumentach określonych informacji stanowiących treść oferty, nie można przesądzać, że uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego doprowadzi do zmiany treści oferty. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wezwanie go do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Na jeszcze inną kwestię Izba zwróciła uwagę w wyroku z dnia 23 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 70/23, który dotyczył m.in. uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych m.in. w celu potwierdzenia określonych funkcjonalności modułu PV, które były dodatkowo punktowane przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert. Odwołujący złożył przedmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzały spełnienia wymagań opisanych w specyfikacji warunków zamówienia, w tym w kryterium oceny ofert. Izba wskazała na treść art. 107 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje zakaz uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzania zgodności z kryteriami oceny ofert i stwierdziła, że konsekwencją powyższego jest brak podstaw do przyznania ofercie odwołującego 15 pkt w tymże kryterium. Jednocześnie Izba podkreśliła, że: „Uchybień Odwołującego nie mogą

sanować załączone do odwołania oraz złożone w toku rozprawy wnioski dowodowe. Podkreślenia wymaga, iż art. 107 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę, zgodnie z którą przedmiotowe środki dowodowe wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dołożyć należytej staranności i przedstawić Zamawiającemu kompletne dokumenty umożliwiające weryfikację oferty w ramach kryterium oceny ofert. To na podstawie złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności przyznania punktów ofercie danego wykonawcy lub nie. Uchybienia wykonawcy w powyższym zakresie w zależności od rodzaju błędu skutkować będą brakiem możliwości przyznania punktów w ocenianym kryterium, względnie odrzuceniem oferty i nie mogą być sanowane na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, której zadaniem jest ocena prawidłowości dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności. Przyjęcie poglądu, iż etap postępowania odwoławczego byłby właściwym momentem do składania czy też uzupełniania treści przedmiotowych środków dowodowych, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców”.

Podsumowując, analiza orzecznictwa Izby z 2023 r. wskazuje, że jest ono jednolite w zakresie uznania, że art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie daje podstaw do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Innymi słowy: Izba jednolicie stoi na stanowisku, że art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia merytorycznych wymagań zamawiającego. Jednostkowo może natomiast pojawić się wątpliwość co do zakresu stosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Problem ten wymaga od Izby każdorazowego ustalania dopuszczalności zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w zależności od tego, czy skutkiem takiego uzupełnienia byłaby zmiana treści oferty. W większości orzeczeń wydanych w 2023 r. Izba przyjmowała jednak, że jeśli ryzyko takie istnieje, to czyni to uzupełnienie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp niedopuszczalnym.

2. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uczciwa konkurencja. Ustawa Pzp zawiera szereg regulacji mających na celu zachowanie konkurencyjnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z takich przepisów jest art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przewidujący podstawę wykluczenia

wykonawcy z postępowania. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Ww. przepis stanowi implementację do porządku krajowego art. 57 ust. 4 lit d) dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy w sytuacji, gdy na podstawie wiarygodnych przesłanek instytucja zamawiająca może stwierdzić, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

W 2023 r., podobnie jak w latach poprzednich, pod rozstrzygnięcie Izby poddane zostały sprawy dotyczące zastosowania bądź zaniechania zastosowania przez zamawiającego podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W znaczącej liczbie spraw z tego zakresu Izba dokonuje oceny, czy w analizowanym stanie faktycznym zostało wykazane występowanie wiarygodnych przesłanek potwierdzających zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. W pierwszej kolejności omówione zostaną sprawy dotyczące tego zagadnienia.

Jakkolwiek, w przeciwieństwie do nieobowiązującego już art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp z 2004 r., w obecnie obowiązującym przepisie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mowa jest o wiarygodnych przesłankach, a nie środkach dowodowych, nie oznacza to, że strona powołująca się na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji zwolniona jest w tym zakresie z obowiązku udowodnienia tej okoliczności. Jednakże, jak podkreśla się w orzecznictwie, dla wykazania twierdzenia o zawarciu ww. niedozwolonego porozumienia nie jest konieczne przedstawienie dowodu bezpośredniego. W praktyce przedstawienie takiego dowodu jest wręcz jest niemożliwe. W związku z tym za wystarczające uznaje się poparcie twierdzenia o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji dowodami pośrednimi i domniemaniami faktycznymi. W sprawach rozpoznanych pod sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23 (wyrok z 4 kwietnia 2023 r.) skład orzekający podzielił stanowisko przedstawione w wyroku Izby z 19 stycznia 2022 r. (KIO 3745/21), zgodnie z którym *„dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. W sądownictwie powszechnym za dopuszczalne uznaje się wykazanie istnienia zmowy*

przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zмовы przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić tylko jeden wniosek – o zмовie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.”

W wyroku z dnia 2 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 434/23) Izba uznała, że zamawiający udowodnił istnienie wiarygodnych przesłanek potwierdzających zawarcie przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Uzasadniając czynność wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający powołał się na oświadczenie jednego z wykonawców o braku możliwości należytego wykonania zamówienia i odmowie podpisania umowy oraz fakty świadczące o realnej, stałej współpracy między tym wykonawcą a innym wykonawcą, który złożył w postępowaniu ofertę z ceną wyższą niż pierwszy wykonawca. Na potwierdzenie istnienia tej współpracy zamawiający powołał się na okoliczność wysłania przez jednego z wykonawców pisma stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego z konta drugiego wykonawcy na platformie zakupowej. Ponadto zamawiający zgromadził dowody potwierdzające wcześniejsze logowanie się i przesyłanie lub odbieranie dokumentów z tego samego adresu IP przez obydwu wykonawców.

Również w sprawach rozpoznanych pod sygn. akt KIO 2740/23 oraz KIO 2756/23 (wyrok z dnia 10 października 2023 r.) Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ustalił i wykazał zawarcie przez dwóch wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. W ocenie składu orzekającego Izby przyjęcie takiego wniosku potwierdzały następujące okoliczności: wykonawca, którego ofertę oceniono najwyżej (dalej: „Wykonawca A”), nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, pomimo posiadania wymaganego doświadczenia, co wynikało z dowodu pozyskanego od innego zamawiającego. Zaniechanie to prowadziło do konieczności wyboru oferty innego wykonawcy (dalej: „Wykonawca B”), zawierającej wyższą cenę. Członek zarządu Wykonawcy A, a zarazem wspólnik posiadający 70% udziałów, aktywnie wspierał w postępowaniu (poprzez użycie swoich zasobów oraz podpisanie wykazu usług) nie spółkę, której jest wspólnikiem i członkiem zarządu (Wykonawcę A), lecz swoją siostrę (Wykonawcę B). Wsparcie Wykonawcy B miało miejsce również na etapie postępowania odwoławczego, gdyż ww. wspólnik i członek zarządu Wykonawcy A występował w tym postępowaniu jako pełnomocnik Wykonawcy B. Z kolei Wykonawca B pełnił w ograniczonym zakresie funkcję pełnomocnika swojego brata (ww. wspólnika i członka

zarządu Wykonawcy A) jeszcze na etapie sporządzania ofert. Wykonawca A, w przeciwieństwie do Wykonawcy B, nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę także sytuacje, które miały miejsce w innych postępowaniach z udziałem ww. wykonawców, a także ich członków zarządu/wspólników oraz spółek, w których pełnią funkcję. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że zamawiający, dostrzegając niezrozumiałe działania Wykonawcy A, a także członka jego zarządu, zamierzające do uzyskania zamówienia przez Wykonawcę B, miał prawo, oceniając prawdopodobieństwo przypadkowości takiego zachowania, uwzględnić dotychczasowe działania wykonawców pod kątem tego, czy stanowią one kontynuację podobnie mało prawdopodobnych zachowań w przeszłości. Na podstawie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że zachowania ww. wykonawców, jakie miały miejsce w postępowaniu, wskazywały na zaistnienie zjawiska wymiany istotnych informacji gospodarczych, co zaowocowało procederem rozstawiania ofert, w wyniku którego zamawiający musiałby wybrać jako najkorzystniejszą ofertę droższą. Izba stwierdziła, że zamawiający nie złożył wprawdzie Izbie bezpośredniego dowodu w postaci pisemnego porozumienia, jednakże nie było sporne między stronami, że w tego rodzaju sprawach pozyskanie takiego dowodu jest najczęściej niemożliwe, a wykazanie zmywy przetargowej opiera się zazwyczaj na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych.

Jak wynika z powyższego, obowiązek wykazania wiarygodnych przesłanek przemawiających za zawarciem przez wykonawców porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencję często oznacza konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego wnikliwego postępowania wyjaśniającego celem ustalenia wszystkich istotnych okoliczności faktycznych i pozyskania potwierdzających te okoliczności środków dowodowych.

W wyroku z dnia 1 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 153/23) Izba zauważyła, że art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, ale umożliwiającym wykonawcom ekskulpację poprzez wykazanie, że oferty lub wnioski przygotowali niezależnie od siebie. W związku z tym udowodnienie przez zamawiającego wiarygodnych przesłanek potwierdzających zawarcie niedozwolonego porozumienia nie będzie wystarczające do uznania prawidłowości czynności wykluczenia wykonawców, jeżeli zamawiający nie umożliwi tym wykonawcom wykazania, że oferty lub wnioski przygotowali niezależnie od siebie.

Natomiast w sprawach o sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23 oraz KIO 622/23 (wyrok z dnia 4 kwietnia 2023 r.) pod ocenę Izby została poddana kwestia przynależności do tej samej grupy kapitałowej (na gruncie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) dwóch wykonawców prowadzących jednoosobowe działalności gospodarcze (dalej jako „Wykonawca C” oraz „Wykonawca D”). Izba zauważyła, że jak wynika z definicji zawartej w art. 4 pkt 14 u.o.k.i.k. pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób

bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. W związku z tym, w celu stwierdzenia przynależności do grupy kapitałowej, niezbędne jest stwierdzenie kontroli jednego przedsiębiorcy nad innym/innymi przedsiębiorcami. Natomiast przejęcie kontroli zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k. jako wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców wskazując potencjalne sytuacje, gdy możemy mieć do czynienia z takim zjawiskiem (katalog otwarty). Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że okoliczności, na które powoływali się odwołujący, nie potwierdzają przynależności do tej samej grupy kapitałowej. W ocenie składu orzekającego Izby zostało wykazane, że Wykonawca C oraz Wykonawca D współpracują ze sobą, jednakże są to legalne formy współpracy, przy wykorzystaniu m.in. narzędzi wynikających z ustawy Pzp. Wśród argumentów przedstawionych w uzasadnieniu wyroku można przywołać następujące:

- okoliczność występowania przez przedsiębiorców w relacji wykonawca – podwykonawca i w konsekwencji fakt wystawiania przez wykonawcę na rzecz podwykonawcy referencji nie przesądza o kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim;
- wzajemne korzystanie z zasobów wiedzy czy doświadczenia, jak również wzajemne udostępnianie sprzętu, stanowią powszechne praktyki w ramach współpracy pomiędzy wykonawcami, które nie mogą być uznane za niezgodne z przepisami ustawy Pzp,
- wspólne miejsce prowadzenia działalności nie stanowi wystarczającej przesłanki do stwierdzenia, że mamy do czynienia z grupą kapitałową,
- powiązania rodzinne między wykonawcami nie przesądza o występowaniu pomiędzy nimi kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.i.k.

Nie zostało wykazane, aby fakt posiadania przez Wykonawcę D 5% udziałów w spółce z o.o. (w której 95% udziałów posiada Wykonawca C, będąc jednocześnie prezesem zarządu tej spółki), był źródłem uprawnień dla Wykonawcy C do wywierania wpływu na prowadzenie działalności gospodarczej przez Wykonawcę D.

Rozpoznając zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba dokonywała również analizy takich zagadnień jak:

- 1) wystąpienie zmywu przetargowej w innym postępowaniu niż to, w którym następuje wykluczenie wykonawcy;
- 2) pojęcie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia i w konsekwencji sposób liczenia okresu, na który następuje wykluczenie wykonawcy;
- 3) obowiązek wykonawcy poinformowania zamawiającego o wydaniu w stosunku do niego decyzji potwierdzającej fakt zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencję. Ww. zagadnienia były przedmiotem analizy składów orzekających Izby w

sprawach o sygn. akt KIO 1203/23 (wyrok z 28 lipca 2023 r.) oraz KIO 3849/23 (wyrok z 15 stycznia 2024 r.).

Ad 1) W sprawie o sygn. akt KIO 1203/23 Izba przedstawiła stanowisko będące odpowiedzią na pytanie, czy na gruncie oceny podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający powinien brać pod uwagę zdarzenia mające miejsce wyłącznie w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czy także w innych postępowaniach. Izba stwierdziła, że z brzmienia przepisów ustawy Pzp i dyrektywy 2014/24/UE nie wynika, aby zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp (mając na uwadze art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE) za porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, które zostały zawarte w związku z innymi niż aktualnie prowadzone przez tego zamawiającego postępowanie, w tym za zminy dotyczące przetargów poza reżimem zamówień publicznych. Izba zauważyła, że już z brzmienia art. 111 ustawy Pzp wynika, że spośród wszystkich podstaw wykluczenia tylko te dwie, na które wskazano w pkt 7, zostały uznane przez krajowego ustawodawcę za sytuacje, gdzie wykluczenie następuje wyłącznie w postępowaniu, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia. Z kolei z art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE wprost wynika, że dla zastosowania podstaw wykluczenia, zarówno tych obligatoryjnych, jak i fakultatywnych, nie ma znaczenia, czy działanie lub zaniechanie wykonawcy miało miejsce w trakcie danego postępowania, czy jeszcze przed jego wszczęciem.

W sprawie o sygn. akt KIO 3849/23 Izba powołała się na stanowisko Komisji Europejskiej przedstawione w „Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących do zwalczania zmyw przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstaw wykluczenia związanych ze zmywą” (Dz.Urz.UE C z dnia 18 marca 2021 r. 2021/C 91/01), zgodnie z którym: *„przy ocenianiu uczciwości lub rzetelności oferenta w świetle art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy instytucja zamawiająca jest uprawniona do wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności faktycznych świadczących o dopuszczaniu się zachowań antykonkurencyjnych przez tego oferenta, niezależnie od tego, czy miało to miejsce w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też w ramach innego, aktualnego lub wcześniejszego, postępowania. W art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy nie sprecyzowano, czy okoliczności faktyczne stanowiące podstawy wiarygodnych przesłanek świadczących o wystąpieniu zminy muszą dotyczyć toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też mogą odnosić się do innych (aktualnych lub wcześniejszych) postępowań, postępowań toczących się w innym sektorze gospodarki lub postępowań prowadzonych w sektorze prywatnym. Przeciwnie, w art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy wprost potwierdzono, że instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę "czyny popełnione lub czynności zaniechane zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie". W związku z powyższym przy ocenianiu*

rzetelności oferenta w ramach toczącego się postępowania instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wcześniejszą decyzję innej instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub decyzję organu ochrony konkurencji bądź wyrok sądu krajowego, na mocy których wykonawca lub członek jego zarządu lub jego pracownik zostali uznani za winnych zмовy w kontekście wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia”.

Ad. 2) Zgodnie przepisem art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje: w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Na tle ww. przepisu powstały wątpliwości co do sposobu rozumienia pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, tj. czy okres 3 lat, o którym mowa w tej regulacji, należy liczyć od zawarcia przez wykonawców niedozwolonego porozumienia czy od stwierdzenia tego faktu przez właściwy organ. Rozstrzygając ww. kwestię w sprawie KIO 3849/23 skład orzekający Izby odwołał się do stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zaprezentowanego w wyroku z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH i opowiedział się za poglądem, zgodnie z którym ww. okres należy liczyć od stwierdzenia faktu zawarcia porozumienia przez właściwy organ. Zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4. Jak zauważyła Izba, w ww. wyroku Trybunał doprecyzował rozumienie pojęcia „data odnośnego zdarzenia” wskazując, że odpowiada ono dacie, w której właściwy organ wydał decyzję dotyczącą niezgodnego z prawem zachowania wykonawcy. W ocenie Trybunału liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagi na troskę o przewidywalność i pewność prawa.

Ad. 3) W obydwu ww. sprawach składy orzekające Izby uznały, że w sytuacji wydania względem wykonawcy decyzji potwierdzających zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję na wykonawcy spoczywa obowiązek poinformowania o tym fakcie zamawiającego. W sprawie KIO 1203/23 Izba powołała się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie przedstawione w uzasadnieniu wyroku z 30 marca 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 5/23), zgodnie z którym „w ocenie Sądu nie można tracić z pola widzenia, że zamawiający zobligowany jest do wykazania podstaw wykluczenia poprzez obiektywne i wiarygodne środki dowodowe. Zatajanie zatem przez skarżącego zarówno we wcześniejszym a co najważniejsze

w tym konkretnym postępowaniu okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem przez sądem antymonopolowym w istocie rzeczy uniemożliwiło zamawiającemu zastosowanie sankcji wykluczenia. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący miał obowiązek w dokumencie JEDZ odpowiedzieć „tak” na wskazywane już powyżej pytania, czego nie uczynił. Izba słusznie uznała, że skarżący odpowiadając „nie” samodzielnie dokonał oceny uwzględniającej własną indywidualną wykładnię przepisów dotyczących podleganiu przez niego bądź nie podstawom wykluczenia a zatem stał się niejako „sędzią we własnej sprawie”. Niemniej jednak oczywiste jest, na co wskazuje także skarżący, że taka ocena należy do zamawiającego, nikogo innego. (...) Nie może w ocenie Sądu dojść do sytuacji, w której to wykonawca niejako samodzielnie wylicza czy upłynął okres wykluczenia czy nie. Dowolność stosowanych wykładni przeczy zachowaniu uczciwej konkurencji, którą ma zapewniać w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, gdyż niewątpliwie każdy z wykonawców byłby w stanie zastosować własną i korzystną dla niego wykładnię przepisów, i w istocie rzeczy uniknąć wykluczenia.”

W sprawie o sygn. akt KIO 3849/23 Izba stwierdziła zaniechanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przekazania zamawiającemu informacji o wydaniu wobec jednego z nich dwóch decyzji potwierdzających, że ten wykonawca dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Powyższe skutkowało uznaniem przez Izbę, że w związku ze ziszczeniem się wszystkich przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wobec tych wykonawców zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania uregulowana w tym przepisie. Izba zauważyła, że zatajenie powyższej informacji odbiega w sposób znaczący od właściwego modelu postępowania w przetargach publicznych. Izba wskazała, że model ten oparty jest w pierwszej kolejności na obowiązku wykonawcy ujawnienia wszystkich okoliczności związanych z jego rzetelnością, w tym m.in. okoliczności, które mogą skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Ma on na celu odpowiednią weryfikację działalności wykonawcy przez zamawiającego tak, aby dbając o właściwe gospodarowanie środkami publicznymi, dążył do wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia (por. wyrok KIO z 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19). Izba stwierdziła, że zarówno stanowisko wykonawców w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego dotyczące zaniechania przekazania w dokumencie JEDZ informacji o dwóch decyzjach Prezesa UOKiK, jak również argumentacja zamawiającego o odmiennej interpretacji przepisów ustawy Pzp i intencjach ustawodawcy, w żaden sposób nie niweluje stopnia naganności zachowania wykonawców. W ocenie składu orzekającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni poinformować zamawiającego o fakcie wydania wobec jednego z nich decyzji Prezesa UOKiK, także w sytuacji posiadania

wątpliwości co do zakresu zastosowania podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na problematyczne zagadnienie, które ujawniło się m.in. w sprawie rozpoznanej pod sygn. akt KIO 2801/23. W uzasadnieniu wyroku z dnia 6 października 2023 r. Izba wyjaśniała, dlaczego odwołanie podlegało oddaleniu w całości, pomimo uznania zasadności zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba wskazała, że konieczność takiego rozstrzygnięcia wynika z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Izba uwzględnia zatem odwołanie tylko wtedy, gdy stwierdzone naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, czyli na wybór oferty. Izba wskazała, że w tym przypadku unieważnienie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego nie miałyby wpływu na wynik postępowania, gdyż wobec oddalenia pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu, nadal najkorzystniejszą pozostaje oferta innego wykonawcy. Analogiczna sytuacja może wystąpić w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy także na innej podstawie prawnej, w odniesieniu do której – w przeciwieństwie do podstawy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – Izba stwierdzi zgodność działania zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Uznanie zasadności zarzutu nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, wobec uznania prawidłowości odrzucenia oferty tego wykonawcy na innej podstawie prawnej, nie będzie mieć wpływu na wynik postępowania. Jeżeli zamawiający z własnej inicjatywy nie unieważni swojej czynności, w obrocie prawnym pozostanie czynność zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W tego rodzaju sytuacjach wykonawca, którego taka czynność dotyczy, będzie musiał powoływać się na przedstawione przez Izbę uzasadnienie wyroku oddalającego odwołanie w całości.

Zagadnień związanych z podstawą wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jest wiele i są one różnorodne. W związku z tym przedstawienie ogólnego podsumowania dotyczącego wszystkich tych zagadnień byłoby bardzo trudne. Należy jednak zauważyć, że w przypadku spraw, w których stawiany jest zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, istotne znaczenie ma aspekt dowodowy, tj. wykazanie zaistnienia wiarygodnych przesłanek potwierdzających zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Wymaga podkreślenia, że bardzo istotną rolę odgrywa tu zamawiający, który ma największe możliwości zebrania przekonywującego materiału dowodowego. To od aktywności

zamawiającego w tym zakresie będzie często zależec ostateczne stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

3. Zmiany dotyczące polegania na zasobach podmiotu trzeciego

Problematyka powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożona i budzi wątpliwości uczestników rynku, wobec czego niejednokrotnie jest przedmiotem sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą. Spory na tym tle koncentrują się wokół szeregu zagadnień, a jednym z nich jest kwestia dopuszczalności dokonywania zmian dotyczących polegania na zasobach podmiotu trzeciego po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert, możliwość dokonania późniejszych zmian w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego w stosunku do zadeklarowanego w ofercie (lub JEDZ) jest ściśle ograniczona, a granice jej dopuszczalności wyznacza art. 122 i 123 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ustawodawca uznaje zatem za dopuszczalne zastąpienie podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołano się składając ofertę innym podmiotem (podmiotami) w konkretnej sytuacji, tj. w przypadku gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. W takim przypadku możliwa jest zmiana deklaracji dotyczącej polegania na zasobach podmiotu trzeciego, ale tylko w dwojaki sposób: albo przez zastąpienie pierwotnie wskazanego podmiotu innym podmiotem (podmiotami), albo przez rezygnację z polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Zmiana taka możliwa jest tylko jednokrotnie. W orzecznictwie szczególnie akcentuje się konieczność respektowania zasady jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, z uwzględnieniem wzajemnej relacji art. 122 ustawy Pzp i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt KIO 431/23, Izba uznając, że przystępujący nie wykazał, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu X, a w konsekwencji nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 oraz art. 122 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. Izba zauważyła, że „w sytuacjach jak opisana powyżej,

znajduje również zastosowanie przepis art. 122 ustawy Pzp. Jednakże, jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby przepis art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podstawy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Sposób uzupełnienia tych środków dowodowych należy do wykonawcy, jednakże aktualna pozostaje wypracowana na gruncie uprzednio obowiązującego stanu prawnego zasada, że w określonym zakresie (a nie w odniesieniu do konkretnego dokumentu) wykonawcy przysługuje jednokrotne prawo uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. W związku z powyższym podstawą wystosowania do przystępującego wezwania winien być również art. 122 ustawy Pzp.” Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 981/23.

Również w wyroku KIO z dnia 5 października 2023 r., sygn. akt KIO 2719/23, wskazano, że „przepis art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do podstawy wezwania określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten określa jedynie, w jaki sposób wykonawcy, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów udostępniających zasoby, mogą odpowiedzieć na wezwanie skierowane do nich w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem przedstawionym przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która pozostaje aktualna po wejściu w życie ustawy Pzp, gdyż art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 ustawy z 2004 r. odpowiadają treści przepisów art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Urząd zwrócił uwagę między innymi, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie dubluje zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp - nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (reguła jednokrotnego wezwania).”

W kontekście ww. zasady jednokrotności wezwania Izba stwierdziła, iż „Nietrafione są wywody odwołującego odnoszące się do tego, że zamawiający w treści informacji o odrzuceniu jego oferty wskazał jedynie na brak możliwości zastosowania art. 122 ustawy Pzp, który dotyczy zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, nie odnosząc się w ogóle do kwestii art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej przepis art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do podstawy wezwania określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei okoliczność, że odwołujący samodzielnie dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby powoduje, że wyczerpana została w tym przypadku procedura, umożliwiająca uzupełnienie przedmiotowych

środków dowodowych dla podmiotu trzeciego. Jak trafnie również wskazał przystępujący przyjęcie innego stanowiska oznaczałoby, że wykonawca ubiegając się o zamówienie i powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, mógłby dowolną ilość razy dokonywać zmiany takiego podmiotu. Jeśli dokumenty przedkładane dla tego podmiotu byłyby niekompletne czy zawierały błędy, zamawiający musiałby wzywać takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.”

Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, że zmiana dokonywana przez wykonawcę w następstwie wezwania z art. 122 ustawy Pzp nie może stanowić ingerencji w zadeklarowany na etapie składania ofert zakres polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Jak wskazano w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23 *„przepis ten ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy konieczne staje się zastąpienie podmiotu trzeciego na inny z tej przyczyny, że ten udostępniający swoje zasoby nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W tym przypadku warunek opisany w SWZ został jednak spełniony. Tym samym przepis nie ma zastosowania, nie można go bowiem czytać w sposób rozszerzający tj., że daje on możliwość nie tylko zmiany w zakresie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ale też w zakresie przedmiotu deklarowanego udostępnienia (w tym wypadku rozszerzenia zakresu, w jakim podmiot trzeci zadeklarował udostępnienie swoich zasobów).”*

Powyższe wynika z art. 123 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Jest to przepis nowy, wprowadzony ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, stanowiący wypadkową poglądów prezentowanych w orzecznictwie Izby na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy oraz wytycznych wynikających z wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu (EU:C:2017:338), w którym stwierdzono, iż przepisy dyrektywy stoją na przeszkodzie temu, *„by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.”*

Ustawodawca, mając powyższe na względzie zdecydował się wprost uregulować granice pomiędzy zakazem dokonywania zmian treści oferty po upływie terminu składania ofert a możliwością zmiany sposobu wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału

w postępowaniu dopuszczoną w art. 122 ustawy Pzp (poprzednio art. 22a ust. 6 ustawy Pzp z 2004 r.).

Wykładni art. 123 ustawy Pzp dokonano m.in. w wyroku z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1627/23, w którym Izba wskazała: *„Przepis art. 123 ustawy zakazuje powoływania się na zdolności lub sytuację innych podmiotów po upływie terminu składania ofert, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Co to są zdolności, a co to jest sytuacja wyjaśnia art. 118 ust. 1 ustawy, bo przez zdolności rozumie się tam zdolności techniczne lub zawodowe, a przez sytuację – sytuację ekonomiczną lub finansową. Zdolności i sytuacje są to zasoby, które mogą być udostępniane przez podmioty trzecie. Z kolei, czym jest dany zakres zdolności w ocenie Izby wyjaśnia art. 118 ust. 4 ustawy określający elementy, jakie powinno zawierać zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób i są to: 1) Zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, czyli w tym przypadku zakres udostępnianego doświadczenia zawodowego, 2) Sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia, 3) Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z przywołania treści art. 118 ust. 4 wynika, że zakres zasobu, to tylko pkt. 1 ust. 4 art. 118 ustawy, zaś pkt. 2 i 3 dotyczą sposobu wykorzystania zasobu przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby oznacza to, że (...) granice niezmienności udostępnienia wyznacza zakres zdolności, a nie zakres wykorzystania zasobu przy realizacji zamówienia, choć dla realnego przekazania zasobu zakres zasobu i zakres udziału w realizacji zamówienia powinny sobie odpowiadać.”*

W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę, że z art. 123 ustawy Pzp wynikają dwa istotne ograniczenia dla wykonawców: po pierwsze nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w przypadku, gdy składając ofertę wykonawca zadeklarował, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a po drugie nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie.

Do pierwszej z ww. sytuacji odnosi się m.in. wyrok z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1189/23. W tej sprawie Izba dokonała oceny sytuacji, w której odwołujący w załączonym do oferty dokumencie JEDZ na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (...)” udzielił odpowiedzi „Nie” i nie dołączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, a następnie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej przedłożył wykaz usług, w którym wskazał własne doświadczenie oraz usługę

zrealizowaną przez podmiot trzeci. W takich okolicznościach stanu faktycznego Izba stwierdziła, iż „Powodem (...) wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było to, że odwołujący celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy zgodnie ze złożoną wraz z ofertą deklaracją zamierzał zrealizować zamówienie samodzielnie i nie zamierzał polegać na zasobach podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji nie ma znaczenia okoliczność, że łączne doświadczenie odwołującego i ww. podmiotu spełniać mogło warunek udziału w postępowaniu (...) – Odwołujący składając ofertę oświadczył, iż nie polega na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, a deklaracja ta była dla niego wiążąca. Tym samym nie mógł on na dalszym etapie postępowania powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Zakaz taki wynika wprost z art. 123 ustawy Pzp (...). Nawet jeśli deklaracja złożona przez Odwołującego wraz z ofertą była wynikiem błędu, to wyłącznie Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje niedochowania należytej staranności podczas składania oferty. To wykonawca - jako podmiot profesjonalny – jest odpowiedzialny za prawidłowe i odpowiadające wymaganiom SWZ i ustawy Pzp złożenie wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, w tym ich jednoznaczność i precyzyjność.”

Izba w ww. sprawie zwróciła także uwagę, że zmiana oświadczenia w JEDZ o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego nie ma marginalnego znaczenia, natomiast stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Izba podkreśliła, że zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozszerzony. Deklaracja Odwołującego o tym, że zamówienie zrealizuje samodzielnie i nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego wiąże go w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, iż „O nieprawidłowym rozumieniu przez Odwołującego instytucji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego świadczy również twierdzenie Odwołującego, iż jest on w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, a z doświadczenia podmiotu trzeciego korzysta jedynie w związku z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Izba wskazuje, iż ustalone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu stanowią minimalne poziomy zdolności wymagane od wykonawców, mające gwarantować należyłą realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeśli Odwołujący twierdzi, że jest w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, to powinien wskazać w wykazie usług wyłącznie doświadczenie własne. Jeżeli zaś Odwołujący zamierzał korzystać z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po pierwsze powinien złożyć taką deklarację już na etapie składania ofert, po drugie zaś powinien mieć na uwadze art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że w

odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W świetle tego przepisu Odwołujący powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego powinien więc zagwarantować realne uczestnictwo tego podmiotu w realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie twierdzić, że wykona je samodzielnie.”

Z kolei w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 284/23 Izba dokonała oceny drugiego przypadku – tj. sytuacji, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, doszło do rozszerzenia zakresu powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego względem zadeklarowanego w ofercie. W ww. sprawie okoliczność, że złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby wraz z informacją o powierzeniu wykonania części zamówienia podmiotowi udostępniającemu zasoby nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w robotach budowlanych, nie była sporna. Zamawiający uznał dokumenty dotyczące podwykonawcy (podmiotu udostępniającego zasoby) za nieprawidłowe i wezwał wykonawcę do uzupełnienia, a wezwanie to nie zostało zaskarżone. Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca znacząco rozszerzył zakres robót, które miałby wykonywać jako podwykonawca – podmiot udostępniający zasoby, w stosunku do tych wskazanych w ofercie, zmieniając pierwotnie wskazane prace wykończeniowe na roboty budowlane polegające na wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych, dociepleniu ścian zewnętrznych, wykonaniu rozbiórki, wykonaniu ścian wewnętrznych, wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończeniu wnętrz, co w ocenie Izby doprowadziło do istotnej zmiany zakresu robót, nie było bowiem wątpliwości, że nowe roboty nie mieszczą się w kategorii prac wykończeniowych.

W uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba zwróciła uwagę, iż *„wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który użycza wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane.”* Izba wskazała, iż *„dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p. (...). Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 p.z.p (...). Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający - po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę, 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie*

terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji - przeciwnie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych podwykonawcy, który udostępni zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy (...) o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p.”

Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, gdzie ocenie Izby podlegała sytuacja, w której odwołujący w formularzu oferty oraz dokumentach złożonych wraz z ofertą skonkretyzował zakres, w jakim zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, przy czym zakres ten ograniczył w stosunku do tego, jaki wynikał z brzmienia warunku udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano: *„Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który zdaje się bagatelizować treść Formularza oferty, w tym złożone w nim jednoznaczne w swej treści oświadczenia co do zakresu, w jakim zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego, i spójny z tym oświadczeniem w swojej treści, złożony wraz z ofertą, dokument w postaci zobowiązania (...) określającego w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować prace objęte przedmiotem zamówienia. Trafne są z kolei spostrzeżenia i wywód zamawiającego zawarty w piśmie informującym (...) o odrzuceniu jego oferty, który wskazuje, że skoro odwołujący deklaruje, że wykona swoje zamówienie z udziałem podwykonawcy, który będzie udostępniał mu swoje zasoby w takim zakresie, w jakim zostało to wskazane w treści Formularza oferty, a zakres ten ogranicza się wyłącznie do uruchomienia, to nie jest możliwe późniejsze rozszerzenie zakresu tego podwykonawstwa a w konsekwencji zadeklarowanie, że inny podmiot, którym ma zamiar zastąpić ten wskazany przez niego w ofercie - zrealizuje większą, niż pierwotnie deklarowana część zamówienia.”*

Izba szczególnie podkreśliła fakt, że *„w świetle art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria*

selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania (...). W istocie czynność ta prowadziłyby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało w jaki sposób Konsorcjum (...) zrealizuje zamówienie. Izba nie podziela w tym zakresie oceny odwołującego, który uznaje dokonanie takiej zmiany za dopuszczalną i opartą na treści wskazywanych przez niego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym przypadku dokonaną w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.”

Jeszcze w innym aspekcie kwestię dopuszczalności zmian w zakresie powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego rozstrzygnęła Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 827/23. W tej sprawie wykonawca składając ofertę powołał się na zdolności dwóch podmiotów, niemniej uczynił to w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia), a nie zdolności technicznej (dysponowania odpowiednim sprzętem), której dotyczył jeden z warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu sprzętu, wykonawca wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim sprzętem powołując się na zasoby jeszcze innego podmiotu. Izba w okolicznościach tego stanu faktycznego wskazała, iż „zgodnie z art. 125 ust. 3 i art. 123 ustawy Pzp, wykonawca składa oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i nie może powoływać się na zasoby udostępniane przez inne podmioty, jeżeli w danym zakresie nie polegał na ich zdolnościach w chwili składania ofert. Innymi słowy: wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu już w dniu składania ofert (zupełnie inną kwestią jest to, że dokumenty to potwierdzające muszą być aktualne również w późniejszym terminie), a ponadto - jeżeli składając ofertę wykonawca nie wskazał na to, że w danym zakresie będzie korzystał z zasobów udostępnionych przez inny podmiot, to nie może następnie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie powołać się na korzystanie z zasobów takich podmiotów. (...)

przystępujący składając ofertę nie powołał się na zasoby innych podmiotów w zakresie zdolności technicznej, tj. w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem. Tym samym po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest uznanie, że wykazał on spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu dzięki korzystaniu z zasobów podmiotu (...) czy jakiegokolwiek innego. Oznacza to, że zamawiający niezasadnie przyjął, że przystępujący spełnił ww. warunek i w tych okolicznościach niezasadnie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.”

Z kolei w wyroku z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3909/23, Izba wskazała na różnice pomiędzy dopuszczalnością zmian w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego a dopuszczalnością zmian w zakresie podwykonawstwa podmiotu, który nie jest podmiotem udostępniającym zasoby. W okolicznościach stanu faktycznego tej sprawy doszło do zmian zakresu podwykonawstwa podmiotu, na którego zasoby się powołano, niemniej zakres ten został rozszerzony o inne niż objęte warunkiem udziału w postępowaniu, dodatkowe prace. Odwołanie zostało oparte m.in. na okoliczności, iż doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty przystępującego po upływie terminu składania ofert w zakresie dotyczącym podwykonawstwa, a ponadto ze zmian zakresu podwykonawstwa dotyczących podmiotu wskazanego w ofercie jako udostępniający zasoby odwołujący wywodził również niespełnienie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu. W orzeczeniu tym Izba omówiła szerzej kwestie dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, w tym charakteru deklaracji składanych przez wykonawcę w ofercie oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia z udziałem podmiotów trzecich, na których zdolności się powołano. Izba w szczególności zwróciła uwagę, że w przypadku polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego *„to podmiot udostępniający zasoby będzie musiał zrealizować daną część zamówienia, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga bowiem, aby podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wykonał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (...) w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego zdefiniowany w ofercie zakres udostępnienia zasobów będzie miał znaczenie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i podlegać będzie ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Innymi słowy nie może dojść do sytuacji, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Mieć na uwadze w tym przypadku należy także art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczone w ofercie. Tym samym w kontekście udziału*

podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia kluczowe jest to czy w ofercie zadeklarowano udział tego podmiotu w pełnym zakresie, jaki jest konieczny z perspektywy warunku udziału w postępowaniu, w celu spełnienia którego powołano się na zdolności podmiotu trzeciego. Powyższe nie oznacza jednak, że wykonawca nie może podjąć decyzji, aby powierzyć temu podmiotowi podwykonawstwo również innych, dodatkowych zadań, do których nie odnosił się warunek udziału w postępowaniu.” Izba podkreśliła, iż w okolicznościach stanu faktycznego sprawy „sam fakt rozszerzenia zadań, jakie wykonać miałby podmiot udostępniający zasoby w ramach podwykonawstwa, nie jest równoznaczny z tym, że określony w ofercie zakres polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie gwarantował dostępu do tych zasobów w zakresie niezbędnym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

Podsumowując powyższe, analiza bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że prezentowane poglądy w zakresie wykładni art. 122 i 123 ustawy Pzp są jednolite oraz zbieżne z wytycznymi wynikającymi z orzeczenia TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu. Największą trudność po stronie wykonawców zdaje się sprawiać zachowanie właściwej korelacji pomiędzy składanymi na etapie ofertowania deklaracjami dotyczącymi zamiaru polegania na zasobach podmiotu trzeciego a następczym wykazywaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu potencjału innych podmiotów. Kluczowe jest zatem, aby wykonawca już na etapie ofertowania dokładnie przemyślał, w jaki sposób wykazywał będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w jakim zakresie polegał będzie na zdolnościach podmiotu trzeciego, a w konsekwencji również, w jakim zakresie podmiot ten uczestniczył będzie w realizacji zamówienia, a następnie odzwierciedlił to w sposób należyty w składanych oświadczeniach i podmiotowych środkach dowodowych. Z kolei zamawiający powinni dochować należytej staranności weryfikując, czy ta właściwa korelacja została zachowana i czy ewentualne zmiany odnoszące się do polegania na zasobach podmiotu trzeciego zaistniałe w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie stoją w sprzeczności z art. 123 ustawy Pzp.

4. Istotna część składowa ceny lub kosztu

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że zamawiający może badać pod kątem wystąpienia ceny rażąco niskiej nie tylko cenę całkowitą lub koszt, ale również istotne części składowe ceny lub kosztu. Możliwość kwestionowania elementów składowych ceny budzi duże zainteresowanie wśród wykonawców i jest wykorzystywana jako narzędzie mające umożliwić eliminację konkurencyjnych wykonawców przez podnoszenie zarzutów dotyczących pojedynczych cen jednostkowych lub pojedynczych elementów składowych zamówienia. Często wykonawcy w odwołaniach oczekują zbadania kilkunastu z

kilkudziesięciu cen, przedstawiając zestawienia tabelaryczne porównujące różnice w cenach poszczególnych wykonawców mające wskazywać na rażące zaniżenie ceny u zwycięskiego wykonawcy w tych właśnie pozycjach, mimo tego, że cena całkowita oferty wybranej nie odbiega w sposób znaczący od ubruttowionej wartości zamówienia czy też od średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert, czy też od ofert najbardziej zbliżonych do siebie cenowo.

Z tego względu konieczne jest ustalenie następujących okoliczności:

1. Czy przepis art. 224 ust. 1 ustawy pozwala na badanie każdej składowej ceny bez względu na to, czy jej potencjalne zaniżenie wywiera jakikolwiek skutek na wartość ceny całkowitej oferty.
2. Kiedy część składowa ceny lub kosztu jest istotna.
3. Jakie znaczenie dla badania rażąco niskiej istotnej części składowej ma charakter wynagrodzenia.
4. Kiedy można uznać, że istotność części składowej ceny została ustalona.

W roku 2023 Krajowa Izba Odwoławcza w licznych wyrokach wypowiadała się na temat charakteru i znaczenia istotnej części składowej udzielając odpowiedzi na wskazane wyżej zagadnienia prawne. Izba w tym zakresie uwzględniała dorobek Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, wpisując się w swoich orzeczeniach w rozstrzygnięcia organu drugiej instancji, który w wyroku z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22 wskazał, że *„Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. (...)”*. Z orzeczenia tego wynika, że zasadą jest badanie ceny całkowitej oferty pod kątem możliwości jej rażącego zaniżenia.

Dalej Sąd Zamówień Publicznych zauważa, że *„Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty. Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, do części zamówienia co którego odnosi się skarga ofertę złożyło 7 wykonawców. Złożone przez nich oferty, oprócz oferty (...) nie odbiegały znacząco od wartości oszacowanej przez zamawiającego. Logicznym jest w ocenie Sądu, że każdy z wykonawców poczynił wyliczenia na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy też założeń. Nie sposób z różnic w wartościach złożonych ofert wywieść, że oferta niższa niż wskazana przez skarżącego (...) jest ofertą nierynkową. Sąd Okręgowy podziela przy tym stanowisko zamawiającego, że różnica w*

cenie oferty podyktowana jest pozycją każdego z wykonawców na odpowiednim rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy.”

W podobny sposób ujmuje te kwestie orzecznictwo Izby, która zajęła następujące stanowisko:

- Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 185/23

„Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby oceny tej nie należy dokonywać wyłącznie na podstawie określania stosunku danej części składowej ceny do ceny oferty, a istotną częścią składową zaoferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp jest nie tylko taka część składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składowa ceny oferty, będąca ceną (wynagrodzeniem) za spełnienie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. (...) żądanie (...) wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny powinno być poprzedzone analizą, które części składowe ceny stanowią istotne części składowe, a samo żądanie powinno dotyczyć wszystkich części składowych ceny, które Zamawiający uznał za istotne części składowe.”

- Wyrok z dnia 15 września 2023 r. Sygn. akt: KIO 2524/23 KIO 2531/23

„W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny przede wszystkim wskazać należy, że rażąco niska wycena pojedynczych elementów przedmiotu zamówienia może uzasadniać odrzucenie oferty jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. Przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp należy bowiem interpretować z uwzględnieniem treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego wątpliwości co do realności części składowych ceny uzasadniają wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy części te mają charakter istotny. Skoro ustawodawca zdecydował się objąć obowiązkiem wyjaśnień tylko takie części składowe ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że elementy o charakterze nieistotnym nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.”

Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Obaj Odwołujący, zmierzając do wykazania, że zaoferowane przez Przystępującego ceny za usługi mycia i przestawiania koszy powinny skutkować odrzuceniem oferty, nie przedstawili żadnego uzasadnienia na okoliczność istotności tych cen.

Izba stwierdziła, że ceny za usługi mycia koszy oraz usługi przestawiania koszy nie są istotne ani pod względem wartościowym, ani merytorycznym i ilościowym. *„W tym miejscu Izba zbadała udział wartościowy spornych pozycji w cenie całkowitej u przystępującego,*

odwołujących i w kosztorysie zamawiającego i ustaliła znikomy udział wartościowy tych cen. Izba oceniła również istotność merytoryczną części składowej wskazując „Mycie i przestawianie koszy to czynności dodatkowe o charakterze jedynie pomocniczym, a ich prawidłowe wykonanie nie warunkuje osiągnięcia zasadniczego celu zamówienia. Co więcej, są to czynności wykonywane sporadycznie w porównaniu do głównych usług realizowanych przez wykonawcę”. Izba doszła również do przekonania, że „o istotnym charakterze stawek za mycie i przestawianie koszy nie może świadczyć okoliczność, że Zamawiający objął te usługi zakresem zamówienia i wymagał ich wyceny w ofercie. Przyjęcie takiego założenia prowadziłoby do nieracjonalnego wniosku, że każdy element przedmiotu zamówienia, którego realizacji Zamawiający wymaga, ma z definicji charakter istotny. Ponadto wyodrębnienie ceny jednostkowej w ofercie nie przesądza jej istotności, a służy do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, które określane będzie na podstawie liczby zrealizowanych zleceń za poszczególne rodzaje usług (§ 4 ust. 4 wzoru umowy).”

- Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3159/23

„Skład orzekający zauważa przy tym, że o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć wyłącznie różnice między zaoferowaną ceną, a wartością pozostałych ofert jakkolwiek okoliczności takie mogą być argumentem potwierdzającym konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, co w sprawie rozpatrywanej zostało wykonane. Nie bez znaczenia są także relacje wartościowe kwestionowanych pozycji cenowych do ceny oferty jako całości. Jak słusznie zauważył zamawiający, wymienione przez odwołującego pozycje RCO stanowią 0,01% w przypadku dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk oraz 0,25% w przypadku „wzmocnienia podtorza”. Analogicznie w ofercie odwołującego stanowią one odpowiednio 0,39% oraz 0,61% wartości Jego oferty. Zakładając zatem, że o istotnej części składowej ceny oferty w znaczeniu przydanym jej w art. 224 ust. 1 ustawy pzp można twierdzić w oparciu o miernik wartości takiej części, oczywisty jest wniosek, że taką składową owe części nie są. Alternatywnie jednak można przyjąć miernik nie wartościowy lecz miernik znaczenia i istotności części ocenianej z punktu widzenia jej niezbędności i konieczności zaistnienia dla funkcjonowania przedmiotu zamówienia. W tym względzie ocena jest znacząco utrudniona, bowiem przyjąć należy, że przedmiot zamówienia ze wszystkim jego składowymi jest niezbędny, czyli nie ma w swoim składzie elementów zbędnych. Należy wskazać też, że przedmiotowe elementy srk nie były wyceniane całościowo, zatem wnioski o zniżeniu ceny wyłącznie w obszarze elementów zewnętrznych w sytuacji, gdy pozostałe były przez wykonawcę wycenione nawet wyżej niż w ofercie odwołującego, co w efekcie nie może prowadzić do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny i uznania że te wskazane wybiórczo elementy systemu srk miałyby być traktowane jako istotny element zamówienia decydujący o braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.”

- Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3533/23

„Przy braku jakiegokolwiek argumentu wskazującego na istotność wybranej pozycji z RCO dla ceny całkowitej oferty, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż to wycena tej pozycji miała przesądzać o rażąco niskiej cenie całej oferty. Niezależnie od wielu różnic w wycenie poszczególnych pozycji RCO, na cenę oferty składała się wycena wszystkich pozycji, które wyłącznie w sposób ogólny prezentowały najważniejsze elementy wyceny. Odwołujący nie przedstawił dowodu, który podważałby ocenę oferty, w tym również wskazywał na rzekome przeniesienia kosztów do innej pozycji RCO, czy też brak uwzględnienia w wycenie całości prac. Jedynym argumentem mającym potwierdzać słuszność tych tez było porównanie z wyceną innych ofert, odbiegającą znacząco w tym elemencie kalkulacji oraz własne wyliczenie kosztów, które zasadniczo prowadziło do wniosku, iż to wycena w ofercie Odwołującego była znacząco zawyżona.”

- Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3698/23

„Zamawiający ma prawo do badania pod kątem rażąco niskiej ceny nie tylko ceny „globalnej”, ale i części składowych ceny, jednak badanie to powinno nastąpić wtedy, kiedy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Nie ma powodu badania każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców, lecz gdy wycena danego elementu (zgodnie z art. 224 ust. 1 – istotnej części składowej) jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego elementu (składnika ceny) wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia.”

Podobny sposób rozumowania można znaleźć także w wyroku z dnia 9 listopada 2023 r. sygn. akt: KIO 3210/23.

Również w przypadku opcji może pojawić się zarzut rażącego zniżenia wyceny. Taki problem prawny był przedmiotem oceny przez Izbę w wyroku z dnia 12 grudnia 2023 r. sygn. akt: KIO 3540/23, gdzie odwołujący zakwestionował jedynie wycenę zakresu zamówienia objętego opcją rozszerzenia zamówienia. Skład orzekający zauważył, że „(...) A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać. (...) Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanym przypadku okoliczności takie nie zachodzą. Udział ceny zakresu prawa opcji w ogólnej cenie oferty każdej ze złożonych ofert nie przekracza kilku procent. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że ta część zamówienia ma decydujący wpływ na powstanie kosztów u wykonawcy.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że o istotności części składowej ceny oferty nie decyduje fakt, iż konieczność wskazania ceny za tę część zamówienia wynika z wyodrębnienia jej w

formularzu ofertowym. Zamawiający jest uprawniony do tego, by żądać podania takich informacji, co podyktowane jest specyfiką prawa opcji. Z istoty prawa opcji wynika dopuszczalność nałożenia na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia, a zamawiający ma prawo wiedzieć, w jaki sposób wykonawca takiej wyceny dokonał. Ma to bowiem wpływ na późniejsze zobowiązania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się na skorzystanie ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Okoliczność ta nie przesądza sama w sobie o tym, że cena opcji stanowi istotną część ceny oferty, jako że istotność – jak to już stwierdzono – winna być ustalana na podstawie okoliczności wskazanych wyżej.”

Sąd Zamówień Publicznych w przywołanym wyżej orzeczeniu z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22 ocenił również znaczenie dowodowe kalkulacji przygotowanej przez odwołującego w celu wykazania rażącego zaniżenia cen jednostkowych u konkurencyjnego wykonawcy. Sąd podniósł, że *„kalkulacja przedstawiona przez skarżącego (...) nie może być uznana za jedyną i właściwą tylko dlatego że przyjmuje minimalne wynagrodzenia, gdyż jak wskazuje przeciwnik skargi, z czym zgadza się Sąd, wyliczenie spornej kalkulacji może zawierać także inne rozwiązania, które wynikają wprost z kodeksu pracy a mogłyby determinować wartość kosztów osobowych. Podkreślić należy, że wbrew twierdzeniem skargi, w takiej sytuacji Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednakże jest to dopuszczalne jedynie, gdy w sprawie istnieją wątpliwości. W niniejszej sprawie, takich wątpliwości nie było.”*

Na ocenę istotności części składowej ceny może wpływać charakter wynagrodzenia albo przyjęty przez zamawiającego sposób obliczenia ceny ofertowej.

Jeśli zamawiający w SWZ nałoży na wykonawcę określone obowiązki związane ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej, może okazać się, że niedostosowanie się do nich może skutkować uznaniem cen jednostkowych za rażąco zaniżone. Takie stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 13 grudnia 2023 r. sygn. akt: KIO 3520/23.

Izba wskazała, że *„Nie ulega wątpliwości, że w toku postępowania odwoławczego zarówno Zamawiający jak i Przystępujący przyznali, że części składowe ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego są niedoszacowane z uwagi na to, iż prawdopodobnie prace w ramach tych pozycji nie będą wykonywane, gdyż nie zajdzie potrzeba ich wykonywania. (...)*

W ocenie Izby wykonawców wiązała treść postanowień SWZ, i tak w szczególności pkt 17.5 i 17.6: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy

o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych”. Nie stoi temu w sprzeczności wyjaśnienie Zamawiającego, że będzie prace zlecał w zależności od potrzeb i że prac w spornych pozycjach kosztorysu ofertowego w latach 2019, 2020, 2021 nie zlecał bądź zlecał niewiele (jak w odpowiedzi na pytanie nr 73). Skoro Zamawiający takie prace uwzględnił w SWZ i oczekiwał ich należytej wyceny, to powinny być one wycenione zgodnie z wymaganiem SWZ (pkt 17.5 i 17.6). (...). W ocenie Izby Przystępujący nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie zgodnie z wymogami w SWZ, że ceny spornych pozycji odzwierciedlają rzeczywistą cenę wykonania prac w ramach tych pozycji.”

Z kolei przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego ustalenie nastąpi dopiero w toku realizacji umowy na podstawie wskazanych w formularzu cen jednostkowych i ilości obmiarowych odebranych prac Izba stanęła na stanowisku, że każda cena jednostkowa może wpłynąć na wysokość wynagrodzenia, a co za tym idzie powinna być oceniona jako istotna. Wskazać tu należy na wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 52/23, w którym Izba podała „Podstawą wezwania wykonawcy w trybie powyższym mogą być wątpliwości dotyczące istotnych części składowych ceny oferty. Brak jest jednak określenia, które elementy ceny całkowitej są istotne i jako takie mogą podlegać samodzielnemu badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny. Może się bowiem zdarzyć, że cena całkowita może nie budzić wątpliwości a takie wątpliwości mogą powstać w odniesieniu do jej elementów. W tym przypadku sytuacja taka ma miejsce. Wykonawcy poza podaniem ceny całkowitej oferty zobowiązani byli wycenić także poszczególne prace podane w przygotowanym przez Zamawiającego kosztorysie inwestorskim (kosztorys ten dla Pakietu III zawierał 47 takich pozycji) i wyspecyfikowane następnie w składanym przez wykonawców formularzu ofertowym. Cena jednostkowa dla każdej z wyspecyfikowanych pozycji musiała być przy tym tak skalkulowana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka jakie związane są z realizacją tej właśnie czynności. Wykonawca nie mógł kosztów realizacji wskazanej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. A ponadto wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie danych czynności obliczane ma być właśnie na podstawie ilości odebranych prac i według cen jednostkowych podanych w formularzu ofertowym. Skoro więc Zamawiający wymaga podania cen jednostkowych i na ich podstawie obliczona będzie wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia, to wycena takich prac ma charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez Zamawiającego. Ma ona więc charakter istotny, gdyż to na ich podstawie będzie obliczał wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia. (...) Pozycja „Czynności późne” w formularzu złożonym przez wykonawcę X została więc bardzo nisko wyceniona. Ceny tego rodzaju czynności – jak wskazywał Odwołujący - opiewają na kwotę 1200 -1800 zł. (...) Są to zasadnicze rozbieżności cenowe, które winny być wyjaśnione przez zamawiającego w toku

badania oferty tego wykonawcy. Skoro wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone na podstawie prac faktycznie wykonanych i cen jednostkowych wskazanych w formularzu oferty, to obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie czy w ramach zaproponowanej przez wykonawcę X ceny jednostkowej zakres wykonanych prac, w tym niezbędne narzędzia i koszty pracy ludzkiej, zostały uwzględnione. Z SWZ, formularza cenowego, jak i ze wzoru umowy wynika bowiem, że obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie w cenach jednostkowych wszelkich kosztów związanych z realizacją wycenianej części zamówienia, a pozycja ta w formularzu ofertowym wykonawcy X została bardzo nisko wyceniona. Dlatego też Izba uznała za zasadne w okolicznościach tej sprawy nakazać wezwanie wykonawcy X do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny poz. 21 Formularza cenowego i wyjaśnienia przez wykonawcę jakie złożenia kalkulacji ceny jednostkowej dla tej pozycji kosztorysowej zostały przez niego przyjęte.”

Podobnie istotną częścią składową ceny może być cena za 1 Mg odpadów. Sposób kalkulacji ceny przy pomocy ceny jednostkowej odbioru 1 Mg odpadów jest narzucony ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Izba uznała, że w sytuacji, gdy ustawodawca nakazał ustalenie ceny ofertowej za 1 Mg odebranych lub zagospodarowanych odpadów, to przyjmowane przez zamawiających szacunkowe ilości odpadów na potrzeby kalkulacji ceny ofertowych mogą nie mieć przełożenia na rzeczywiste wynagrodzenie wykonawcy za wykonaną usługę, z tego względu cena jednostkowa jako podstawa wyceny ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy jest istotną częścią składową ceny. Takie stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku z dnia 9 lutego 2023 roku sygn. akt: KIO 230/23 podkreślając, że *„To, czy dana cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej, wymaga indywidualnej oceny w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego, przy czym należy mieć na uwadze, iż istotność należy oceniać w szerszym kontekście, nie tylko w odniesieniu do samej wartości, ale także z uwzględnieniem znaczenia danego elementu dla realizacji zamówienia. Na gruncie okoliczności stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy prawidłowe ustalenie przez wykonawców cen jednostkowych netto podawanych w formularzu ofertowym (w pierwszej i drugiej tabeli) miało bardzo istotne znaczenie z uwagi na sposób ukształtowania przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia. Miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy zgodnie z § 3 ust. 3 PPU ma stanowić iloczyn stawki za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych i ilości odebranych odpadów w ciągu miesiąca. Z tego względu każda z cen jednostkowych (za odbiór i transport oraz w zakresie części odpadów także zagospodarowanie) powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w pkt 3 Rozdziału XIII SWZ. Zamawiający potwierdził to również w pkt 4 tego Rozdziału, wskazując, iż cena za całość zamówienia obliczona w formularzu oferty na podstawie kalkulacji służyć będzie tylko do oceny ofert, a rozliczenie za wykonaną usługę następować będzie w oparciu o wskazane w kalkulacji ceny*

jednostkowe. Mając to na uwadze ceny jednostkowe netto wskazane w formularzu cenowym za odpowiednio odbiór i transport lub odbiór, transport i zagospodarowanie 1 MG poszczególnych rodzajów odpadów, mają charakter istotnych części składowych, stanowią podstawę do rozliczeń wynagrodzenia wykonawcy. Wysokość wynagrodzenia jest zależna od faktycznej ilości odebranych odpadów danego rodzaju, a wskazane w ofercie ceny jednostkowe mają pozostać niezmiennie w toku realizacji zamówienia i obejmować wszelkie niezbędne koszty związane z odbiorem i transport lub odbiorem, transportem i zagospodarowaniem 1 MG odpadów danego rodzaju, gwarantując należyte wykonanie zamówienia bez strat. Tym samym każda cena jednostkowa musi obejmować wszystkie składające się na tę pozycję koszty, gdyż każda pozycja będzie rozliczana osobno, stanowiąc samodzielne wynagrodzenie wykonawcy za odbiór i transport (lub też zagospodarowanie) danej frakcji odpadów, a jej ewentualne niedoszacowanie w ofercie może prowadzić do poniesienia strat.”

Jednak nie w każdym przypadku wynagrodzenia ilościowo - ryczałtowego cena jednostkowa ma istotny charakter. Do takiego przekonania doszła Izba w wyroku z dnia 7 lipca 2023 r sygn. akt: KIO 1773/23, gdzie ustaliła, „że zgodnie z § 4 projektu umowy, za wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ilościowo-ryczałtowe miesięczne ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym wykonawcy. Wynagrodzenie nie przysługuje za zakres usług niewykonanych.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że w świetle art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakikolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Odwołujący podważył realność wyceny usług codziennego sprzątnia w obrysie budynków, jednak – wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi – nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania wykonawcy X do wyjaśnień. (...) Stanowisko Odwołującego zmierzało do wykazania, że wycena ww. pozycji jest rażąco niska, nie wykazał on jednak najważniejszej okoliczności, od której ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. istotności kwestionowanej pozycji cenowej.

O istotności kwestionowanej części składowej ceny nie świadczy – zdaniem Izby – fakt wyodrębnienia w formularzu cenowym pozycji dotyczącej codziennej sprzątnia w obrysie

budynku. Jak słusznie wskazał Zamawiający, wyodrębnienie takie było konieczne z uwagi na fakt, że usługa ta objęta jest inną stawką podatku VAT niż wszystkie pozostałe usługi składające się na przedmiot zamówienia.”

Izba analizowała również, czy poszczególne koszty mogą być badane pod kątem rażącego zaniżenia ceny. Tak może być w przypadku, gdy dany koszt stanowi najistotniejszy element kosztotwórczy ceny całkowitej, a wykonawcy konkurują pomiędzy sobą głównie umiejętnością optymalizacji tego kosztu. Ma to głównie zastosowanie w sprawach, w których czynnik pracy ludzkiej ma najistotniejsze znaczenie, a jednocześnie dane świadczenie wykonywane jest przez osoby najmniej zarabiające, przykładowo można wskazać na usługi sprzątnia czy ochrony. Właśnie w przypadku usług ochrony Izba w wyroku z dnia 21 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3607/23 stanęła na stanowisku, że podanie wyłącznie stawki wynagrodzenia pracowników nieco wyższej od stawki minimalnej określonej przepisami, bez ustalenia składników kosztów pracowniczych i pozapracowniczych charakterystycznych dla danego wykonawcy, stanowi zaniechanie zamawiającego przy ocenie oferty wykonawcy. Izba wskazała bowiem, że *„W niniejszym stanie faktycznym ceny całkowite zaoferowane przez wykonawców były do siebie bardzo zbliżone. Jednak przedmiotem badania Zamawiającego – jak wskazał Odwołujący – powinna być nie cena całkowita lecz stawka netto 1 roboczogodziny. Stanowi ona bowiem istotną częścią ceny oferty danego wykonawcy. Stawka ta (wskazana w ofercie przez konsorcjum X), jak wyliczył Odwołujący, uwzględniając obowiązkowe elementy wynagrodzenia jakie musi ponieść pracodawca oraz wymagania Zamawiającego określone w SWZ dla tego konkretnego postępowania, nie pokrywa nawet kosztów osobowych realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem wartość tych kosztów nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Musi bowiem te minimalne wymagania uwzględniać.*

W przypadku tego zamówienia – jak dalej dowodził Odwołujący - nie jest możliwa optymalizacja kosztów z uwagi na wymagania Zamawiającego określone w SWZ takie jak m.in. umowa o pracę, pełny etat i brak umów cywilnoprawnych.

Optymalizacja kosztów wynagrodzenia wykonawcy możliwa jest natomiast – jak oświadczył Zamawiający i co ma wynikać z jego doświadczenia – w kosztach zastępstwa urlopowego. Niemniej jednak Zamawiający poza stwierdzeniem, że przedstawiona przez wykonawcę stawka za 1 roboczogodzinę nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, nawet przy uwzględnieniu dodatku za pracę w porze nocnej nie odniósł się do żadnych z argumentów i wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego, zwłaszcza, że jak – dowodził Odwołujący – cena 1 roboczogodziny nie pokrywa tych kosztów. Nie wiadomo więc czy konsorcjum X kalkulując cenę złożonej oferty zastosowało optymalizację kosztów a jeżeli tak czego ona dotyczyła.

Wyliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu uznać należy za takie, które mogą choć nie muszą wskazywać na możliwość zaoferowania przez konsorcjum X rażąco niskiej stawki za 1 roboczogodzinę. Nie wykazano bowiem, aby było inaczej. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji dotyczących kosztów pracowniczych i odniesienia do kalkulacji poczynionych przez Odwołującego, w tym kosztów urlopów, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że stanowią one w tego typu postępowaniach istotny element kalkulacji ceny, którym wykonawcy faktycznie rywalizują.

Wykonawcy, co jest niewątpliwe, mają swobodę w kalkulacji ceny oferty, jak i stawki 1 roboczogodziny. Odwołujący dokonał kalkulacji w oparciu o własne założenia, które mogą być różne od założeń przyjętych przez konsorcjum X, co więcej różne także od założeń Zamawiającego. Nie wiadomo jednak jakie były założenia konsorcjum X Wobec czego Zamawiający powinien był wezwać konsorcjum X do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki za 1 roboczogodzinę, w tym kosztów zatrudnienia pracowników.”

W orzeczeniach Izby pojawiła się też kwestia związania Izby okolicznościami podnoszonymi w zarzutach wcześniejszego odwołania w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia i pomiędzy tymi samymi stronami. O ile Izba stoi na stanowisku, że ustalenia poczynione przez Izbę przy rozpoznaniu wcześniejszego odwołania wiążą Izbę w kolejnym postępowaniu, o tyle Izba nie jest związana ustaleniami poczynionymi przez zamawiającego w toku procedury odwoławczej.

Izba bowiem w wyroku z dnia 13 grudnia 2023 r. sygn. akt: KIO 3520/23 stwierdziła, że „*podzieliła stanowisko Odwołującego co do tego, iż wyrokiem w sprawie sygn. akt 300/23 Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o charakterze części składowych zaoferowanej ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego, nakazując Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia części składowych ceny (...). Przywołana podstawa prawna wezwania zawiera bowiem ściśle określone przesłanki umożliwiające takie wezwanie – tu istotność części składowych ceny. Izba nie ma uprawnienia do ponownego orzekania w tym samym zakresie – co do charakteru wyjaśnianych części składowych ceny, a przy tym poza zarzutami odwołania (art. 555 ustawy Pzp), a zatem nietrafiona jest kontrargumentacja Zamawiającego jakoby Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 300/23 nie przesądziła istotnego charakteru części składowych ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego uwzględniając odwołanie w danym zakresie i nakazując wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (w ocenie Izby wbrew twierdzeniu Zamawiającego powyższe wynika również z uzasadnienia wyroku – w szczególności str. 8 i 9, i w niniejszej sprawie Izba nie będzie przedstawiać szerszej analizy w tym zakresie). W niniejszej sprawie zatem Izba dokonuje rozstrzygnięcia co do ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego w związku z treścią wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.”*

Z kolei w wyroku z dnia 15 września 2023 r. sygn. akt: KIO 2524/23 KIO 2531/23 Izba nie podzieliła „*stanowiska Odwołującego X, jakoby kwestia istotności zakwestionowanych elementów ceny została przesądzona w poprzednim postępowaniu odwoławczym, przez uwzględnienie przez Zamawiającego odwołań wniesionych wobec zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie ceny za mycie i przestawianie koszty i przez skierowanie do Przystępującego takiego wezwania. Odwołujący twierdził, że na obecnym etapie nie może już podlegać ocenie, czy wezwanie dotyczyło istotnych części składowych ceny, z czym nie sposób się zgodzić. Zauważenia wymaga, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wywołuje skutek procesowy w postaci umorzenia postępowania odwoławczego oraz obowiązku wykonania czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania. Nie przesądza to jednak o merytorycznej zasadności takich czynności, oświadczenie o uwzględnieniu odwołania nie podlega bowiem ocenie Izby, prawidłowość czynności wykonanych zgodnie z żądaniem odwołań nie została zweryfikowana i potwierdzona. Uwzględnienie odwołań, jakkolwiek wywołało skutek procesowy, nie może więc świadczyć o merytorycznej zasadności tych odwołań. W związku z tym w obecnym postępowaniu odwoławczym należy ocenić, czy kwestionowane elementy ceny są istotne i w związku z tym, czy mogą prowadzić do uznania oferty za podlegającą odrzuceniu.*”

Podsumowując, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że istotna część składowa ceny, to taka cena, której udział wartościowy w cenie całkowitej lub merytoryczne znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia ma charakter istotny. Orzecznictwo także zgodnie wskazuje, że to cena całkowita oferty musi wykazywać cechy rażącego zaniżenia, aby badać istotną część składową ceny, z której może wynikać to zaniżenie.

Największą trudność przy ocenie istotnej części składowej rodzi znaczenie tej ceny dla ustalenia ceny ofertowej jak i przyszłego wynagrodzenia wykonawcy. Tutaj samo wyodrębnienie jakiejś pozycji cenowej przez zamawiającego nie powoduje automatycznie, że element składowy ceny ma charakter istotny, przyczyna jego wyodrębnienia może nie być w ogóle związana z oceną istotności ceny składowej przez zamawiającego, ale wynikać z potrzeb prawidłowego rozliczenia dofinansowania czy różnych stawek VAT, którymi objęty jest przedmiot zamówienia. O tym charakterze może natomiast przesądzać sposób obliczenia ceny narzucony przez zamawiającego lub ustawodawcę (jaki w przypadku postępowań na odbiór lub zagospodarowanie odpadów) oraz wskazany w umowie rodzaj wynagrodzenia umownego. To właśnie te okoliczności powinny być przedmiotem indywidualnej i wnikliwej oceny przez strony postępowania odwoławczego i przesądzać o sukcesie lub porażce w zakresie wniesionego środka ochrony prawnej.

Przyjęcie zatem przez ustawodawcę nieostrego pojęcia „istotna część składowa” nie jest wadą art. 224 ust. 1 ustawy, ale przeciwnie pozwala na elastyczną ocenę oferty wykonawcy

dostosowaną do realiów różnych przedmiotów zamówienia. Brak jest zatem podstaw do formułowania w tym zakresie postulatów *de lege ferenda* w ramach planowanej rewizji ustawy.

5. Wybrane postulaty de lege ferenda

W praktyce orzeczniczej Izby ujawniają się problemy związane ze stosowaniem obowiązującej ustawy Pzp, które wynikają m.in. z braku właściwych dla danych procesów regulacji lub nieprecyzyjnego brzmienia przepisów. W tym miejscu Izba chciałaby wskazać na kilka takich zagadnień, które w jej ocenie wymagałyby nowelizacji przepisów, zastrzegając jednocześnie, że stanowią one jedynie niewielki wycinek dostrzeganych problemów.

Ciężar dowodu w sprawach dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy wyjaśnienia ceny nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

Orzecznictwo zapadłe w odniesieniu do zagadnienia rażąco niskiej ceny poza problemami wynikającym z orzecznictwa dotyczącego pojęcia istotnej części składowej ceny pokazuje również, że przepis art. 537 ustawy Pzp ustanawiający odwrócony ciężar dowodu powinien odnosić się do tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie oceny przez zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Potrzeba zastosowania odwróconego ciężaru dowodu powstaje w każdym przypadku, gdy odwołujący ma trudność z przedstawieniem materiału dowodowego obalającego ustalenie zamawiającego dokonane na podstawie oświadczeń konkurencyjnego wykonawcy i przedstawianych przez niego dowodów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, których treści odwołujący nie zna, bowiem objęto je zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa obejmowane są nie tylko wyjaśnienia i dowody dotyczące zaoferowanej ceny, ale również przedmiotowe środki dowodowe, wykazy robót, dostaw, usług, wykazy posiadanego sprzętu, czy dobór właściwych materiałów, koncepcje realizacji świadczenia. W każdym z tych przypadków odwołujący, aby móc skutecznie przedstawić dowód podważający spełnianie warunków zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, przyznaną ocenę w kryteriach oceny ofert w pierwszej kolejności muszą podważyć prawidłowość badania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero poznanie treści zastrzeżonych oświadczeń i dowodów pozwala odwołującemu na skuteczne sformułowanie zarzutu i jego udowodnienie. Natomiast w sytuacji, gdy odwołujący kwestionuje odrzucenie własnej oferty z powodu uznania jej ceny przez zamawiającego za rażąco niską, ciężar dowodu z mocy art. 534 ust. 1 ustawy spoczywa na nim. Z kolei w sytuacji, gdy treść wyjaśnień konkurencyjnego wykonawcy wraz z załączonymi dowodami jest jawna lub została odtajniona przez zamawiającego, to odwołujący powinien udowodnić, że oświadczenia konkurencyjnego wykonawcy zostały przez zamawiającego niewłaściwie ocenione, lub oparte na niewiarygodnych dowodach.

Tym samym problemu w dowodzeniu nie stwarza sposób kalkulacji ceny ofertowej przedstawiony w wyjaśnieniach, ale fakt, że treść wyjaśnień i dowodów nie jest znana odwołującemu i stawia on zarzuty nieskonkretyzowane i często dowodzone w oderwaniu od rzeczywistej treści złożonych wyjaśnień jedynie na podstawie własnych przypuszczeń, czy przyjętych przez odwołującego założeń.

Zobrazowaniu tej sytuacji posłuży niżej przedstawione orzecznictwo Izby:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r. sygn. akt KIO 678/23, w którym odwołujący jako równorzędne postawił: zarzut zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej, pomimo tego, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. W orzeczeniu tym Izba stwierdziła:

„Jednakże w tej sprawie kluczowe znaczenie ma rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wyjaśnienia, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 ustawy pzp (poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a ustawy pzp z 2004 r.) do przepisu art. 555 ustawy pzp (poprzednio art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.).

Według art. 534 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 pzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 pzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu

do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Zatem zarzut naruszenia tych przepisów, aby mógł być skuteczny, nie może sprowadzać się do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że wyjaśnienia, niezależnie od ich treści, nie mogły wytłumaczyć tak niskiej ceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalałyby na wyprowadzenie takiego wniosku.

Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zdecydował się podnieść częściowo w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień, nie powinno sprowadzać się to do de facto postulowania, aby Izba niejako z urzędu wszechstronnie zbadła te wyjaśnienia. Odwołujący co prawda sprecyzował, na ile był w stanie, jakimi hipotetycznie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, ale okazało się to zupełnie nieprzystające do utajnionej części wyjaśnień. Jak to ustalono powyżej, nawet według danych zawartych w uzasadnieniu odwołania, Przystępujący sprostął ciężarowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.” W tej sprawie Izba dodatkowo podkreśliła, że: „Jednakże w tej sprawie kluczowe znaczenie ma, że z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania Odwołujący pozbawił się niejako możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie dotyczącym dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty. Odwołujący kwestionował bowiem brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez Przystępującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a w konsekwencji brak odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Co wymaga podkreślenia, Odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do odrzucenia oferty Przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Odwołujący, domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę już na obecnym etapie zarzutów dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego dotyczących ceny jego oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.”

Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 646/23. Ten wyrok także zapadł w stanie faktycznym, w którym treść wyjaśnień Przystępującego nie

została odtajniona i Izba także w tym przypadku zważyła, że „Zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Także zgodnie z art. 537 p.z.p. ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Pamiętać jednak należy, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 p.z.p. nie zwalnia odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.” Izba w tej sprawie wskazała na to, że „(...) Odwołujący wywodzi konieczność odrzucenia oferty Przystępującego w stosunku do ww. pozycji z rzekomo rażąco niskich stawek zaproponowanych za ww. pozycje i błędnej oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Dla poparcia stawianych przez siebie tez wskazuje na dowody załączone do odwołania. W pierwszej kolejności wskazać należy, że dowody przedłożone przez Odwołującego, nie mogą automatycznie przesądzać o rynkowości stawek w nich wskazanych. Zdaniem Izby świadczą one tylko o tym, że Odwołujący jest w stanie uzyskać ceny takie, jakie wskazane są w poszczególnych ofertach/ fakturach VAT. (...) Trudno również uznać, że jedna faktura/ oferta przesądza o rynkowym charakterze ceny w niej wskazanej. Słusznie zwracał również uwagę Przystępujący, że niektóre z dowodów ukazują zakup pojedynczego materiału, a nie zakup hurtowy - co ma znaczny wpływ na uzyskiwane ceny. (...) Zdaniem Izby charakter przedłożonych dowodów w żadnym razie nie może potwierdzać tezy Odwołującego o rynkowym charakterze cen w nich wskazanych i jednocześnie o rażącym charakterze cen zaoferowanych przez Przystępującego.

Odwołujący nie zna wyjaśnień ceny Przystępującego, a swoje wywody opiera jedynie na subiektywnych przekonaniach, co nie może zostać uznane za wykazanie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, co nakazywałoby uwzględnienie odwołania.”

O obowiązku dowodzenia zarzutów odwołania przy rażąco niskiej cenie przesądzają również (przy czym powołane orzeczenia zapadły w sytuacji, gdy wyjaśnienia konkurencyjnego wykonawcy były znane odwołującemu):

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 879/23:

„Odwołujący w swoim stanowisku pozostał gołosłowny i nie przedstawił żadnych dowodów czy też okoliczności, które mogłyby potwierdzić jego stanowisko. Izba oczywiście miała świadomość treści art. 537 Pzp, który przenosi ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny na wykonawcę, który ją złożył jeśli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego lub zamawiającego, jeśli taki wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Ww. przepis nie zwalnia wykonawcy kwestionującego cenę konkurenta z podnoszenia argumentacji w tym środków dowodowych, które powinny popierać stawiane

zarzuty. Jest to o tyle istotne, że wybrany wykonawca złożył dowody wraz z wyjaśnieniami, a odwołujący tych wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów nie był w stanie zakwestionować. (...) Tym samym Izba zestawiając wyjaśnienia wybranego wykonawcy, które zostały poparte dowodami oraz stanowisko odwołującego, które nie zostało poparte żadnymi dowodami, ani wyliczeniami przyznała rację zamawiającemu, który odnosząc się do załączników do wyjaśnień w zakresie I części zamówienia wskazał, że (...) wybrany wykonawca przedstawił wyliczenie rzeczywistych kosztów robocizny w oparciu o założenia realizacyjne (...) Wobec braku inicjatywy dowodowej przez odwołującego Izba nie znalazła także powodów do zakwestionowania dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz argumentacji zamawiającego w tym zakresie, która odwoływała się przede wszystkim do specyfiki rynku lokalnego, na którym funkcjonuje zamawiający.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1134/23:

„Odwołujący skoncentrował się wyłącznie na jednej pozycji dotyczącej kosztu sprzętu - wbijanie pali. Pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, zgodnie z art. 224 ust. 5 oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie może pozostawać bierny w postępowaniu dowodowym. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem spornym, a z jego istoty wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wskazywania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą określone skutki prawne. To oznacza, że wykonawca kwestionujący ofertę konkurencyjnego wykonawcy, w tym przypadku co do ceny, nie może poprzestać - jak wskazuje się w orzecznictwie KIO - na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, dlaczego przyjęta przez Przystępującego cena całkowita czy też koszt sprzętu są zaniżone. Nie jest wiadome, jakie założenia zostały przyjęte przez Odwołującego przy ich kalkulacji. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne.”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2023 r. sygn. akt KIO 2979/23:

„Z art. 537 p.z.p. wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 p.z.p. nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 p.z.p. na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej

w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 p.z.p. w związku z art. 506 i n.p.z.p. kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 p.z.p.”

Podsumowując powyższe, o ile obowiązek skonkretyzowania zarzutów i przedstawienia dowodów nie budzi jakichkolwiek wątpliwości w przypadku jawnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny konkurenta, to jednak powołanie dowodów w sytuacji utajnienia wyjaśnień okazuje się w dużej mierze przypadków znacząco utrudnione, jeśli nie niemożliwe. Z tego względu odwrócony ciężar dowodu powinien dotyczyć oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa każdej informacji niezależnie od tego, czy została ona zastrzeżona w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, czy w innych oświadczeniach czy dokumentach składanych zamawiającemu. Tylko bowiem wówczas odwołujący ma realną szansę na ochronę swoich praw procesowych.

Brak uprzedniego obowiązku informacyjnego o odrzuceniu oferty i wyniku oceny ofert w postępowaniach, w których przewidziano aukcję elektroniczną

Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Jednocześnie stosownie do art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Powyższe oznacza, że etap zaproszenia do udziału w aukcji poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. Wykonawcy, których oferty uznane zostaną za podlegające odrzuceniu, stosownego zaproszenia do udziału w aukcji nie otrzymują. W tym miejscu, podkreślić należy, że ustawa Pzp nie nakłada na zamawiających jakiegokolwiek obowiązku poinformowania wykonawców o efektach oceny ich oferty, czy też oceny ofert innych wykonawców, w tym także o odrzuceniu oferty. Zamawiający zobowiązany jest wystosować zaproszenie do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Obowiązek zawiadomienia o odrzuceniu ofert po stronie zamawiającego powstaje i jest on jednoznacznie określony w przywołanym powyżej art. 253 ust. 1, z chwilą zakończenia

aukcji i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Z ww. przepisów wynika zatem, że z jednej strony zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższe rodzi szereg problemów m.in. związanych z terminem wniesienia odwołania czy też uniemożliwieniem podjęcia działań przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona czy też przez konkurencyjnych wykonawców, którzy widzą po temu podstawy przed wszczęciem aukcji elektronicznej. Wątpliwości też budzi dopuszczalność oraz ekonomiczna zasadność ponowienia aukcji w sytuacji wydania wyroku nakazującego odrzucenie oferty wykonawcy lub jej przywrócenie do postępowania już po przeprowadzeniu aukcji.

W szczególności problem związany z terminem na wniesienie odwołania ujawnił się w wyroku wydanym w dniu 23 stycznia 2023 r. w sprawach łączonych o sygn. akt KIO 57/23, KIO 60/23 i KIO 85/23 w którym „Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego X, zgodnie z którym odwołania wniesione przez odwołujących Y i Z podlegają odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Faktycznie ww. odwołujący w dniu 22.08.2022 r. skierowali do zamawiającego pisma, w których w związku z nieformalnie powziętą informacją o niezaproszeniu ich do aukcji elektronicznej i o przyczynach odrzucenia ich ofert, przedstawili zamawiającemu swoje stanowiska w tej sprawie. Nie oznacza to jednak, że w związku z tak nieformalnie uzyskaną informacją, wykonawcy ci mogli złożyć odwołania w celu zakwestionowania podstaw odrzucenia ich ofert.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, natomiast zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z ww. przepisów wynika zatem, że z jednej strony zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym wykonawca, który nie został zaproszony do aukcji elektronicznej, nawet jeśli samodzielnie poweźmie informację o przeprowadzeniu tej aukcji i na tej podstawie zorientuje się, że jego oferta musiała zostać odrzucona, nadal – do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty – nie zna powodów jej odrzucenia. Jednocześnie pamiętać należy, że zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie zawiera m.in.:

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Bez znajomości powodów odrzucenia swojej oferty, wykonawca nie ma możliwości skutecznego zakwestionowania tego odrzucenia poprzez wskazanie choćby zarzutów i niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a nie może też zarzucić zamawiającemu zaniechania poinformowania go o powodach odrzucenia, gdyż – jak wskazano już wyżej – obowiązek ten materializuje się po stronie zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie obaj odwołujący dowiedzieli się, inną drogą niż poprzez formalne zawiadomienie przez zamawiającego, o aukcji elektronicznej i prawdopodobnych przyczynach niezaproszenia ich do tej aukcji (które później potwierdziły się w piśmie z dnia 30.12.2022 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty), niemniej jednak nie zmienia to faktu, że w sierpniu i wrześniu 2022 r. nie dysponowali jednoznacznymi informacjami co do podstaw odrzucenia ich ofert. W tamtym okresie obaj odwołujący opierali się jedynie na domysłach, które z racji swojego charakteru, nie mogły stanowić podstawy wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że termin na wniesienie ww. odwołań nie może być liczony od dnia, w którym odwołujący dowiedzieli się o niezaproszeniu ich do aukcji elektronicznej, i co za tym idzie – o prawdopodobnym odrzuceniu ich ofert, skoro jednocześnie nie znali powodów odrzucenia tych ofert, a zatem nie mogli skutecznie zakwestionować w tym zakresie czynności zamawiającego. Podstawy prawne i faktyczne odrzucenia ich ofert odwołujący poznali dopiero w dniu 30.12.2022 r., tj. wraz z otrzymaniem pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i ofertach odrzuconych i dopiero od tego dnia biegł termin na wniesienie przez nich odwołań. Termin ten został dotrzymany, dlatego też Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach KIO 57/23 i KIO 60/23 w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do wskazanego przez przystępującego X wyroku w sprawie KIO 1906/22 z dnia 09.08.2022 r., należy podkreślić, że stan faktyczny będący przedmiotem oceny Izby w tamtym postępowaniu odwoławczym nie był tożsamy z sytuacją zaistniałą w przedmiotowej sprawie. Wyrok KIO 1906/22 dotyczył bowiem sytuacji, w której odwołujący wniósł odwołanie w terminie liczonym od wyboru najkorzystniejszej oferty na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty innego wybranego wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że wybrany wykonawca został uprzednio zaproszony do aukcji elektronicznej, co oznaczało, że zamawiający nie odrzucił jego oferty. Zatem odwołujący ze sprawy KIO 1906/22 mógł powziąć informacje o zaproszeniu wybranego wykonawcy do aukcji elektronicznej, a co za tym idzie – o braku odrzucenia jego oferty i ewentualnych, znanych sobie, powodach odrzucenia tej oferty. Tym samym, w przypadku zaistniałym w sprawie KIO 1906/22

(odmiennym od przedmiotowej sprawy) odwołujący w terminie biegnącym od dnia zaproszenia do aukcji elektronicznej (art. 515 ust. 3 ustawy Pzp) mógł wnieść odwołanie, gdyż powinien już w tym terminie dysponować wiedzą o zaniechaniu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oraz o zaistniałych podstawach do odrzucenia tej oferty. Te właśnie czynniki, tj. kwestionowanie w odwołaniu odrzucenia własnej, a nie zaniechania odrzucenia innej oferty i związany z tym stan wiedzy odwołujących w okresie prowadzenia aukcji elektronicznej i przed wyborem najkorzystniejszej oferty, stanowi różnicę między sytuacją zaistniałą w przedmiotowej sprawie, a przypadkiem zaistniałym w sprawie KIO 1906/22 (por. KIO 3032/22 z dnia 28.11.2022 r.). Dlatego też Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie odwołania odwołujących Y i Z nie są spóźnione, gdyż - w odróżnieniu od stanu faktycznego w sprawie KIO 1906/22 - przed wyborem najkorzystniejszej oferty nie znali oni powodów odrzucenia swoich własnych ofert (jedynie się ich domyślali). W konsekwencji, odwołujący w sprawach KIO 57/23 i KIO 60/23 nie mieli możliwości skutecznego wniesienia odwołań w terminie biegnącym od powzięcia wiadomości o aukcji elektronicznej, zatem nie zachodzi podstawa do odrzucenia ww. odwołań w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.”

Wobec powyższego zasadne jest wprowadzenie regulacji, która zobowiązywałaby zamawiających do informowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o odrzuceniu ich ofert wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz o kręgu wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji przed jej rozpoczęciem i wyznaczania terminu aukcji po upływie terminu na wniesienie środków ochrony prawnej lub po rozstrzygnięciu Izby.

Unieważnienie postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

Zmiana dokonana nowelizacją ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych doprowadziła do usunięcia przesłanki unieważnienia postępowania, jaka wcześniej była ujęta w normie określającej kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie zawartej umowy *w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania* (dawny art. 146 ust. 6 ustawy). Wskazana regulacja miała powiązanie z przesłanką ustawową unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o jakiej mowa było w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z 2004 r., tj. *postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Obecnie przesłanka ta jako obligatoryjna podstawa unieważnienia postępowania wskazana została w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu niezmienionym. W oparciu o tą przesłankę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogło zostać unieważnione w zasadzie na każdym jego etapie w sytuacji, gdy ujawniła się jego wada niemożliwa do usunięcia, a mogąca prowadzić do wzruszenia umowy

zawartej w wyniku zakończenia takiego postępowania. Aktualnie przepis art. 457 ustawy Pzp reguluje podstawy unieważnienia umowy, które istotnie uległy ograniczeniu do wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp podstaw. Ustawodawca w art. 459 ust. 1 ustawy Pzp wskazując na kompetencje Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, wprost wskazuje na umowę podlegającą unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 – *jeżeli dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania*. Zgodnie z ust. 3 unieważnieniu umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia z zastrzeżeniem, iż Izba może unieważnić umowę uwzględniając odwołanie w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Aktualny sposób ujęcia podstaw do stwierdzenia nieważności umowy w sposób zasadniczy wpłynął na możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy.

W pierwszej kolejności należy wskazać na orzecznictwo Sądu Zamówień Publicznych odnoszące się do stosowania podstawy unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 Ustawy. W wyroku z 31 maja 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 32/23 Sąd Zamówień Publicznych, utrzymując wcześniejsze stanowisko tego Sądu wyrażone, m.in. w wyroku sygn. akt XXIII Zs 109/22 podtrzymał pogląd, iż wskazane w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp okoliczności mogące potencjalnie stanowić podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, związane są z zaniechaniem przez zamawiającego zasadniczego obowiązku, jakim jest obowiązek opublikowania ogłoszenia lub przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie, tj. ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy ramowej lub ustanowienia dynamicznego systemu zakupów albo braku publikacji odpowiedniego ogłoszenia. Brak publikacji w BZP bądź przekazania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające jest również objęty sankcją wruszalności umowy, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. W wyroku z 18 stycznia 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 153/22 Sąd Zamówień Publicznych takie znaczenie przypisał wszelkim zmianom warunków zamówienia dotyczących opisu jego przedmiotu, terminu składania ofert lub wniosków, kryteriów oceny ofert oraz kwalifikacji podmiotowej. Sąd wskazuje również, iż przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zawiera dwóch niezależnych podstaw unieważnienia postępowania, tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy i brak zamieszczenia stosownego ogłoszenia, lecz jedną przesłankę obejmującą dwa przypadki, tj. brak ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz brak ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, pomimo takiego obowiązku wynikającego z Ustawy. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy należy zatem odnosić do braku tych ogłoszeń (tak w wyroku Sąd Zamówień Publicznych z 28 marca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 142/22).

Na gruncie obecnie obowiązującej regulacji, szereg nieprawidłowych czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym od 1 stycznia 2021 r., wcześniej mogących uzasadniać unieważnienie postępowania z uwagi na ich wpływ na wynik postępowania (co stanowiło samodzielną podstawę do wystąpienia przez Prezesa UZP do sądu o unieważnienie umowy), aktualnie nie mogłoby prowadzić do zakończenia postępowania bez wskazania oferty najkorzystniejszej i udzielenia zamówienia, z uwagi na zamknięty katalog przesłanek obecnie określanych w art. 457 ust. 1 Ustawy Pzp. W przywołanym już wyroku SO z 28.03.2023 r. Sąd Zamówień Publicznych wprost wskazał, iż *samo ewentualne naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które nie może być zakwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy, czy to ze strony Prezesa UZP, co wynika z art. 459 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy ze strony wykonawcy, co wynika z art. 460 Pzp.*

Obecnie jak i wcześniej przepisy umożliwiały unieważnienie umowy na podstawie art. 70⁵ k.c. *Odesłanie do przepisów k.c. dotyczy wyłącznie sytuacji, w której strona umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nim wpłynęła na wynik aukcji lub przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W wyroku z dnia 28.07.2022 XXIII Zs 79/22 Sąd Zamówień Publicznych wskazał, iż: rozstrzygnięcie wydane na podstawie art. 70⁵ par. 1 k.c. ma charakter konstytutywny oraz wymaga wykazania (udowodnienia) przesłanek w nim wskazanych (w szczególności wykazania, że strona umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji lub przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami). Powyższe wymagałoby wszczęcia nowego postępowania sądowego (odrębnej sprawy cywilnej) i przeprowadzenia w jego ramach postępowania dowodowego, a nie zgłaszania żądania unieważnienia umowy na tej podstawie prawnej w II instancji w postępowaniu skargowym na orzeczenie KIO.*

Niewątpliwie droga powództwa cywilnego otwiera możliwość stwierdzenia przez sąd powszechny nieważności bezwzględnej umowy, co zostało wyłączone w art. 457 ust 4 do wszystkich przypadków unieważnienia umowy wskazanych w ust. 1 oraz unieważnienia zmiany umowy (art. 458) – z uwagi na wady powodujące nieważność względną umowy – wzruszalność umowy. Powołanie się na wadę czynności prawnej jako sprzecznej z ustawą albo mającej na celu obejście ustawy (art. 58 kc) należy odróżnić od tzw. nieważności względnej, do której odnosi się m.in. art. 70⁵ k.c. Nieważność bezwzględna powoduje, iż czynność prawna nie zostaje skutecznie dokonana, co należy odróżnić od przypadku naruszenia reguł powodujących, że czynność jest skutecznie dokonana, ale jej skutki mogą zostać przez określony podmiot uchylone z mocą wsteczną – tzw. nieważność względną. Ustalenia nieważności czynności prawnej może dokonać sąd, który stwierdzi nieważność czynności, która w ogóle nie wywołuje skutków prawnych od początku z mocy prawa. Ustawa Pzp przyznaje Izbie kompetencje do wzruszenia czynności zamawiającego w przypadku

stwierdzenia zaistnienia przesłanek do wzruszenia umowy, co ma odmienny skutek prawny, gdyż takie wzruszenie następuje z mocą wsteczną, a zawarta umowa do czasu stwierdzenia przyczyny do jej unieważnienia wywołuje skutki prawne. Powództwo takie jest powództwem o ukształtowanie – uznaniu za nieważną umowę zawartą z naruszeniem reguł postępowania. Powołanie się natomiast na powództwo, którego podstawą jest przepis art. 189 kpc dotyczy żądania ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa.

W wyrok z 27 czerwca 2022 r. XXIII Zs 39/22 Sąd Zamówień Publicznych wskazał, iż rozważania dotyczące wagi naruszeń nie mogły doprowadzić do unieważnienia umowy: *„Unieważnienie całego postępowania następuje tylko ze ściśle określonych, dość wąsko zakreślonych przyczyn, do których nie należą wady w opisie swz. Wady te podlegają usunięciu na znacznie wcześniejszym etapie postępowania niż wybór oferty, a jeśli do tego nie dochodzi, to uczestnicy godzą się na określone swz. Warunki te dotyczą wszystkich uczestników w postępowaniu i w tym sensie nie może być mowy o dyskryminacji któregokolwiek z nich”*.

Analiza orzeczeń Sądu Okręgowego w zasadzie prowadzi do wniosku, iż unieważnienie postępowania oceniane na gruncie stosowania ustawy Pzp ograniczone zostaje do przesłanek wskazanych wprost w ustawie Pzp, w tym w odniesieniu do przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp – koniecznym pozostaje wykazanie podstawy do uznania, iż zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej z roku 2023 r. zarysowały się dwie drogi do badania podstawy unieważnienia postępowania. W części orzeczeń Izba analizowała okoliczności podniesione w podstawie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wyłącznie w odniesieniu do przesłanek uzasadniających unieważnienie umowy z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, co również było podyktowane podstawą faktyczną i prawną zarzutów. Zasadniczo okoliczności te były odnoszone do nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, jego niejednoznaczności prowadzącej do nieporównywalności ofert, czy też braku możliwości ocen złożonych ofert w kryteriach.

W wyroku z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 170/23 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania zamawiający powołał się na cztery kwestie: (1) zawarcie we wzorze umowy postanowienia przewidującego odpowiedzialność odwołującego za opóźnienie, (2) określenie we wzorze umowy terminu jej wykonania datą, zamiast w dniach/miesiącach/latach, (3) upływ terminu wykonania umowy, (4) brak zarezerwowania w budżecie Zamawiającego środków na realizację zamówienia. Izba analizując informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że wskazane przez niego przyczyny unieważnienia postępowania zawierają się w katalogu opisanym w art. 457 ust. 1 Pzp, co umożliwiłoby zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

W wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 878/23 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia parametrów mających wpływ na należyte przygotowanie oferty w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Izba uznała, iż zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp, co zasadniczo czyniło czynność unieważnienia wadliwą.

W wyroku z 11 sierpnia 2023, sygn. akt KIO 2203/23 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie oceny ofert. Skład orzekający wskazał, iż możliwość unieważnienia umowy została ograniczona wyłącznie do okoliczności wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie stanowisko swoje uzasadniła Izba w wyroku z 8.11.2023 r., sygn. akt KIO 3132/23, uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Izba stwierdziła, że zamawiający może unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. Katalog przesłanek z ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania

Jednocześnie należy odnotować orzeczenia, w których składy orzekające przyjęły możliwość oceny czynności zamawiającego na gruncie art. 58 k.c., co również zostało wskazane w komentarzu UZP do ustawy Pzp, jako możliwość wzruszenia umowy w sprawie zamówienia publicznego, faktycznie oznaczająca, iż katalog przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest zamknięty do opisanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp i nie wyklucza nieważności (z mocy prawa) takiej umowy, jeśli narusza ona inne bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się ogólną regułę ustaloną w art. 58 Kc. Art. 58 § 1 Kc stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. To oznacza, że naruszenie konkretnej bezwzględnie obowiązującej normy prawnej skutkuje nieważnością umowy, chyba że przepis odnoszący się do normy naruszanej stanowi inaczej (tak jak w przypadku art. 457 Pzp). W przypadku nieważności bezwzględnej opartej na regule określonej w art. 58 Kc i naruszeniu konkretnego przepisu innego niż wskazane w art. 457 ust. 1 ustawy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa (nie wywołuje skutków prawnych). Każdy, kto ma w tym interes prawny, może skorzystać z powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia

stosunku prawnego wykreowanego tą umową na podstawie art. 189 Kpc, a stwierdzający nieważność tej umowy wyrok sądu powszechnego ma charakter deklaratoryjny. Ponadto na bezwzględną nieważność umowy z mocy prawa może się powołać każdy, choćby w formie zarzutu procesowego albo w powództwie innym niż złożone na podstawie art. 189 Kpc. Sankcją bezwzględnej nieważności umowy obwarowane jest przykładowo niedochowanie formy pisemnej zgodnie z art. 432 Pzp, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

Taka ocena przedstawiona została, m.in. w wyroku KIO z 14 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 264/23, w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 99 ust. 1 i art. 240 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 239 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że jest ono obarczone wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny (...) tj. wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i która to wada będzie skutkowałą udzieleniem zamówienia z naruszeniem ustawy - przez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania i nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie.

Izba ustaliła, że w postępowaniu istnieje wada, która polega na opisanu kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i uniemożliwiający jednoznaczną ocenę złożonych ofert.

W ocenie Izby żadna z podstaw nieważności umowy wskazana w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w tej sprawie nie miała zastosowania. W ocenie Izby brak zaistnienia tych przesłanek nie powoduje jednak, że niemożliwe jest stwierdzenie nieważności umowy. Z art. 457 ust. 4 ustawy Pzp należy wywieść, że ustawodawca zakazał powództwa o ustalenie ważności umowy, tylko o ile możliwe jest unieważnienie umowy w oparciu o przepisy art. 457 ust. 1 i 458 ustawy Pzp. Oznacza to, że we wszystkich przypadkach, w których nie ma miejsca zastosowanie art. 457 ust. 1 i 458 ustawy Pzp możliwe jest unieważnienie postępowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, czyli przede wszystkim na podstawie art. 58 par. 1 kc. Przepis ten stanowi, że nieważna jest czynności prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy. Przepis ten ma zastosowanie w odniesieniu do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym nie ma możliwości stwierdzenia nieważności w sytuacji, gdy czynność jest niezgodna z przepisem zakładającym nieważność względną. W ocenie Izby przepisem bezwzględnie obowiązującym w ustawie Prawo zamówień publicznych jest przepis nakazujący zamawiającemu udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Drugim przepisem bezwzględnie obowiązującym jest przepis nakazujący zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W podobny sposób, stanowisko o istnieniu podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 ust. 6 ustawy Pzp zostało wywiedzione w orzeczeniu w sprawie KIO 652/23. Prezentowany problem stosowania przesłanki unieważnienia postępowania po zmianie ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na konieczność zmiany tej regulacji. W szczególności kierując się wytycznymi jakie płyną z wyroków Sądu Zamówień Publicznych wydaje się zasadnym zgłoszenie postulatu uzupełnienia tego przepisu i wprowadzenie unormowania, w którym możliwość wzruszenia umowy w sprawie zamówienia publicznego byłaby powiązana wprost z oceną czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czyniłoby to wyraźnym umocowanie do badania w ramach sporu przed Izłą czynności zamawiającego, które pozwalałyby na zakończenie postępowania w drodze jego unieważnienia bez konieczności odwoływania się do możliwości wzruszenia zawartej umowy w drodze powództwa cywilnego.

Zwrot wpisu w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego ze względu na stwierdzenie, że jego dalsze prowadzenie jest zbędne lub niedopuszczalne

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba wydając orzeczenie – zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie. Orzecznictwo Izby wskazuje, że zbędność lub niedopuszczalność dalszego postępowania odwoławczego następuje przykładowo w okolicznościach zmiany postanowień SWZ, co czyni zadość żądaniom odwołania (postanowienie KIO z dnia 4.04.2022 r., sygn. akt KIO 709/22), unieważnienia czynności zaskarżonej odwołaniem, np. unieważnienia postępowania lub wyboru oferty najkorzystniejszej (postanowienie KIO z dnia 31.01.2024 r., sygn. akt KIO 192/24, postanowienie KIO z dnia 18.12.2023 r., sygn. akt KIO 3709/23).

O kosztach postępowania Izba w przedmiotowych przypadkach orzeka na podstawie § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), dalej: „rozporządzenie w sprawie kosztów”, z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego koszty znoszą się wzajemnie – w takim przypadku Izba orzeka w postanowieniu o dokonaniu zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonych tytułem wpisu w całości. Powyższe jest spójne z ratio legis przepisu, kiedy to substrat zaskarżenia przestaje istnieć lub też pomiędzy stronami nie ma sporu, co czyni zbędną potrzebę orzekania. Jednocześnie, przepisy ww. rozporządzenia nie przewidują wprost obowiązku zwrotu całego wpisu, jak to ma miejsce w przypadku zwrotu

odwołania (§ 6 rozporządzenia w sprawie kosztów), umorzenia postępowania odwoławczego wskutek uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w całości (§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie kosztów) czy też umorzenia postępowania odwoławczego wskutek uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części i wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów (§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie kosztów). W przypadku cofnięcia odwołania przez odwołującego przed otwarciem rozprawy – Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości (§ 9 ust. 1 pkt 3 lit. a i b rozporządzenia w sprawie kosztów). W konsekwencji rozporządzenie przewiduje obok zasady rozliczenia kosztów, także zasady ewentualnego zwrotu wpisu oraz jego wysokości w każdym przypadku zakończenia postępowania odwoławczego, za wyjątkiem umorzenia ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Izba stoi na stanowisku, że powyższe stanowi lukę prawną, która powinna być uzupełniona poprzez wprowadzenie jednoznacznej podstawy prawnej do zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w całości.

Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2023 r.

1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa

W roku sprawozdawczym Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała wcześniejsze 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 rozstrzygnianiem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkoleń grupowych oraz uczestnictwa w konferencjach. Drugi, wynikał z konieczności usystematyzowania wykładni regulacji Pzp oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował opracowanie zeszytów orzeczniczych, narady orzecznicze oraz wymianę poglądów na forum Izby np. z wykorzystaniem poczty służbowej. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych w ramach:

- indywidualnych szkoleń specjalistycznych,
- innych form szkoleniowych takich jak:
 - studia podyplomowe, studia doktoranckie,
 - nauka języków obcych.

2. Szkolenia zbiorowe

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej objęła następujące zagadnienia: „Psychologia sali rozpraw”, „Cyberbezpieczeństwo klasy cyber awareness – „Wycieki/hasła/aktualne, częste ataki na polskich internautów” oraz „Najnowsze orzecznictwo TSUE dotyczące zamówień publicznych”.

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej uczestniczyli również przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w cyklu szkoleń organizowanych przez Urząd Zamówień Publicznych, pt.:

- „Orzecznictwo sądowe dotyczące nałożonych korekt finansowych oraz praktyka kontroli kontra taryfikator – na wybranych przykładach”.
- „Podział zamówienia na części” oraz „Realizacja kontroli procedur udzielania zamówień publicznych przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej”.
- „Ocena Poleceń Zmian w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących zmiany umowy o zamówienie publiczne” oraz „Waloryzacja wynagrodzeń wykonawców w zamówieniach na roboty budowlane – teoria i praktyka”.
- „Prowadzenie postępowania kontrolnego w reżimie dwóch ustaw - aspekty praktyczne” oraz „Rekomendacje powstałe przy współpracy z przedstawicielami różnych branż jako źródło dobrych praktyk i proponowanych rozwiązań dla Zamawiających”.
- „Konsorcjum w zamówieniach publicznych” oraz „Nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wyników kontroli Prezesa Urzędu oraz orzecznictwa KIO – wybrane aspekty”.
- „Przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określona w art. 214 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp”.
- „Narzędzia i funkcjonalności oferowane przez Platformę e-Zamówienia przydatne do kontroli udzielonych zamówień publicznych, dla których stroną internetową prowadzonego postępowania jest Platforma e-Zamówienia”.
- „Jak przeprowadzić postępowanie lub ubiegać się o udzielenie zamówienia w wariantcie pierwszym (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp) – aktualne orzecznictwo”.
- „Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych” oraz „Umowy w sprawie zamówień publicznych, z uwzględnieniem regulacji przyjaznych MŚP”.
- „Wadium i termin związania ofertą”.
- „Procedura naprawcza (samooczyszczenie wykonawcy) oraz nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy” oraz „Poleganie na zasobach podmiotu udostępniającego

zasoby na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

- „Nieprawidłowości dotyczące zmiany umowy z uwzględnieniem wyników kontroli Prezesa UZP – wybrane aspekty”.
- „Zamówienia publiczne z uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej”.
- „Zakończenie postępowania i obowiązki zamawiającego z tym związane” oraz „Wyjaśnianie treści oferty, poprawianie omyłek w ofercie, błędy w obliczaniu ceny lub kosztu”.
- „Przykłady błędów związanych z elektroniczną zamówień publicznych popełnianych przez zamawiających i wykonawców” oraz „Tryb zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia – wybrane przesłanki.”
- „Narzędzia przewidziane ustawą Pzp pozwalająca na sprawne realizowanie umów w sprawach zamówień publicznych” oraz „Formy podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń przekazywanych w postępowaniu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”

3. Narady orzecznice

W okresie sprawozdawczym wymiana poglądów oraz dyskusowanie o bieżących problemach prawnych odbywała się w ramach narad orzeczniczych zorganizowanych stacjonarnie oraz przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także poprzez wykorzystanie korespondencji elektronicznej pocztą służbową.

4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna

W 2023 r. Prezes, Wiceprezes oraz Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w konferencjach:

- **„Kształtowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne”** Ogólnopolska konferencja naukowa - konferencja zorganizowana przez Katedrę Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie we współpracy z Katedrą Prawa Cywilnego Uniwersytetu Łódzkiego, która odbyła się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 13 stycznia 2023 r.

- **„Dwa lata funkcjonowania nowego Prawa zamówień publicznych”** - X Ogólnopolska Konferencja PZP zorganizowana przez wydawnictwo BECK. Konferencja odbyła się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 20 marca 2023 r.

- **„Rewizja ustawy Prawo zamówień publicznych – kluczowe postulaty legislacyjne Stowarzyszenia”** – konferencja Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, która odbyła się w Warszawie w dniu 30 maja 2023 r.

- **Wschodnie Forum Zamówień Publicznych** – konferencja zorganizowana przez Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Katedrę Postępowania Administracyjnego UMCS w Lublinie oraz Pracodawców Ziemi Lubelskiej, która odbyła się w Lublinie w dniu 5 czerwca 2023 r.

- „**Polityka zakupowa państwa – Profesjonalizacja**” - konferencja organizowana przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii, w ramach wdrażania Polityki zakupowej państwa, która odbyła się 21 września 2023 r. w Warszawie.

- „**Polityka zakupowa państwa**” - warsztaty zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych, które odbyły się w dniach 20 i 21 listopada 2023 r. w Białobrzegach k. Warszawy.

Władze Izby reprezentowały Izbę na wyżej wymienionych wydarzeniach. Ponadto, członkowie Izby uczestniczyli w konferencjach jako autorzy artykułów lub prelegenci.

5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa

W dniach 10-12 października 2023 r. w Krajowej Izbie Odwoławczej odbyło się spotkanie z przedstawicielami odpowiednika Izby w Rumunii – National Council for Solving Complaints (NCSC), organizowaną w ramach narzędzia TAIEX TSI – PACE (Public Administration Cooperation Exchange) przez Dyрекcyję Generalną ds. Reform Strukturalnych Komisji Europejskiej (DG REFORM). W trakcie spotkania przedstawiciele Izby oraz NCSC porównali systemy odwoławcze w Rumunii i Polsce, dokonali wymiany dobrych praktyk oraz pochylili się nad zagadnieniem zmiany procesów wewnętrznych w organach rozpoznających odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Spotkanie było doskonałą okazją do wymiany doświadczeń oraz uzyskania perspektywy odmiennie zaprojektowanego systemu odwoławczego.

Prezes Izby wziął udział w spotkaniach Sieci Organów Pierwszej Instancji w Zamówieniach Publicznych, organizowanych przez Dyрекcyję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego, Przemysłu, Przedsiębiorczości i MŚP Komisji Europejskiej (DG GROW) w Sztokholmie (czerwiec 2023 r.) oraz w Brukseli (listopad 2023 r.)

6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej

W roku sprawozdawczym ukazał się jeden zeszyt orzecznicy zawierający wybrane tezy z orzeczeń Izby obejmujący okres styczeń 2022 – grudzień 2022. Publikacja „Orzecznictwo – zamówienia publiczne” Nr 5 2023 rok zawiera usystematyzowany zbiór orzeczeń KIO wydanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone były w oparciu o ustawę Pzp. Ponadto zespół redakcyjny dokonał oznaczenia orzeczeń Izby wydanych w 2022 r., a wyniki prac zostały udostępnione na stronie internetowej Krajowej Izby Odwoławczej i umożliwiają wyszukiwanie orzeczeń według indeksów tematycznych.

7. Uchwały Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zwiększenia uposażenia członków Izby oraz gwarancji niezależności Izby i niezawisłości jej członków w kontekście niektórych przesłanek odwołania określonych w art. 478 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

W dniu 19 kwietnia 2023 r. Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej przyjęło dwie istotne dla działalności Izby uchwały. Uchwała nr 4 dotyczyła stanowiska Izby w zakresie zwiększenia uposażenia członków Izby, a Uchwała nr 5 gwarancji niezależności Izby i niezawisłości jej członków w kontekście niektórych przesłanek odwołania określonych w art. 478 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uchwała nr 4 w sprawie stanowiska w zakresie zwiększenia uposażenia członków Krajowej Izby Odwoławczej

Konieczność podjęcia Uchwały nr 4 wynikała z zaistniałej sytuacji gospodarczej, która powoduje zwiększanie się kosztów życia, w wyniku czego aktualnie otrzymywane przez członków Krajowej Izby Odwoławczej wynagrodzenie stało się nieadekwatne do wagi i zakresu wykonywanych zadań. Okoliczności te niewątpliwie rodzą szereg negatywnych konsekwencji dla członków Izby takich jak: spadek atrakcyjności wykonywania funkcji członka Izby, a przez to obniżenie prestiżu instytucji, fluktuacja kadrowa, poczucie niewystarczającego docenienia wykonywanej pracy, czy też spadek satysfakcji związanej z wykonywanymi obowiązkami, co następnie przekłada się na funkcjonowanie całej instytucji, a w konsekwencji może prowadzić do zagrożenia w funkcjonowaniu całego systemu zamówień publicznych. Wyrażając stanowisko w przedmiotowej sprawie Izba przedstawiła rolę Izby w systemie zamówień, zakres i wagę rozstrzyganych obecnie spraw oraz ich liczbę. Izba zaprezentowała również podstawy wyliczenia wynagrodzenia, dane historyczne, wcześniejsze założenia do ustalania wynagrodzeń członków Izby, a także zagrożenia wynikające ze stałego pogarszanie się warunków finansowych. Ponadto Izba podniosła, iż okolicznością, mającą znaczenie dla kwestii warunków pracy i wynagrodzeń członków Izby, jest brak możliwości uzyskiwania dochodów z innych źródeł. Zgodnie z art. 476 ust. 2 ustawy członkowie Izby nie mogą (poza nielicznymi wyjątkami dotyczącymi zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na stanowiskach dydaktycznych lub naukowych) podejmować dodatkowego zatrudnienia ani innych zajęć zarobkowych, jak również prowadzić innego rodzaju działalności określonej w tym przepisie. Tym samym wynagrodzenie uzyskiwane z tytułu pełnienia funkcji członka Izby stanowi jego wyłączone źródło utrzymania.

W wyrażonym stanowisku Izba zwróciła szczególną uwagę na konieczność zapewnienia członkom Izby godnych warunków finansowych, adekwatnych do poziomu ich wykształcenia, doświadczenia, jak też ilości i złożoności rozpoznawanych przez nich spraw.

W wykonaniu uchwały Prezes Izby przekazał jej treść wraz ze stanowiskiem Izby: Prezesowi Rady Ministrów, Prezesowi UZP, Ministrowi Rozwoju i Technologii, Ministrowi Finansów.

Uchwała nr 5 w sprawie stanowiska w zakresie gwarancji niezależności Izby i niezawisłości jej członków w kontekście niektórych przesłanek odwołania określonych w art. 478 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Izba wypracowała stanowisko i podjęła Uchwałę nr 5, dostrzegając systemowe zagrożenia dla niezależności Izby i niezawisłości jej członków, związane z ustawowym uregulowaniem oraz praktyką stosowania niektórych przesłanek i trybu odwoływania członków Izby. Utrzymanie obecnych regulacji prawnych oraz przyjmowanej w praktyce ich interpretacji godzi bowiem w instytucjonalne gwarancje niezawisłości członków Izby, będącej organem powołanym do bezstronnego rozstrzygnięcia sporów z zakresu zamówień publicznych i uznawanym za sąd w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Potencjalne skutki takiego stanu rzeczy dla całego systemu zamówień publicznych i uczestników rynku, są jednoznacznie negatywne.

Analiza przesłanek odwołania wymienionych w art. 478 ust. 2 pkt 4 i 6 i art. 486 ust. 1 i 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że ich stosowanie w obecnym kształcie pozwala na odwołanie członka Krajowej Izby Odwoławczej w sposób dyskrecjonalny, bez zaistnienia rzeczywistych okoliczności godzących w jego dobre imię i możliwość sprawowania funkcji orzeczniczej. Przesłanki te mogą być więc wykorzystane w wyniku pochopnego lub celowego działania do odwołania członka Izby, mimo braku obiektywnych do tego podstaw. Nie ulega wątpliwości, że taki stan rzeczy narusza zasadę niezawisłości członków Izby, a w konsekwencji narusza także niezależność samej Izby. W związku z powyższym zasadne i konieczne jest podjęcie działań legislacyjnych mających na celu zmianę wskazanych wyżej przesłanek odwołania poprzez usunięcie ich głównych wad godzących w niezawisłość członków Izby, takich jak: uznaniowość stosowania, możliwość odwołania z powołaniem się na utratę nieposzlakowanej opinii bez przeprowadzenia postępowania dyscyplinarnego zapewniającego członkowi Izby prawo do obrony, prawo do otrzymania uzasadnienia faktycznego i prawnego odwołania, prawo zaskarżenia decyzji o odwołaniu oraz możliwość odwołania wyłącznie z powodu upływu 6 miesięcy zawieszenia z uwagi na postawienie członkowi Izby zarzutów bez względu na to, czy w toku postępowania karnego zarzuty te okażą się w ogóle zasadne. Usunięcie wadliwości tak sformułowanych przesłanek odwołania członka Izby powinno nastąpić poprzez usunięcie art. 478 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy Pzp oraz zmianę art. 486 ust. 2 ustawy Pzp polegającą na usunięciu słów: „nie dłużej jednak niż 6 miesięcy”.

Wymaga przy tym podkreślenia, że postulowane zmiany przesłanek odwołania ze składu Izby mają na celu nie tylko ochronę członków Izby przed bezpodstawnym odwołaniem. Zmiany te mają na celu przede wszystkim zagwarantowanie realnej niezawisłości członków Izby, co jest

czynnikiem niezbędnym dla właściwego wypełniania przez nich obowiązków orzeczniczych i prawidłowego funkcjonowania systemu odwoławczego na rynku zamówień publicznych. Jak bowiem stwierdził Trybunał Konstytucyjny odnosząc się do regulacji dotyczących statusu sędziego: „Ich podstawowym celem nie jest ochrona indywidualnych interesów osób piastujących stanowiska w organach władzy sądowniczej, ale zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tej władzy w interesie ogółu” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2002 r., sygn. akt SK 29/01).

W wykonaniu uchwały Prezes Izby przekazał jej treść wraz ze stanowiskiem Izby: Prezesowi Rady Ministrów, Prezesowi UZP, Ministrowi Rozwoju i Technologii.

8. Elektronizacja

W celu dalszego usprawnienia postępowania odwoławczego, w szczególności skrócenia czasu trwania rozprawy, wzmocnienia zasady jawności postępowania przed Izba przez zapewnienie większej dokładności utrwalenia przebiegu postępowania, w tym postępowania dowodowego, Izba, we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, przygotowywała się do prowadzenia rozpraw z użyciem protokołu elektronicznego. Kierownictwo Izby oraz wybrani członkowie Izby brali aktywny udział w pracach wspólnego zespołu do spraw e-protokołu. Prace zespołu zasadniczo skupiały się na dostosowaniu narzędzia stosowanego w sądach powszechnych do specyfiki postępowania przed Izba oraz rozwiązywaniu bieżących problemów organizacyjnych i technicznych związanych z wprowadzaniem rozwiązania do rejestracji przebiegu rozpraw a także z udostępnianiem wytworzonego protokołu, stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego. Wprowadzenie e-protokołu zostało poprzedzone również licznymi symulacjami rozpraw, w których brali udział wszyscy członkowie Izby oraz protokolanci, w trakcie których w praktyce zapoznawano się z funkcjonowaniem e-protokołu. Przeprowadzane symulacje rozpraw umożliwiły również wstępne przetestowanie wdrażanych zmian oraz zgłaszanie dostrzeżonych problemów celem ich usunięcia przed uruchomieniem e-protokołu. Od 20 listopada 2023 r. do końca roku Krajowa Izba Odwoławcza dążąc do utrzymania jak najwyższych standardów efektywności orzekania w sprawach zamówień publicznych rozpoczęła pilotaż protokołu elektronicznego. Pilotażowe rozprawy z wykorzystaniem tego środka technicznego umożliwiły pełne przetestowanie jego funkcjonalności w rzeczywistym środowisku. Pilotaż pozwolił na poprawne i zgodne z oczekiwaniami stron i uczestników postępowania wdrożenie rozwiązania.

Podsumowanie

W roku 2023 r., Izba po raz kolejny zmierzyła się z bardzo dużą liczbą wniesionych odwołań. Systematycznie zwiększająca się liczba odwołań poniżej progów unijnych pozwala przypuszczać, że jest to trend który się utrzyma, lub nawet nasili. Niewątpliwie jest to dobry prognostyk dla polskiej gospodarki, świadczy bowiem o większej świadomości uczestników rynku w zakresie środków odwoławczych, co pozwala na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Nie można także pominąć faktu, że w najbliższym czasie zamawiający będą mogli wydatkować środki przyznawane w ramach Krajowego Planu Odbudowy, co zwiększy liczbę postępowań o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji zwiększy zapewne również liczbę postępowań odwoławczych prowadzonych przed Izba. Wszystkie te okoliczności niosą ze sobą zagrożenie wydłużenia postępowania przed Izba z uwagi na niewystarczającą, dla wzrastającej liczby odwołań, liczbę członków KIO oraz osób zapewniających obsługę organizacyjną Izby. Jak pokazał rok 2022 i 2023 w okresach, gdy występują braki kadrowe, w zasadzie nie jest możliwym rozpoznanie odwołania oraz ogłoszenie orzeczenia w terminie 15 dni. Aby ograniczyć ryzyko przedłużania postępowań odwoławczych niezbędne jest zatem zwiększenie zatrudnienia zarówno wśród członków Izby, jak i wśród osób zapewniających jej obsługę organizacyjną.

Krajowa Izba Odwoławcza w 2023 r. kontynuowała również działalność edukacyjną w postaci publikacji Zeszytów Orzeczniczych Izby oraz oznaczając wyroki według indeksów tematycznych (tagowanie) w celu ułatwienia korzystania z wyszukiwarki orzecznictwa.

Izba podjęła także wewnętrzne działania mające na celu dokonanie analizy i oceny przepisów ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zarówno postępowania o udzielenie zamówienia, postępowania odwoławczego, jak i funkcjonowania samej Izby. Pierwsze wyniki tych działań w postaci uchwały nr 5 Zgromadzenia Ogólnego Izby i wybranych postulatów de lege ferenda zostały przedstawione w tej Informacji, niemniej jednak planowane jest kontynuowanie prac.