

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2019 roku**

Warszawa 2021 r.

Spis treści

Wykaz skrótów i skrótowców	4
Wprowadzenie	6
CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 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
6. Związek zawodowy Krajowej Izby Odwoławczej.....	9
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 roku w ujęciu statystycznym.....	11
1. Wpływ odwołań.....	11
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania	12
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych	12
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby	12
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań	13
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania.....	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań	14
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie	14
9. Zdania odrębne.....	14
10. Powołanie biegłego	15
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań	15
13. Ogłaszanie orzeczeń	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	16
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy	17

16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	17
CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....	18
1. Praktyczne problemy związane z elektroniczną zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień dotyczących stosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, instrumentu do składania ofert w postaci elektronicznej oraz elektronicznej postaci gwarancji wadialnej	18
2. Problemy w przebiegu aukcji elektronicznej.....	28
3. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp – informacje wprowadzające w błąd.....	37
4. Wadium – zabezpieczenie oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w kontekście uchwały SN.....	43
5. Sentencja wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z uwzględnieniem postanowień dotyczących umorzenia i odrzucenia w części zarzutów podnoszonych w odwołaniu.....	48
CZĘŚĆ IV - Działalność pozaorzecznicza Izby.....	54
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa	54
2. Szkolenia zbiorowe	54
3. Narady orzecznicze i seminaria	55
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna	55
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa	56
Podsumowanie	57

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.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U z 2020 r., poz. 256 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1575 ze zm.)

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

Wprowadzenie

Prezentowana Informacja przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 r. w tym zagadnienia będące przedmiotem orzecznictwa Izby.

Informacja została podzielona na IV części.

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

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym i procentowym wraz z porównaniem z danymi dotyczącymi roku 2018. 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 i Sądów Okręgowych w 2019 r.

W tegorocznej Informacji skupiono się na tematach, które w możliwie najbardziej uniwersalny sposób odzwierciedlają istotę pracy orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, a także pozwalają na zapoznanie się z praktycznym wymiarem procesu elektronicznej zamówień publicznych. Poruszono również zagadnienie konstrukcji sentencji wyroku Izby, które – pomimo pozornie technicznego charakteru – dotyczy możliwości obrony swoich praw przez wnoszącego skargę od wyroku.

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 1/2021 z dnia 29 września 2021 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 479 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 r.

1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby

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

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

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

Obok orzekania w sprawach odwołań, Izba – zgodnie z art. 183 ust. 2 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. 167 ust. 3 i nast. ustawy Pzp Izba jest także organem właściwym do rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu.

W 2019 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby

Odwoławczej, zmieniony zarządzeniami Prezesa Izby Nr 1/2015 z dnia 8 stycznia 2015 r., Nr 1/2018 z dnia 23 maja 2018 r. i Nr 2/2018 z dnia 12 września 2018 r., regulujący organizację pracy Izby i – wobec braku regulacji ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby.

Ponadto, zarządzeniem Nr 288 Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 grudnia 2019 r. zmieniony został Regulamin Pracy Krajowej Izby Odwoławczej, wprowadzony zarządzeniem nr 261 z dnia 30 sierpnia 2018 r. Rzeczony regulamin ustala organizację i porządek w procesie pracy KIO oraz związane z tym prawa i obowiązki członków Izby i Prezesa UZP.

Kwestie przetwarzania danych osobowych i ich przepływu regulują „Procedury bezpieczeństwa danych osobowych zawartych w dokumentach składanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej”.

2. Skład osobowy Izby

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

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

Zgodnie z art. 173 ust. 1 ustawy Pzp, w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Na koniec roku sprawozdawczego w skład Izby wchodziło 48 osób.

3. Organy Izby

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

- Prezes,
- Wiceprezes,
- Zgromadzenie ogólne.

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

W okresie objętym Informacją funkcję Prezesa Izby pełniła Małgorzata Rakowska, funkcję Wiceprezesa Izby, do dnia 30 czerwca 2019 r., pełnił Emil Kuriata, a od dnia 6 września 2019 r., funkcję Wiceprezesa Izby pełnił Jan Kuzawiński.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby. W 2019 r. odbyło się pięć Zgromadzeń ogólnych, z czego jedno stanowiło Sąd Dyscyplinarny II Instancji. Przedmiotem dwóch Zgromadzeń było przyjęcie informacji rocznej za rok 2018, jedno Zgromadzenie poświęcone zostało powołaniu Sądu Dyscyplinarnego I Instancji, kolejne zaś – wyborowi kandydatów na Prezesa KIO, celem przedstawienia kandydatur Prezesowi UZP.

4. Rzecznik dyscyplinarny

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

W roku 2019 funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełniła Izabela Niedziątek-Bujak.

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

W okresie sprawozdawczym Sąd Dyscyplinarny I Instancji uznał obwinionego członka za niewinnego zarzucanego mu czynu. Sąd Dyscyplinarny II Instancji, który stanowi Zgromadzenie Ogólne Izby - utrzymał w mocy wyrok Sądu Dyscyplinarnego I Instancji. Postępowanie dotyczyło sprawy wszczętej w 2018 r. Od wyroku Sądu Dyscyplinarnego II Instancji rzecznik dyscyplinarny wniósł odwołanie do Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

W 2019 r. do rzecznika dyscyplinarnego złożono jeden wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, w odpowiedzi na który wydane zostało postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego.

5. Rzecznik prasowy

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywanie informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. Do dnia 21 czerwca 2019 r, funkcję tę pełniła Magdalena Grabarczyk, natomiast od dnia 9 września 2019 r. – Katarzyna Prowadzisz.

6. Związek Zawodowy Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 28 sierpnia 2019 roku, zebrani członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podjęli Uchwałę nr 1/2019 o utworzeniu Związku Zawodowego Krajowej Izby Odwoławczej. W tym samym dniu, Uchwałą nr 2/2019 powołano Komitet Założycielski Związku Zawodowego Krajowej Izby Odwoławczej, a Uchwałą nr 3/2019 przyjęto Statut Związku Zawodowego Krajowej Izby Odwoławczej.

Z dniem 21 października 2019 roku, Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie – XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego dokonał rejestracji związku zawodowego pn.: „Związek Zawodowy Krajowej Izby Odwoławczej”.

Na dzień 31 grudnia 2019 roku, Związek Zawodowy Krajowej Izby Odwoławczej liczył 22 członków.

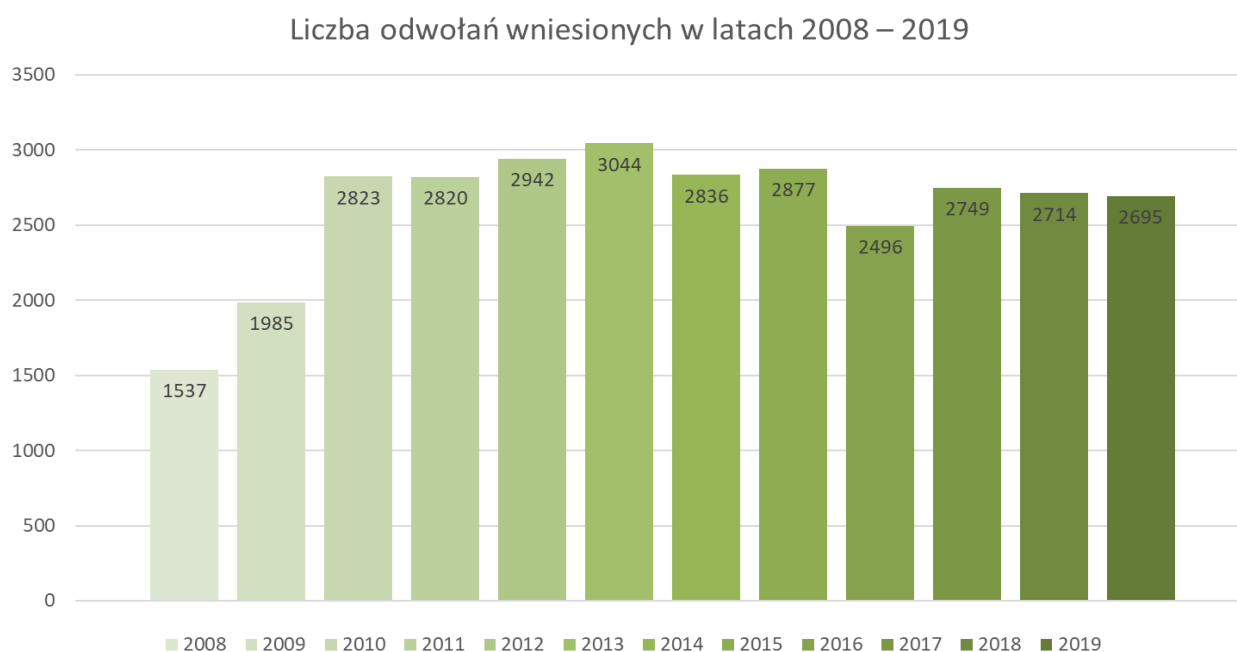
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2019 r. w ujęciu statystycznym

1. Wpływ odwołań

W 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęło 2695 odwołań. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 2694 (w tym 155 odwołań wniesionych w 2018 r.).

Spośród odwołań wniesionych w 2019 r. do rozpoznania w 2020 r. pozostało 154 odwołań.

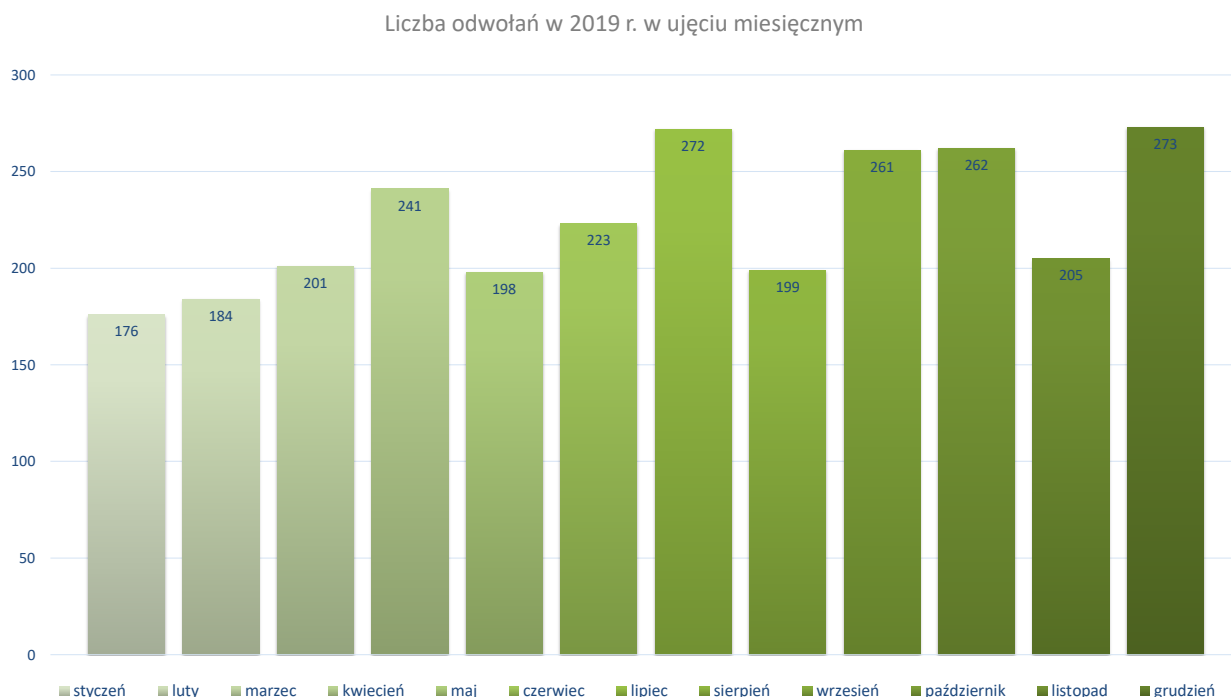
W celu porównania, poniżej zaprezentowano wpływ odwołań w ciągu poszczególnych lat, przez cały dotychczasowy okres funkcjonowania Izby (z pominięciem danych z grudnia 2007 r.).



W 2019 r. nastąpił wyraźny wzrost ilości odwołań wnoszonych w formie elektronicznej – 1247 odwołań, co stanowiło 46% wszystkich – w porównaniu do 28% w 2018 r. W papierowej postaci formy pisemnej wniesiono 1448 odwołań (54%). Był to kolejny rok w którym utrzymała się taka tendencja – w poprzednich latach udział odwołań wnoszonych w formie elektronicznej wynosił odpowiednio: 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%.

W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2019 r. – 740 odwołań, następnie w III kwartale wniesiono 732 odwołań, w II kwartale 662 odwołań, a w I kwartale wniesiono 561 odwołań.

W ujęciu miesięcznym wpływ odwołań prezentuje poniższy wykres.



2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 1971, czyli 73% ogółu wniesionych w 2019 r. odwołań (w 2018 r. ich udział wynosił 76%). Pozostałe 720, czyli 27% odwołań wniesionych w 2019 r., dotyczyło postępowań o wartościach tzw. podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 2694 odwołań wniesionych w 2019 r. - 41% dotyczyło usług, 39% – dostaw, a 20% – robót budowlanych (w 2018 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 42% usługi, 38% dostawy i 20% roboty budowlane).

3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2019 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 2345 przystąpień, w tym 1832 po stronie zamawiającego (78%) oraz 513 po stronie odwołującego (22%).

4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby

W 2019 r. braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp wystąpiły w 609 odwołaniach, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2018 r. miało to miejsce w stosunku do 654 odwołań).

Spośród 2695 odwołań, które wpłynęły do Prezesa Izby w 2019 r. zwróconych zostało 201 odwołań, czyli 8% (w 2018 r. zwrócono 206 odwołań, co stanowiło 8% wszystkich odwołań). Prezes Izby zwrócił odwołania z następujących powodów: nieuiszczenia wpisu – 87 odwołań, niezpełnienia innych braków formalnych – 51 odwołań, niezpełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 60 odwołań. Natomiast składy orzekające zwróciły 3 odwołania z powodu niezpełnienia braków formalnych.

Zwroty odwołań przez skład orzekający na podstawie art. 187 ust. 7 ustawy Pzp następowały z uwagi na:

1. brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 59 odwołań;
2. brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 57 odwołań;
3. niedochowanie formy wniesienia odwołania zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp – 7 odwołań;
4. brak treści wskazanej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp – 1 odwołanie.

5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

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

W 2019 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym (nie licząc zwrotów odwołań) 2034 odwołań (82%), a w składzie trzyosobowym – 459 odwołania (18%). W 2018 r., w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 76% i 24%.

6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

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

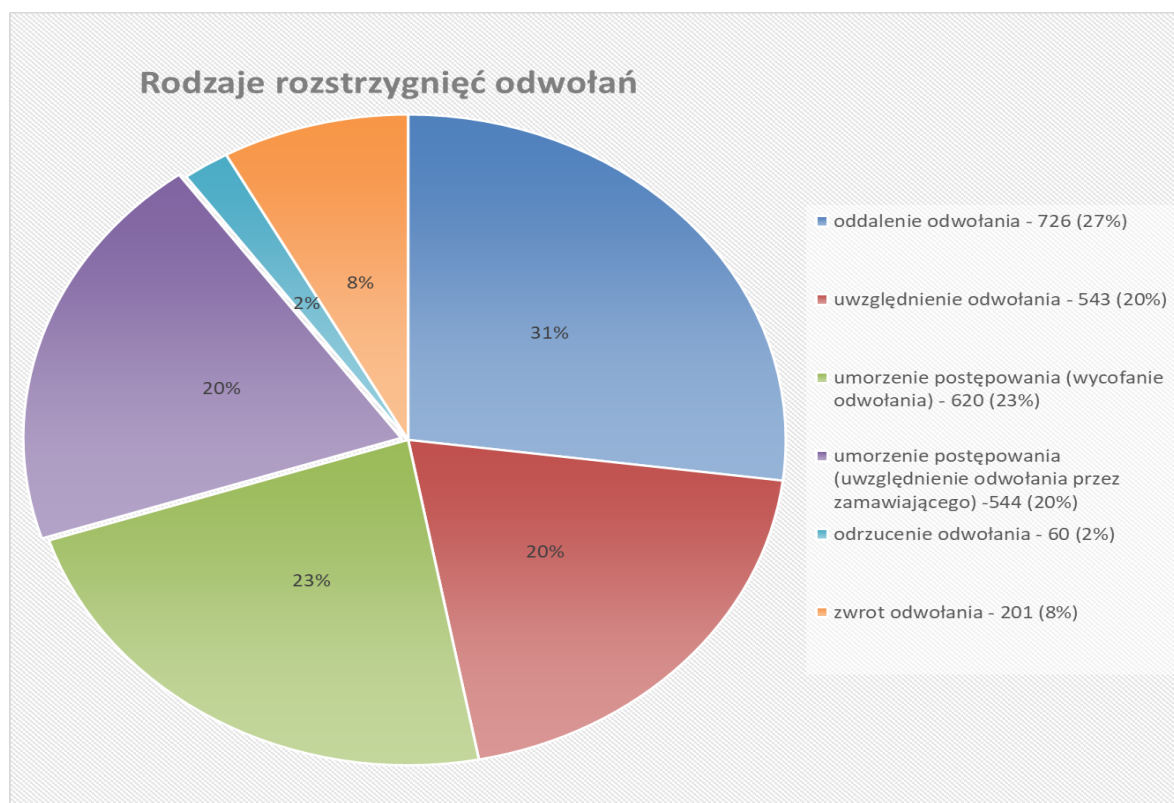
Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 361, tj. 13% ogólnej liczby 2694 rozpoznanych odwołań.

Natomiast w 2018 r. do łącznego rozpoznania zostało skierowanych 18% odwołań, a w 2017 r., było to 19%.

7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2019 r. podlegały 2493 odwołania, w wyniku czego:

1. 726 odwołań zostało oddalonych (ok. 27%);
2. 543 odwołań zostało uwzględnionych (ok. 20%);
3. 620 postępowań zostały umorzone wskutek wycofania odwołania (ok. 23%);
4. 544 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (ok. 20%);
5. 60 odwołań zostało odrzuconych (ok. 2%);



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

W 2019 r. Izba orzekła o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego w jednej sprawie (w wysokości 25 000 zł). W żadnej sprawie Izba nie orzekła o skróceniu okresu obowiązywania lub o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 2 zdania odrębne. Dla porównania zarówno w roku 2018 jak i 2017 r. zgłoszono 6 zdań odrębnych.

W 2019 r. zdania odrębne dotyczyły zwrotu uzasadnionych kosztów pełnomocnika oraz dopuszczalności wniesienia odwołania w postępowaniu na usługi społeczne w przypadku o którym mowa w art. 138o ustawy Pzp.

10. Powołanie biegłego

W okresie sprawozdawczym przeprowadzono dowód z opinii biegłego w 2 postępowaniach, a w 2018 r. w 7 postępowaniach. W roku 2019 opinie biegłych dotyczyły wiadomości specjalnych z dziedziny informatyki.

11. Prawomocność orzeczeń

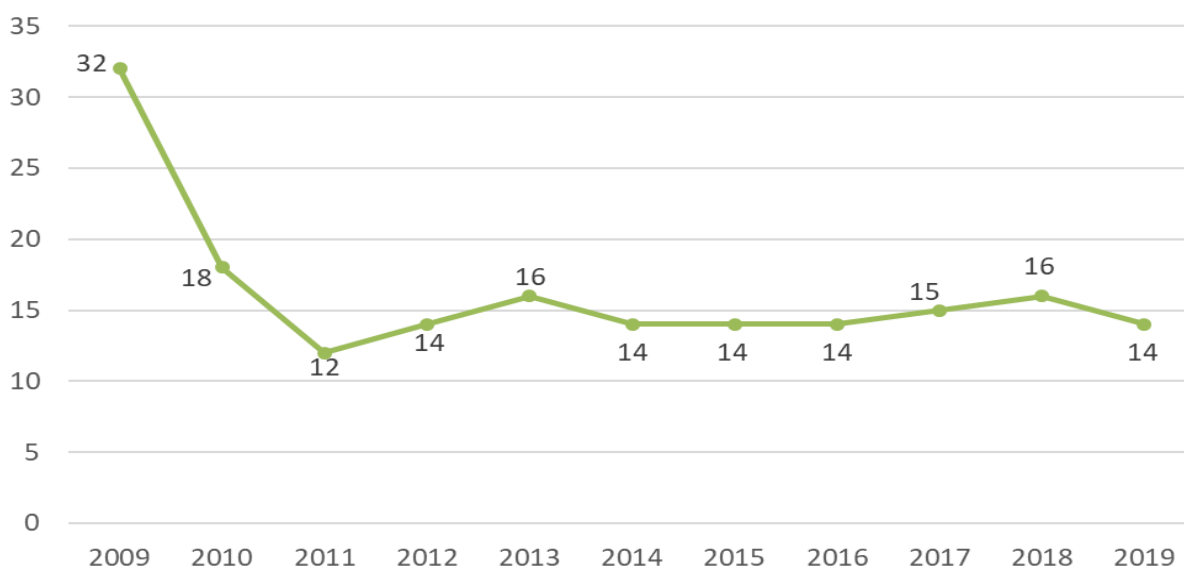
W 2019 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 29 orzeczeń (w 2018 r. było to 17 orzeczeń). We wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony.

12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2019 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 14 dni, a w 2018 r. – 16 dni.

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

Średnia liczba dni od wpływu odwołania do wydania orzeczenia

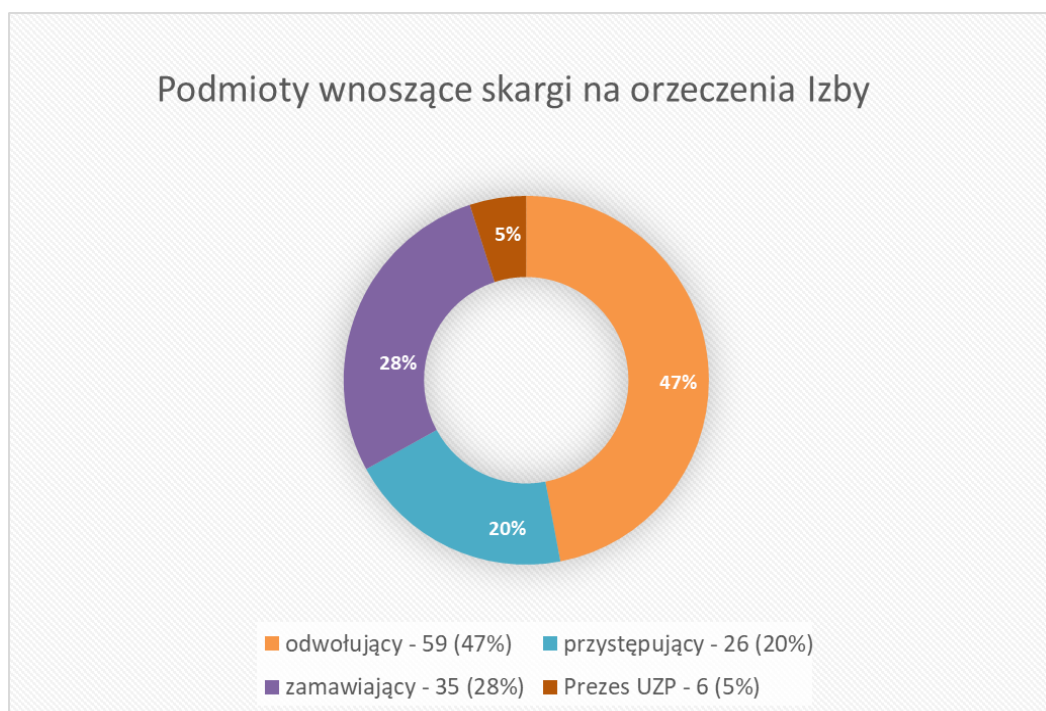


13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawilej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawilóść sprawy – uznała w 2019 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 964 przypadkach (co stanowi 75% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2018 r. było to 1119 (81%).

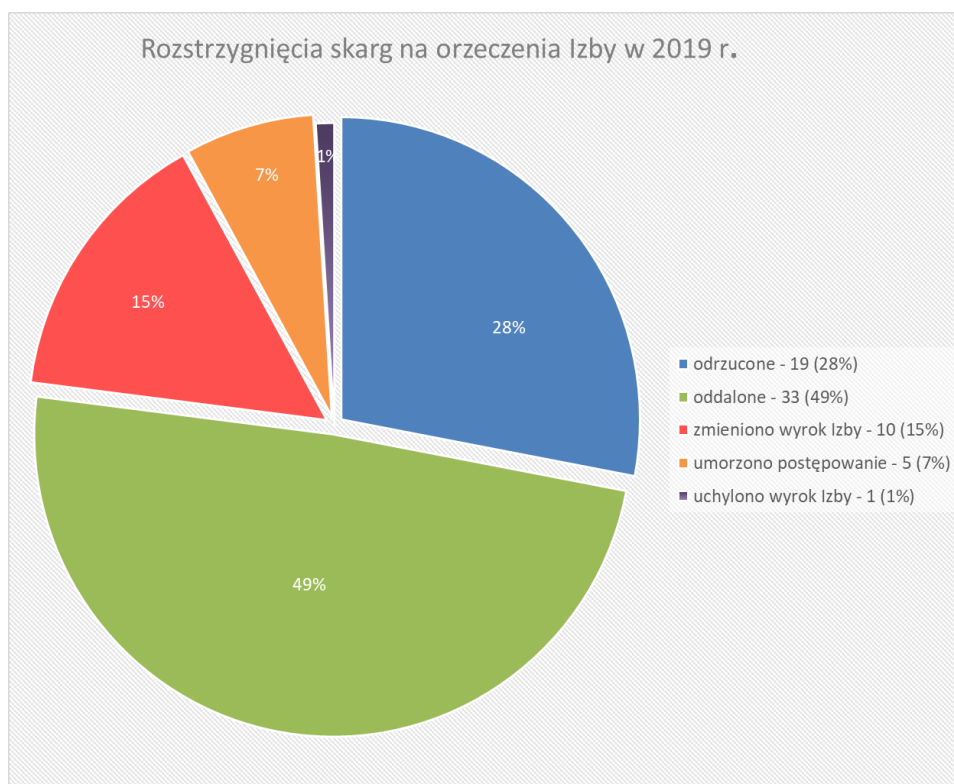
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W 2019 r. wniesiono 126 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 5,2% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 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 28 lutego 2020 r.), że w 2019 r. rozpoznano 68 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 19 skarg zostało odrzuconych (28%), 33 skarg zostało oddalonych (49%), w 10 sprawach zmieniono wyrok (15%), w 5 sprawach umorzono postępowanie skargowe (7%), w 1 sprawie uchylono wyrok (1%). W toku jest 58 spraw.

Od orzeczeń sądów okręgowych w 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wnosił skarg kasacyjnych. Dla porównania, w 2018 r. Prezes UZP wniósł jedną skargę kasacyjną, w 2017 r. – dwie.



15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

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

Z kolei w 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 29 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 14 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (48%), 13 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (45%) oraz 2 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (7%).

16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Z art. 167 ust. 1 i art. 171a ustawy Pzp, wynika uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej. Opinię w przedmiocie tych zastrzeżeń Izba wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń od wyników kontroli. Za wyjątkiem dwóch przypadków, zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba w 2019 r. wydała 76 opinii, w tym: 62 opinii (82%) nieuwzględniających zastrzeżeń, 2 opinie (3%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 12 opinii (15%) częściowo uwzględniającą zastrzeżenia.

Dla porównania w 2018 r. wydała 44 opinie, w tym: 39 opinii (89%) nieuwzględniających zastrzeżeń, 4 opinie (9%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 1 opinię (2%) częściowo uwzględniającą zastrzeżenia.



CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby

- 1. Praktyczne problemy związane z elektroniczną zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień dotyczących stosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, instrumentu do składania ofert w postaci elektronicznej oraz elektronicznej postaci gwarancji wadialnej**

Elektronizacja zamówień publicznych, która nastąpiła z dniem 18 października 2018 r. wywołała szereg wątpliwości, co znalazło swoje odzwierciedlenie we wnoszonych

odwołaniach i w konsekwencji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odnosiły się one w szczególności do sporządzenia ofert w formie skanu, a następnie podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym, protokołu SHA-1 przy podpisie, jego walidacji, narzędzia do składania ofert oraz formy wystawienia i sposobu przekazywania gwarancji wadialnej.

W roku 2018 zapadły pierwsze orzeczenia w tym zakresie, a w kolejnym roku nastąpiło już ukształtowanie orzecznictwa w kwestiach, które w pierwszych miesiącach obowiązywania nowych przepisów budziły najczęściej niejasności. Dominującym stał się pogląd, że możliwe jest skuteczne złożenie oferty uprzednio sporządzonej w formie papierowej – po wydrukowaniu jej, odręcznym podpisaniu i zeskanowaniu, a następnie podpisaniu jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przekazaniu w drodze elektronicznej do zamawiającego. Takie stanowisko znalazło wyraz m.in. w wyrokach Izby z dnia: 8 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 119/19, 25 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 221/19, 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 277/19, 29 marca 2019 r. sygn. akt 428/19, 11 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 540/19, 22 maja 2019 r. sygn. akt KIO 853/19, 18 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1006/19 oraz 13 września 2019 sygn. akt KIO 1686/19.

Zostało także ukształtowane orzecznictwo w zakresie ważności ofert podpisanych kwalifikowanym podpisem elektronicznym z zastosowaniem algorytmu SHA-1 (np. w wyrokach z 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 137/19, 14 lutego 2019 r. sygn. akt 156/19, 15 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 176/19 czy też 25 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 189/19).

W przedmiotowych orzeczeniach Izba przyjęła jednolity pogląd sprowadzający się do stwierdzenia, że w aktualnym stanie prawnym brak jest przepisów odmawiających ważności kwalifikowanym podpisom elektronicznym wyłącznie z powodu zastosowania funkcji skrótu podpisu SHA-1. W związku z tym opatrzenie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykorzystującym algorytm skrótu SHA-1 zostało uznane za dopuszczalne i nie stanowiło przesłanki odrzucenia oferty.

W 2019 r., w związku z wystąpieniem dalszych wątpliwości powstałych na tle różnych stanów faktycznych analizowanych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, nastąpiło poszerzenie zakresu rozpoznawanych przez Izbę zagadnień, związanych z elektroniczną zamawianiem.

W 2019 r. składy orzekające Izby szczególnie często rozpatrywały odwołania zawierające zarzuty związane ze stosowaniem przez wykonawców kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Najczęstsze problemy dotyczyły walidacji takiego podpisu oraz jego postaci. Jeśli chodzi o ten drugi aspekt na uwagę zasługuje wyrok z 19 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 599/19, w którym zestawiając przepisy ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700) oraz

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73- dalej: „rozporządzenie eIDAS”), wskazano, że czym innym jest narzędzie w postaci profilu zaufanego na ePUAP, a czym innym jest kwalifikowany podpis elektroniczny. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Izba stwierdziła, że oba podpisy służą do podpisywania elektronicznego, jednak ich przeznaczenie i moc prawna nie są tożsame. Kwalifikowany podpis elektroniczny korzysta również z domniemań ustanowionych przez ustawodawcę i jest szczególną formą podpisu zaawansowanego, o określonych wymaganiach technicznych i organizacyjnych. Tym samym skład orzekający uznał, że nie ma możliwości używania w sposób zamienny wskazanych powyżej narzędzi elektronicznych.

Jeśli chodzi o kwestię walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego to decydujące znaczenie dla rozpoznawania takich spraw miały w każdym przypadku indywidualne okoliczności danej sprawy. Ilość spraw rozpatrywanych przez Izbę w połączeniu ze szczególnym uzależnieniem rozstrzygnięcia od okoliczności faktycznych danej sprawy przekracza założenia przedmiotowego opracowania. W związku z tym warto zwrócić uwagę na celną i syntetyczną konstatację dotyczącą tego zagadnienia wskazaną w wyroku z 5 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2366/19, w którym skład orzekający uznał, iż w orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że:

- zamawiający posługując się narzędziem do walidacji podpisu elektronicznego pochodzącego od kwalifikowanego podmiotu uprawnionego do dokonywania walidacji takich podpisów jest w stanie zweryfikować, czy złożony podpis jest oparty na kwalifikowanym certyfikacie, czy też nie (wyrok z 13 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1479/19);
- stwierdzenie ważności i prawidłowości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego na gruncie ustawy Pzp powinno być oceniane (uwzględniając przepisy rozporządzenia eIDAS) poprzez wynik walidacji przeprowadzonej przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania w ramach świadczonej kwalifikowanej usługi walidacji danego kwalifikowanego podpisu elektronicznego (wyrok z 13 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 137/19);
- kwalifikowany podpis elektroniczny można uznać za prawidłowo złożony tylko wówczas, gdy można go skutecznie zweryfikować i potwierdzić jego ważność (wyrok z dnia 20 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 208/19).

W kontekście podpisu bardzo ciekawe zagadnienie zostało poruszone w wyroku z 28 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1586/19. Rozpoznając odwołanie w tej sprawie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że podpis elektroniczny identyfikuje osobę, a nie firmę, w imieniu której ta osoba działa. Powyższe wynika z przepisów rozporządzenia eIDAS, które przede wszystkim definiuje podpis elektroniczny jako dane, które są użyte przez

„podpisującego” (art. 3 pkt 10), z kolei zaś „podpisujący” jest zdefiniowany jako osoba fizyczna (art. 3 pkt 9). Dodatkowo kwalifikowany podpis elektroniczny definiowany jest jako m.in. opierający się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego (art. 3 pkt 12), zaś certyfikat podpisu elektronicznego oznacza poświadczenie elektroniczne, które przyporządkowuje dane służące do walidacji podpisu elektronicznego do osoby fizycznej (art. 3 pkt 14). Pojęcia związane z podpisem elektronicznym odnoszą się więc każdorazowo do osoby fizycznej i wynika z nich jednoznacznie, że podpis elektroniczny przyporządkowany jest do osoby fizycznej, co oznacza, że identyfikuje tę właśnie osobę fizyczną. Dodatkowo skład orzekający zwrócił uwagę na art. 26 rozporządzenia eIDAS, w którym przewidziano wymogi dla zaawansowanego podpisu elektronicznego. Trzy pierwsze wymogi odnoszą się do podpisującego, czyli osoby fizycznej (art. 3 pkt 9) i wskazują na takie cechy podpisu, jak: unikalne przyporządkowane podpisującemu, możliwość ustalenia tożsamości podpisującego i kontrola podpisującego nad danymi, których używa do złożenia podpisu. Powyższe ponownie potwierdza, że podpis elektroniczny przypisany jest do osoby fizycznej i identyfikuje tę osobę, gdyż umożliwia ustalenie jej tożsamości. W przedmiotowej sprawie poza sporem pozostawało, że osoba podpisująca ofertę odwołującego złożyła prawidłowy, z technicznego punktu widzenia, podpis, czyli podpis odpowiadający wymogom wynikającym z art. 26 rozporządzenia eIDAS. Żadna ze stron powyższego faktu nie kwestionowała. Również poza sporem pozostawała okoliczność, że zgodnie z informacją z KRS, osoba ta była uprawniona do jednoosobowej reprezentacji odwołującego. Spór pomiędzy stronami dotyczył natomiast oceny faktu, że w niektórych programach w procesie weryfikacji podpisu elektronicznego złożonego wraz z ofertą odwołującego, obok nazwiska osoby, która złożyła podpis pojawiła się nazwa innej prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, tj. nazwa inna niż nazwa odwołującego. Oceniając powyższą sytuację Izba stwierdziła, że powyższa okoliczność nie miała wpływu na ważność podpisu złożonego przez tą osobę na ofercie.

Ponadto zagadnienia dotyczące kwalifikowanego podpisu elektronicznego zostały podnoszone m. in. w następujących orzeczeniach Izby z dnia: 18 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 179/19, 184/19, 187/19, 19 marca 2019 r. sygn. akt KIO 362/19, 25 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 671/19, 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 695/19, z 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1754/19, 12 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2173/19 oraz 16 grudnia 2019 r. sygn. akt 2464/19.

Następnym interesującym zagadnieniem z punktu widzenia niniejszego opracowania były problemy wykonawców i zamawiających związane ze stosowaniem instrumentów do składania ofert w postaci elektronicznej. Pod określeniem instrumenty należy rozumieć różnego rodzaju elektroniczne platformy zakupowe, będące w dyspozycji zamawiających, mające charakter komercyjny oraz tzw. miniPortal. Podobnie jak dla zagadnienia związanego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym w rozpoznaniu odwołań dotyczących

instrumentów do składania ofert w postaci elektronicznej decydujące znaczenie miał stan faktyczny danej sprawy i niejednokrotnie drobne niuanse dotyczące kwestii technicznych decydowały o wyniku postępowania odwoławczego.

Jedną z podnoszonych w odwołaniach kwestii dotyczących ww. zagadnienia była konieczność unieważnienia postępowania z powodu niemożności złożenia oferty w związku z wadliwym działaniem platformy zakupowej lub systemu informatycznego dedykowanego do obsługi związanej ze składaniem ofert. W wyroku z 14 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2671/18 Izba stwierdziła, że co do zasady sytuacja, w której wykonawca z powodu wadliwości działania systemu informatycznego nie może złożyć oferty, jest podstawą do tego, aby zamawiający unieważnił postępowanie. W tym kontekście skład orzekający wskazał, że w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca przewidział obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli doszło w nim do takiego naruszenia przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Brak możliwości złożenia oferty z przyczyn wynikających z działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może mieć wpływ na wynik tego postępowania, ponieważ zostaje ograniczona uczciwa konkurencja, a ponadto istnieje możliwość, że wykonawca, któremu system uniemożliwił złożenie oferty, mógłby złożyć ofertę, która mogłaby się okazać najkorzystniejsza. Tym samym w takiej sytuacji, co do zasady zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał w postępowaniu odwoławczym, że przyczyny braku możliwości złożenia przez niego oferty wynikały ze sposobu działania używanej przez zamawiającego platformy zakupowej. W szczególności, w świetle dowodów przedstawionych przez zamawiającego, nie można było stwierdzić, że wadliwe działanie ww. platformy w momencie składania oferty uniemożliwiło odwołującemu jej złożenie, skoro nie odnotowano nawet próby jego wejścia do systemu oraz że ww. platforma w ogóle działała wadliwie w dniu, w którym upływał termin na składanie ofert. Dlatego też odwołanie zostało oddalone.

W kontekście omawianego zagadnienia szczególne znaczenie mają okoliczności związane z dochowaniem przez wykonawcę należytej staranności oraz ze skutecznym udowodnieniem stanowiska przez odwołującego.

W wyroku z 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 640/19 wskazano, że podnoszenie zarzutów co do błędnego przygotowania w SIWZ formularza do składania ofert jest zarzutem spóźnionym. Skład orzekający skonstatował, że nie było żadnych przeszkód, aby odwołujący dokonał np. próbnego składania oferty i wskazał zamawiającemu zauważone błędy poprzez zadanie pytań do treści SIWZ lub wniósł do KIO odwołanie na treść postanowień SIWZ w tym zakresie. W przedmiotowym wyroku skład orzekający zwrócił uwagę, że forma

elektronicznych składanych ofert, generuje niewątpliwie nowe problemy w tym zakresie dlatego też odwołujący winien był zachować należyłą staranność jaka jest wymagana od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą.

Z kolei w wyroku z 16 czerwca 2019 r. 2019 r. sygn. akt KIO 994/19 Izba uznała, że Odwołujący nie sprostował wymogowi udowodnienia zasadności żądania ponowienia czynności otwarcia ofert. Czynność ta została przez Zamawiającego przeprowadzona w sposób prawidłowy, a brak możliwości odszyfrowania oferty Odwołującego wynikał z podania przez niego w procesie składania oferty błędnego numeru ID postępowania. Dalej Izba zaznaczyła, że odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zamawiający, dochodząc do obiektywnie weryfikowalnego wniosku - że oferty odwołującego nie da się otworzyć - zachował się nieprawidłowo. Konieczne byłoby wskazanie, jaki błąd popełnił zamawiający lub też gdzie zawiódł system, którym operuje zamawiający, względnie jakie zachowanie należało uznać za prawidłowe. Izba wskazała, że wykonawca kwestionujący prawidłowość technicznej czynności zamawiającego, nie może ograniczyć się do polemiki z rezultatami tej czynności, a winien chociażby podjąć próbę wskazania wady w postępowaniu zamawiającego, dopiero to bowiem umożliwiłoby Izbie ocenę zachowania zamawiającego. Dotyczy to również elementów związanych z działaniem systemu informatycznego, z którego korzysta zamawiający. Jeżeli odwołujący stawia tezę, że system ten działał nieprawidłowo i do zmiany numeru ID postępowania doszło po złożeniu oferty a w trakcie wprowadzenia jej do systemu zamawiającego, to taki dowód winien przedstawić. Nic nie stało na przeszkodzie zwrócenia się do administratora miniPortalu z zapytaniem, czym mogły być spowodowane nieprawidłowości przy deszyfryzacji oferty wykonawcy. Natomiast zamawiający dochował należytej staranności i takie postępowanie wyjaśniające przeprowadził. Złożone wyniki tego postępowania pokazały, że nie było mowy o błędzie systemu, ale że doszło do błędu ludzkiego. Tym samym Izba nie dopatrywała się w przedmiotowej sprawie podstaw do unieważnienia postępowania i nie stwierdziła naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto zagadnienia dotyczące funkcjonowania instrumentu do składania ofert w postaci elektronicznej zostały podnoszone m. in. w orzeczeniach Izby z dnia: z 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 217/19, 26 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 656/19, 8 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1181/19, 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1526/19, 24 września 2019 r. sygn. akt KIO 1748/19, 5 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2363/19 oraz 10 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2391/19.

Kolejnym istotnym zagadnieniem z zakresu elektronicznej, które miało swoje przełożenie na orzecznictwo Izby, jest elektroniczna postać gwarancji wadium. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy (...). Z ustawy Pzp wynika, że nie została przewidziana możliwość konwalidacji czynności złożenia wadium, co oznacza, że

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jest obowiązek jego wniesienia, aby oferta była rozpatrywana przez zamawiającego, musi ona zostać prawidłowo zabezpieczona wadium. Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp wadium może być wnoszone m.in. w formie gwarancji bankowych lub gwarancji ubezpieczeniowych.

W omawianym okresie, w orzecznictwie Izby dotyczącym niepieniężnej formy wadium, problemy dotyczyły m.in.: walidacji podpisu elektronicznego wystawcy gwarancji, złożenia kopii wadium przekazanej elektronicznie z podpisem wykonawcy zamiast gwaranta, złożenia wadium w formie pisemnej w postaci papierowej, a nie elektronicznej.

W sprawie KIO 208/19, w której wyrok został wydany w dniu 20 lutego 2019 r., przedmiot sporu dotyczył uprawnienia zamawiającego do weryfikacji podpisu elektronicznego, złożonego na dokumencie gwarancji oraz czy w przypadku uzyskania negatywnego wyniku takiego procesu, może dojść do odrzucenia oferty, a także tego, czy złożone przez bank po dacie otwarcia ofert pismo potwierdzające treść gwarancji i złożone pod nią podpisy, stanowi skuteczne ich potwierdzenie. Zamawiający żądał wniesienia wadium i wymagał, aby w przypadku gwarancji bankowych było wniesione w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do wystawienia tego dokumentu. Odwołujący złożył ofertę w formie elektronicznej. Do oferty została dołączona gwarancja bankowa, której towarzyszyły informacje, zamieszczone na kolejnych stronach tj. 2 i 3, oznaczonych nr 1/1 każda, o treści wskazującej na podpisanie dokumentu "Oryginał e-gwarancja_PZP.pdf" przez panią J. M. K. (str. 2) oraz panią I. J. (str. 3) certyfikatem kwalifikowanym o podanym numerze seryjnym, które to informacje, na co wskazywał materiał zgromadzony w sprawie, można swobodnie kopiować i wklejać do każdego dokumentu. Według oświadczenia odwołującego, złożonego na rozprawie, otrzymał on z banku jeden plik, który następnie bez dokonywania w nim modyfikacji przesłał do zamawiającego. Dokument ten w ocenie odwołującego został opatrzony wewnętrznymi podpisami elektronicznymi, a złożenie tych podpisów zostało uwierzytelnione na jego kolejnych stronach w ww. sposób. Odwołujący nie kwestionował stanowiska zamawiającego i przystępującego, z których wynikało, że podczas weryfikacji podpisu programami Szafir Weryfikująca 1.0, Szafir 2.0.0, ProCertum SmartSign, Adobe Acrobat Reader oraz na stronie internetowej: weryfikacjapodpisu.pl, uzyskiwane są komunikaty, wskazujące, iż plik nie zawiera podpisów.

W omawianej sprawie Izba uznała, że opatrzenie gwarancji bankowej, złożonej w postaci elektronicznej, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, było niezbędne dla stwierdzenia prawidłowości jej złożenia oraz, że zamawiający był uprawniony do weryfikacji podpisu elektronicznego w celu ustalenia czy wadium zostało skutecznie wniesione. W ocenie Izby zostało wykazane, że gwarancja bankowa załączona do oferty przez odwołującego nie została prawidłowo podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

a złożone po dacie otwarcia ofert pismo banku pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości złożonego przez odwołującego wadium, które ze swej istoty powinno należycie zabezpieczać interes zamawiającego (beneficjenta) na moment składania ofert. Tym samym zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W uzasadnieniu tego wyroku został przywołany m.in. przepis art. 78¹ § 1 k.c. oraz przepisy ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. poz. 1579 ze zm.), a także przepisy rozporządzenia „eIDAS”. Wskazując na powyższe przepisy Izba zwróciła uwagę, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej konieczne są dwa elementy, tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie takiego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nadto skład orzekający zauważył, iż kwalifikowany podpis elektroniczny oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego, tj. certyfikacie podpisu elektronicznego, który jest wydawany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i spełnia określone wymogi. Usługę walidacji kwalifikowanych podpisów elektronicznych świadczy kwalifikowany dostawca usług zaufania, który zapewnia jej przeprowadzenie z uwzględnieniem art. 32 ust. 1 rozporządzenia eIDAS oraz umożliwia stronom ufającym otrzymanie wyniku procesu walidacji w sposób automatyczny, wiarygodny i skuteczny, przy użyciu zaawansowanego podpisu elektronicznego lub zaawansowanej pieczęci elektronicznej dostawcy kwalifikowanej usługi walidacji.

W ocenie Izby dla przyjęcia, iż dokument został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zamawiający, jako osoba ufająca, powinien uzyskać pozytywny wynik walidacji podpisu za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, który jest wpisany do rejestru, bowiem zapewnia to prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Dodanie do dokumentu gwarancji kolejnych dwóch stron, zawierających informacje o złożeniu kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez określone osoby, które to informacje można swobodnie kopiować i wklejać do każdego dokumentu, nie może być uznane za dowód na to, że kwalifikowane podpisy elektroniczne zostały złożone na dokumencie wadium, gdy wynik walidacji temu przeczy. Oświadczenie banku złożone po otwarciu ofert, nie może zastąpić procesu walidacji w aplikacjach dedykowanych, dostarczanych przez dostawców usług zaufania, do przeprowadzenia którego zamawiający, jako osoba ufająca, jest uprawniony.

Rozpatrując spory dotyczące złożenia kopii wadium przekazanej elektronicznie z podpisem wykonawcy zamiast gwaranta, Izba uznała, iż aby można było stwierdzić, czy

i przez kogo oświadczenie woli zostało złożone, dokument gwarancyjny powinien posiadać właściwy podpis gwaranta.

W wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 709/19, wydanym na skutek odwołania kwestionującego m.in. czynność odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego m.in. na podstawie w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na to, iż odwołujący przedłożył kopię, a nie oryginał gwarancji wadialnej, Izba stwierdziła bezzasadność tego zarzutu.

W postępowaniu zamawiający wymagał wniesienia wadium (w odniesieniu do form innych niż pieniężna) w oryginale, w formie elektronicznej poprzez wczytanie oryginału dokumentu wadialnego do platformy EPZ podobnie jak innych dokumentów. Odwołujący złożył wraz z ofertą uniwersalną polisę ubezpieczeniową opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika odwołującego, a nie wystawcy dokumentu.

W ocenie Izby złożona przez odwołującego polisa uniwersalna mogła zostać sporządzona w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej, natomiast by mogła zostać uznana za oryginał dokumentu gwarancyjnego wniesionego w formie elektronicznej, powinna być opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jej wystawcę, a nie przez pełnomocnika odwołującego. W ocenie Izby należy odróżnić ustanowienie wadium w formie gwarancji rozumianej, jako zawarcie stosownej umowy przez wykonawcę z instytucją (bankiem, zakładem ubezpieczeń) od wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, która to czynność swym zakresem musi obejmować złożenie dokumentu potwierdzającego ustanowienie wadium w formie gwarancji. W przeciwnym wypadku zamawiający nie miałby możliwości ustalenia, czy wadium zostało wniesione, ani czy zostało wniesione w sposób prawidłowy, a w konsekwencji czy został zrealizowany jego cel, tj. czy zabezpiecza ono interesy zamawiającego i czy zamawiający będzie mógł zaspokoić się z tak wniesionego wadium. Na podstawie samej treści polisy złożonej wraz z ofertą nie sposób przesądzić, czy zamawiający dysponując dokumentem w takiej właśnie formie mógłby skutecznie dochodzić zapłaty wadium od ubezpieczyciela. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że skoro w treści gwarancji nie wskazano warunków dotyczących dysponowania jej oryginałem, to jest to równoznaczne z uznaniem, że wymogu takiego nie ma. Załączona do oferty polisa nie zawierała bowiem jakichkolwiek informacji o sposobie, w jaki zamawiający ma wystąpić z ewentualnym roszczeniem o zapłatę wadium, zawierała jedynie odesłanie do innych dokumentów, których treść nie była zamawiającemu znana. W związku z tym nie sposób było rozstrzygnąć czy dla skuteczności zabezpieczenia się przez zamawiającego z przedmiotowej polisy konieczne jest dysponowanie przez zamawiającego jej oryginałem czy nie, co powodowało, że zamawiający nie mógł mieć pewności czy wadium zostało prawidłowo wniesione. Bez znaczenia dla powyższej oceny pozostał złożony przez odwołującego wraz z odwołaniem dowód w postaci oświadczenia

wystawcy polisy, w którym potwierdzono, iż dokument dołączony do oferty stanowi wystarczającą podstawę do uzyskania przez zamawiającego zapłaty z gwarancji na jego pierwsze żądanie, ponieważ skuteczność wniesienia wadium podlega ocenie przez zamawiającego na podstawie dokumentów złożonych do upływu terminu składania ofert.

W sprawie KIO 830/19, w której wyrok zapadł w dniu 6 czerwca 2019 r., dokument gwarancyjny złożony przez przystępującego przed terminem składania ofert nie posiadał podpisu gwaranta, a jedynie kwalifikowany podpis elektroniczny tego wykonawcy. W związku z tym Izba oceniła negatywnie zachowanie zamawiającego, który uznał ww. dokument za prawidłowy, pomimo, iż pewność co do niego uzyskał dopiero po prawie miesiącu od terminu składania ofert, gdy przystępujący przesłał zamawiającemu dokument oryginalny gwarancji ubezpieczeniowej, zawierający podpis osoby reprezentującej gwaranta. Skład orzekający uznał, iż zamawiający przez brak odrzucenia oferty przystępującego dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 7b ustawy Pzp.

Izba zwróciła uwagę na doniosłość instytucji wadium z uwagi na cel i funkcję jaką spełnia w ramach prowadzonego postępowania, wskazując, iż wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego, w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp, muszą pozostawać poza sferą domniemań. W związku z tym, że dokument gwarancyjny nie może być podstawą uzupełnienia, to zamawiający już na podstawie jego pierwotnej treści powinien móc zweryfikować jego istotne elementy, w tym podpis gwaranta. Natomiast w omawianej sprawie zamawiający nie mógł potwierdzić prawidłowości przesłanego przez przystępującego dokumentu gwarancyjnego w zakresie wymaganego podpisu gwaranta z uwagi na to, że dokument nie zawierał takiego podpisu.

Izba uznała za chybioną argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, opierającą się na tym, że zamawiający postanowieniami SIWZ nie ustanowił obowiązku złożenia oryginału wadium, a zatem przedstawiony przez wykonawcę dokument gwarancyjny należy uznać za kopię, która w sposób dostateczny zabezpiecza interesy zamawiającego. W ocenie składu orzekającego bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu były późniejsze dowody złożone przez zamawiającego oraz przystępującego wraz z pismami procesowymi, w postaci korespondencji z ubezpieczycielem, w tym potwierdzające ważność gwarancji oraz możliwość wypłaty na podstawie kopii gwarancji.

W sprawie KIO 338/19, w której wyrok zapadł w dniu 14 marca 2019 r. Izba rozpatrywała zarzut dotyczący złożenia przez przystępującego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej sporządzonego w postaci papierowej, z podpisem własnoręcznym przedstawiciela banku.

Jak stwierdził odwołujący, obowiązek przekazywania oświadczeń i dokumentów w postaci elektronicznej – przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej – odnosi się do wszystkich kategorii dokumentów przekazywanych w ramach postępowania, w tym dokumentów ustanawiających wadium, w szczególności gwarancji bankowych oraz gwarancji ubezpieczeniowych, które muszą być złożone w oryginale. Jak wynikało natomiast ze stanowiska zamawiającego i przystępującego, zamawiający dopuszczał wniesienie dokumentu wadium również w postaci papierowej - w zależności od tego, jak został on wystawiony przez gwaranta. SIWZ nie zawierała jednoznacznego wymogu wniesienia wadium w postaci elektronicznej.

Izba stwierdziła bezzasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, stwierdzając, iż w przypadku wadium najistotniejsze znaczenie ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę, że dokument potwierdzający wniesienie wadium został zamawiającemu doręczony w przeddzień upływu terminu składania ofert, a jego treść nie była przedmiotem sporu. W związku z powyższym oferta przystępującego została zabezpieczona w jednej z form przewidzianych przepisami Pzp, a sam zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia. Izba zwróciła uwagę, że z treści spornego dokumentu gwarancji nie wynika, aby żądanie zapłaty wynikającej z niego sumy połączone miało być z przedstawieniem go przez beneficjenta gwarancji w jakiegokolwiek formie.

Przedstawiona powyżej analiza wskazuje, że szereg wątpliwości w zakresie związanym z elektroniczną postępowania o udzielenie zamówień publicznych znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby w analizowanym okresie. Jakkolwiek rozpoznanie odwołań następowało z uwzględnieniem okoliczności konkretnych stanów faktycznych, to jednak należy oczekiwać, że wnioski płynące z niniejszego przeglądu orzecznictwa okażą się pomocne i przyczynią się do ukształtowania praktyki w omawianym zakresie.

2. Problemy w przebiegu aukcji elektronicznej.

Przedmiotowe zagadnienie dotyczy problemów, z jakimi spotykali się wykonawcy i zamawiający w trakcie trwania aukcji elektronicznych – które uznać należy za najbardziej dynamiczny element przetargu publicznego. Konsekwencje tych problemów miały zróżnicowany zasięg, przede wszystkim dla ustalenia wyniku postępowania. Przegląd orzecznictwa za rok 2019 dostarczy szerszej perspektywy dla oceny skutków braku dochowania staranności - zarówno przez wykonawców, po których stronie również spoczywa

odpowiedzialność za ewentualne zakłócenia techniczne działania urządzeń, jak i zamawiających, na których spoczywa ciężar właściwego przygotowania i przeprowadzenia procedury wymagającej zapewnienia równego dostępu do aukcji elektronicznej.

Z perspektywy aukcji elektronicznej można wskazać na pewne powielające się problemy dotyczące korzystania z platform zakupowych, których eliminacja może sprzyjać wdrażaniu nowych rozwiązań, co będzie nabierało szczególnego znaczenia w momencie wejścia w życie obowiązku elektroniczacji procesu udzielenia zamówienia również na zamówienia o mniejszej wartości (poniżej progów unijnych).

Na wstępie należy wskazać na ramy prawne, w jakich może zostać zorganizowana i przeprowadzona aukcja elektroniczna. Szczegółowo obowiązki zamawiających określa art. 91a i następane ustawy Pzp. Należy również zwrócić uwagę na obowiązek nałożony w art. 10b ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Analiza orzecznictwa krajowego pozwala spojrzeć na sposób realizacji obowiązków opisanych w ustawie Pzp i zidentyfikować te elementy procesu, które mogą przesądzić o powodzeniu i możliwości przyjęcia wyniku przetargu ustalonego po przeprowadzeniu aukcji, jako ustalonego w sposób zgodny z ustawą Pzp.

Oceny poprawności aukcji w ramach rozpoznawanych zarzutów, dokonywano między innymi przez pryzmat konieczności zapewnienia przekazywania na bieżąco każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji najkorzystniejszej oferty. Brak lub zakłócenie przekazywania tych informacji w trakcie trwania aukcji traktowane było jako działanie wprowadzające w błąd co do rzeczywistego przebiegu aukcji, prowadzące do naruszenia art. 91c ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzenie zaistnienia tych okoliczności prowadziło do uwzględnienia odwołania oraz nakazania unieważnienia aukcji elektronicznej.

Orzeczenie takie zapadło w wyroku z dnia 30.01.2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2700/18, w ustalonych okolicznościach, które miały wskazywać na to, że odwołujący złożył ostatnie postąpienie, co skutkowało zaistnieniem stanu, w którym jego oferta była najkorzystniejsza (widniała w rankingu jako pierwsza z liczbą punktów 100). Po złożeniu tego postąpienia wykonawca obserwował dalszy przebieg aukcji, licząc się z możliwością dokonania dalszych postąpień przez konkurencyjne podmioty. Do czasu zakończenia aukcji platforma zakupowa nie wygenerowała informacji o jakimkolwiek późniejszym postąpieniu, co powinno skutkować uznaniem oferty wykonawcy za najkorzystniejszą. Tymczasem po

zakończeniu aukcji odwołujący otrzymał raport z aukcji, z którego wynikało, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a za najkorzystniejszą uznano ofertę innego wykonawcy.

W sprawie ustalono, iż Odwołujący dochował ustalonych wymagań technicznych w zakresie urządzeń teleinformatycznych oraz wziął udział w aukcji testowej.

Uwzględniając odwołanie Izba wskazała na fundamentalny wymóg, za który - z punktu widzenia poprawności aukcji - ustawodawca uznaje wskazanie informacji, które będą wykonawcom udostępniane w trakcie aukcji. Dalsze szczegóły z tym związane wynikają z art. 91 c ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „*W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty*”. Naruszenie tych zasad uniemożliwiało uznanie czynności spowodowanych wadliwym przebiegiem aukcji za prawidłowe.

Inny problem, którym zajmował się skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 1805/19 – dotyczył sposobu przyznania punktów ofertom, które były licytowane w toku aukcji elektronicznej, co miało prowadzić do naruszenia art. 91d ust. 2, art. 91b ust. 4 i 91c ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej, tj. z uwzględnieniem punktacji przyznanej w toku aukcji elektronicznej oraz dokonanie przez zamawiającego samodzielnego przeliczenia punktów po zamknięciu aukcji i pominięcie podczas ponownego przeliczenia punktów ofert wykonawców, które zostały odrzucone dopiero po zakończeniu aukcji, co spowodowało zmianę rankingu ofert w stosunku do rankingu ustalonego podczas aukcji elektronicznej, a w konsekwencji – wybór, jako najkorzystniejszej, oferty, która po zamknięciu aukcji znalazła się dopiero na trzeciej pozycji, a pominięciu oferty Odwołującego, która znalazła się na pozycji drugiej. Zgodnie z zasadami określonymi w siwz przeliczanie punktacji następować miało automatycznie w toku aukcji, a każdy wykonawca na bieżąco miał widzieć, którą pozycję w rankingu zajmuje jego oferta. Jednocześnie, po zakończeniu aukcji, jej wyniki w zakresie punktacji stawały się ostateczne. Ponieważ zwycięski wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, na skutek ponownego przeliczenia punktów przez zamawiającego, to nie oferta odwołującego (druga po przeprowadzonej aukcji), ale oferta trzeciego wykonawcy została wskazana jako najkorzystniejsza. Zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów odwołujący kwestionował poprawność ustalonego wyniku, który nie uwzględniał wyniku aukcji, a jego podstawą stało się samodzielne przeliczenie punktów przez zamawiającego.

W opinii odwołującego takie działanie przeczyło istocie aukcji elektronicznej i jej podstawowej zasadzie polegającej na możliwości wpływania przez wykonawcę na pozycję

swojej oferty w rankingu, na drodze składania postąpień, przy pełnej jawności pozycji oferty w chwili składania postąpienia.

Oddalając odwołanie Izba wskazała, iż przeprowadzona aukcja elektroniczna miała na celu obniżenie cen, nie służyła zaś ustaleniu jakiejkolwiek punktacji. Zgodnie z art. 91d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. W ocenie Izby zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu, a ocena ofert w ramach kryterium nr 1 (cena) uwzględniła wynik aukcji elektronicznej, tj. ceny, jakie wykonawcy zaoferowali w toku tej aukcji. Izba dała wytyczną co do rozumienia dyspozycji art. 91d ust. 2 ustawy Pzp wskazując, iż aukcja elektroniczna nie jest samodzielnym trybem postępowania i nie służy ustaleniu wiążącej zamawiającego punktacji – wiążące dla zamawiającego są natomiast ustalone na skutek aukcji licytowane parametry ofert. To one są wynikiem aukcji. Tym samym Izba zaakceptowała ustalenie wyniku postępowania w oparciu o wartości ustalone w toku aukcji i ponowne przeliczenie punktacji ofert po zakończeniu aukcji, w sytuacji gdy najkorzystniejsza oferta uczestnicząca w aukcji, po jej zakończeniu przestała wiązać, gdyż wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą.

W części odwołań powtarzały się zarzuty wobec decyzji zamawiających o unieważnieniu aukcji elektronicznej i wyznaczeniu terminu, w którym aukcja miała być powtórzona z uwagi na zaistniałe przeszkody techniczne, a tym samym dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o wynik ponowionej aukcji. Oceny działań zamawiających w tych sprawach dokonywano w odniesieniu do przepisów art. 91a, art. 91b, art. 91d oraz 91e ustawy Pzp, w szczególności zaistnienia przesłanki „awarii” oraz braku przerwania aukcji przed jej zakończeniem.

Przykładowo, w sprawie o sygn. akt KIO 153/19, przyczyną z powodu której doszło do unieważnienia aukcji przez zamawiającego, był błąd konfiguracji operatora aukcji. Zarzuty odwołania sprowadzały się do wykazania, iż nie wystąpiła awaria systemu w trakcie aukcji, co powinno prowadzić do stwierdzenia, iż została ona prawidłowo przeprowadzona (nie została przerwana przez zamawiającego). Powtórzenie aukcji przez zamawiającego miało w tych okolicznościach naruszać art. 91d oraz 91e ustawy Pzp i oznaczać miało brak podstaw do ponownego zaproszenia do udziału w aukcji wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, co prowadziło do naruszenia art. 91a ust. 1 i 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz wskazania oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników powtórzonej aukcji.

Izba zaprezentowała pogląd, że twierdzenie, jakoby zamawiający nie mógł powtórzyć aukcji elektronicznej, a jedynie, zgodnie z art. 91d Pzp, aukcję taką kontynuować (przy zaistnieniu przesłanek i na warunkach wynikających z tego przepisu), było chybione. Nie budziło wątpliwości składu orzekającego to, że zamawiający jest uprawniony do korygowania

wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Wadliwość taka dotknęła aukcję elektroniczną, bowiem przystępujący nie mógł dokonywać w jej toku postępień z uwagi na okoliczności, na które nie miał wpływu. Okoliczność ta obciążała operatora, na co wskazywały przeprowadzone dowody. Nie miało znaczenia to, że w przekonaniu odwołującego aukcja przebiegała poprawnie, bowiem z jego perspektywy nie sposób dostrzec było jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie, w szczególności nie doszło do wstrzymania aukcji ze względu na awarię serwera ją obsługującego, a odwołujący nie dokonywał w toku tej aukcji postępień, wobec czego nie mógł stwierdzić, czy platforma aukcyjna zadziałałaby prawidłowo przy próbie postąpienia. Izba stwierdziła, że nie doszło do realizacji istoty aukcji elektronicznej, którą – zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp – jest możliwość dokonywania korzystniejszych postępień za pomocą stosownego formularza. Ergo utrzymanie w mocy wyniku tak przeprowadzonej aukcji stanowiłoby naruszenie ww. przepisu, a nadto zasady uczciwej konkurencji, gdyż wykonawca prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony został, z przyczyn od siebie niezależnych, możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia. Jako chybiony oceniono wniosek odwołującego o braku możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej w całości. Pozytywnie w tej kwestii wypowiedział się TSUE w wyroku C-324/14 z 7 kwietnia 2016 r. wskazując, że „[...]wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę[...]”. Wnioski płynące z uzasadnienia tego orzeczenia zostały per analogiam odniesione do przedmiotowej sprawy, w której wprawdzie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli „dopuszczalne oferty” zostali dopuszczeni do udziału w aukcji, ale sam jej przebieg był nieprawidłowy z uwagi na zaistnienie okoliczności opisanych powyżej. W żadnym z tych przypadków nie dochodzi do awarii w rozumieniu art. 91d ustawy Pzp, ale jednocześnie w każdym z nich – do sprzeczności z innymi przepisami ustawy Pzp, które wymagają usunięcia w celu przywrócenia prowadzonej procedury do stanu zgodności z prawem.

Podobną kwestią zajmowała się Izba w sprawie o sygn. akt KIO 2127/19, w której zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 91d ust. 1 i 2 ustawy Pzp, do czego doprowadziło unieważnienie aukcji, pomimo braku ustawowej legitymacji do takiego działania. W sprawie tej odwołujący również wskazywał na możliwość przerwania aukcji przez zamawiającego i następnie jej kontynuowania w następnym dniu po usunięciu awarii, czego zamawiający w niniejszym przypadku nie wykonał. Odwołujący nie odnotował problemów z działaniem platformy po swojej stronie. To pracownik organizatora, który obserwował aukcję, zauważył problemy techniczne w aukcji, gdyż na konsoli odnotowano, że przystępujący próbował trzykrotnie przebić ofertę odwołującego, tj. o godz. 9:43:35,

9:45:29 i 9:47:07 ceną 9 536 000,00 zł, lecz system aukcyjny nie przyjmował oferty przystępującego, po czym upłynął 5-minutowy czas dogrywki i aukcja zakończyła się wygraną odwołującego. Przystępujący jeszcze w trakcie trwania dogrywki poinformował telefonicznie operatora aukcji o problemach ze złożeniem postąpienia. Z uwagi jednak, iż ww. awaria miała miejsce w ostatnich minutach dogrywki, operator aukcji nie zdążył jej przerwać. Zamawiający uzyskał informacje potwierdzone przez operatora platformy, iż w momencie kiedy przystępujący usiłował złożyć swoje postąpienie, chcąc przebić ostatnią ofertę odwołującego, doszło do chwilowego braku połączenia systemu aukcyjnego z Internetem, dostarczonym od zewnętrznego dostawcy. Skutkowało to brakiem możliwości weryfikacji certyfikatu dostępnego pod adresem <http://crl.certum.pl> i w konsekwencji brakiem możliwości złożenia podpisu, a w konsekwencji kolejnych ofert (postąpień) w przedmiotowej aukcji. Problem ten dotknął przystępującego, który chciał przebić ofertę odwołującego. Awaria, która zaistniała po stronie zamawiającego, nie dotyczyła wprost działania platformy aukcyjnej jako takiej, lecz elementu ściśle z nią powiązanego, jakim jest brak łącza internetowego. W związku z tym taki rodzaj awarii systemu teleinformatycznego nie jest widoczny od razu zarówno dla zamawiającego jak i dla innych uczestników aukcji (brak w tym zakresie komunikatów systemowych), dlatego też ustalenie przyczyn wystąpienia tego rodzaju awarii było możliwe dopiero po wnikliwym przeanalizowaniu przebiegu aukcji przez operatora platformy aukcyjnej. Izba stwierdziła, że każdy wykonawca powinien mieć zagwarantowane uczestnictwo w aukcji elektronicznej na takich samych zasadach. Oznacza to, że przez 5 minut, jakie było zagwarantowane na złożenie postąpienia, zamawiający winien zapewnić nieskrępowany dostęp do sieci, a wykonawca powinien mieć możliwość złożenia oferty w dowolnym momencie, o ile mieścił się w wyznaczonym czasie. Już z samego faktu, że przystępujący nie miał możliwości złożenia oferty przez cały regulaminowy czas, oznacza, że jego uczestnictwo w aukcji nie przebiegało zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie unieważnił wadliwie przeprowadzoną aukcję elektroniczną. Tylko unieważnienie aukcji i przeprowadzenie jej na nowo mogło zagwarantować uczestnikom postępowania równe traktowanie, wymagane przez ustawę Pzp. Izba wskazała na treść art. 91d ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika, że w przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Wskazany przepis nie mógł mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż awaria systemu teleinformatycznego, która miała miejsce podczas aukcji elektronicznej, nie spowodowała jej przerwania, lecz uniemożliwiła przystępującemu złożenie postąpienia, po czym – wobec niezłożenia postąpienia w regulaminowym terminie – aukcja została zakończona. Tym samym

urzeczywistniła się czynność zamawiającego polegająca na przeprowadzeniu i sfinalizowaniu aukcji elektronicznej. Skład orzekający wskazał na uprawnienie zamawiającego do samodzielnego unieważnienia dokonanej przez siebie czynności, w sytuacji gdy stwierdził jej wadliwość, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku KIO albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie z środków ochrony prawnej upłynął. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, gdy posiadając wiedzę o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa zamawiający utrzymałby je w mocy, pomimo ich oczywistej wadliwości.

Zastosowanie przepisu art. 91d ust. 1 ustawy Pzp wymagało rozstrzygnięcia, czy w przypadku jednostkowego problemu, który dotyczył tylko jednego z oferentów można było uznać, że doszło do „awarii” w rozumieniu przepisu, uprawniającej do przerwania aukcji i jej kontynuowania w kolejnym dniu roboczym. Okoliczności te podniesione zostały w odwołaniu o sygn. akt KIO 401/19 i dotyczyły awarii systemu teleinformatycznego polegającej na tym, że system teleinformatyczny nie przyjął prawidłowo podpisanej oferty uczestnika aukcji (awaria systemu teleinformatycznego uniemożliwiła temu uczestnikowi złożenie prawidłowo podpisanej oferty), w wyniku czego doszło do przerwania aukcji, tj. nie uruchomiła się kolejna dogrywka umożliwiająca kontynuowanie aukcji. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że awaria, o której mowa w art. 91d ust. 1 ustawy Pzp, musi nastąpić z przyczyn nieleżących po stronie któregośkolwiek z uczestników, a taka sytuacja zachodzi, gdy wykonawca nie mógł złożyć postąpienia z powodu działania systemu, który nie przyjął prawidłowo podpisanej oferty (po bezskutecznym upływie czasu na postąpienie, system potraktował to jako niezłożenie oferty i zakończył licytację). Operator zwrócił uwagę, że *„informacje o problemach ze zweryfikowaniem przez system prawidłowo złożonego przez uczestnika podpisu elektronicznego w toku aukcji, wywołane awarią systemu teleinformatycznego nie są widoczne dla zamawiającego ani dla pozostałych uczestników w toku takiej aukcji. Ustalenie wystąpienia tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego jest możliwe dopiero po wnikliwym przeanalizowaniu przebiegu aukcji (w tym logów) przez operatora platformy”*. Operator podkreślił, że *„przy tego rodzaju awarii systemu teleinformatycznego, żaden komunikat widoczny dla zamawiającego bądź dla pozostałych uczestników aukcji elektronicznej nie jest wysyłany przez system, co absolutnie nie oznacza, że awaria systemu nie miała miejsca.”*

Izba w wyroku dała wytyczną co do stosowania przepisu art. 91d ust. 1 ustawy Pzp i potocznego rozumienia awarii, jako stanu niesprawności obiektu uniemożliwiającego jego funkcjonowanie, występującego nagle i powodującego jego niewłaściwe działanie lub całkowite unieruchomienie. Skutkiem awarii musi być przerwanie aukcji elektronicznej. Dyspozycja wskazanego przepisu nie wymaga natomiast, by przerwanie aukcji było widoczne dla zamawiającego i uczestników. Podkreślić należy, że systemy teleinformatyczne

narażone są na różnego rodzaju awarie i trudno oczekiwać, by tylko taka awaria, która jest widoczna dla wszystkich uczestników i zamawiającego, umożliwiła jej kontynuowanie po uprzednim przerwaniu. Tego rodzaju argumentacja spowodowałaby, że część awarii, które mogłyby się wydarzyć, nie uprawniałyby zamawiającego do kontynuowania aukcji, co niewątpliwie naruszyłoby uprawnienia wykonawców do uczestniczenia w aukcji na równych zasadach.

Sprawa, która została rozpoznana wyrokiem z 25.02.2019 r. (sygn. akt KIO 189/19) dotyczyła z kolei kwestii zastosowania przepisu art. 89 ustawy Pzp w związku przepisem art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku aukcji elektronicznej przepisów art. 89 nie stosuje się. Zgodnie z orzecznictwem Izby jak i orzecznictwem sądowym regulacja ta nie stoi na przeszkodzie odrzuceniu oferty wykonawcy także po przeprowadzeniu aukcji – w szczególności jako zawierającej rażąco niską cenę (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 stycznia 2012 r. V Ca 2878/11), jednakże w dalszym ciągu przesłanka odrzucenia musi się odnosić całościowo do oferty złożonej w postępowaniu. Ponieważ udział w aukcji jest dobrowolny, wykonawcy nie mają obowiązku składania kolejnych korzystniejszych postąpień – mogą poprzestać na treści oferty złożonej uprzednio w postępowaniu. W związku z tym również składanie nieskutecznych postąpień nie przekłada się bezpośrednio na zaistnienie podstawy odrzucenia oferty. Zgodnie z przepisem art. 91c ust. 2 ustawy Pzp postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Niezachowanie formy wymaganej ww. przepisem będzie zatem skutkowało nieważnością postąpienia (postąpień), a nie całej oferty złożonej w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego.

Kwestia dotycząca podpisu elektronicznego pojawiła się również w sprawie o sygn. akt KIO 1526/19, gdzie Izba dokonała oceny stanu spowodowanego działaniem platformy w trakcie składania postąpienia. Izba nie dopatrzyła się uchybień po stronie zamawiającego, w szczególności w zakresie obowiązku nałożonego przepisem art. 10b w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp – zapewnienia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania. W trakcie składania postąpienia wystąpił problem, gdyż odwołujący nie mógł złożyć podpisu elektronicznego (system nie wygenerował okna umożliwiającego złożenie tego podpisu).

Z przedstawionych przez zamawiającego dowodów, m.in. logów systemowych wynikało, iż poprawna próba złożenia oferty przez odwołującego nastąpiła po zakończeniu aukcji. Dowód ten wskazywał, że podczas trwania aukcji nie została zakłócona komunikacja pomiędzy odwołującym a platformą aukcyjną. Każda aktywność odwołującego została

odnotowana przez system, w którym odnotowano dwukrotne ładowanie aktualizacji komponentów aplikacji Szafir niezbędnych do złożenia podpisu elektronicznego. Powyższe doprowadziło do uznania, iż przyczyna braku możliwości złożenia podpisu mogła wynikać z korzystania podczas aukcji testowej oraz aukcji elektronicznej z innych komputerów lub utraty ważności podpisu. Ponadto, dedykowane dla podpisu elektronicznego rozszerzenie (KIR Szafir) musiało być zainstalowane w przeglądarce, a jego brak zainicjowałby w systemie instalację/aktualizację komponentu. Ponieważ odwołujący korzystał z różnych przeglądarek, system samodzielnie rozpoczął aktualizację komponentu niezainstalowanego w przeglądarce, która to okoliczność obciążała wykonawcę odpowiedzialnego za właściwe przygotowanie techniczne. Izba uznała za nieprawidłowe wnioski wywiedzione z tych okoliczności, jakoby zamawiający nie zapewnił możliwości złożenia wykonawcom postąpień, bowiem problem z jakim spotkał się odwołujący mógł być również wywołany okolicznościami technicznymi leżącymi po jego stronie. Tym samym Izba nie stwierdziła, aby wystąpiły podstawy do unieważnienia aukcji elektronicznej.

Przedstawione powyżej problemy natury technicznej miały decydujące znaczenie dla ustalenia dopuszczalności unieważnienia aukcji przeprowadzonej w warunkach uniemożliwiających części wykonawców skuteczny udział. Nie budzi obecnie wątpliwości dopuszczalność powtórzenia samej aukcji, jako czynności koniecznej do wyłonienia wykonawcy w postępowaniu, w którym ten element procedury został wprowadzony jako obligatoryjny, a występujące przeszkody techniczne spowodowały ograniczenie dostępu na równych warunkach wykonawcom zaproszonym do udziału w aukcji. Należy zaznaczyć, że aukcja elektroniczna, to formuła, która gwarantuje instytucjom zamawiającym zwiększenie konkurencyjności ofert poprzez umożliwienie wykonawcom zmiany parametrów branych pod uwagę jako kryteria oceny ofert. Najczęściej parametrem, który podlega modyfikacji jest cena, co ma ten efekt, iż ceny wyjściowe w ofertach zostają skalkulowane z pewnym marginesem pozwalającym na ich obniżenie w toku aukcji. Aukcja ma zatem istotne znaczenie, nie tylko jako element procedury, ale również jako narzędzie pozwalające na większą elastyczność cenową. Przedstawione stany faktyczne obrazują skalę problemów, które mogą zaburzyć przebieg tego etapu, co nie zawsze oznaczać będzie możliwość uchylecia wyniku ustalonego na skutek przeprowadzonej aukcji. Każdorazowo to dowody przeprowadzone przez strony pozwalają ustalić przyczynę i na tej podstawie ocenić, czy odpowiedzialność za zaistniały stan spoczywa na zamawiającym (operatorze platformy), czy też wykonawcy.

3. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp – informacje wprowadzające w błąd

Niniejszy fragment informacji rocznej poświęcony jest zagadnieniu, które bardzo często pojawiało się w orzecznictwie Izby w 2019 r., czyli przesłankom związanym z koniecznością zastosowania sankcji wykluczenia z artykułu 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Temat budzi wątpliwości zarówno wśród zamawiających jak i wykonawców, o czym świadczy ilość wyroków wydanych w 2019 r., w których między innymi podniesiono zarzuty nieprawidłowego zastosowania właśnie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez wykluczenie wykonawcy z postępowania lub niezgodnego z ustawą zaniechania wykluczenia wykonawcy przez ich niezastosowanie. Było ich 247, przy czym podana ilość dotyczy wyłącznie rozstrzygnięć merytorycznych, a więc nie uwzględnia postanowień wydanych w oparciu o odwołania zawierające wskazane wyżej zarzuty. W 2019 r. wydano łącznie 2694 orzeczeń, zatem zagadnienie dotyczy 9,3% wszystkich rozpoznanych odwołań. Jest to zagadnienie wielowątkowe, dlatego na potrzeby opracowania wybrano trzy problemy orzecznicze, które utrudniają prawidłowe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ogólne wprowadzenie do przedmiotowej tematyki Izba prezentowała już w Informacji rocznej za 2017 r., wówczas jednak orzecznictwo dopiero wypracowywało stanowisko w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy w odniesieniu do zmienionej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, obowiązującej do 27 lipca 2016 r., która posługiwała się pojęciem „informacji nieprawdziwej mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania”.

Pierwszy problem, jaki pojawia się w orzecznictwie, związany jest ze zmianą pojęcia „informacje nieprawdziwe” na „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”. Pojawiła się zatem potrzeba ustalenia znaczenia obu pojęć i określenia, jaka informacja, podana zamawiającemu, może być uznana za wprowadzającą w błąd. Wśród zamawiających i wykonawców nie było na tym polu wątpliwości interpretacyjnych, że informacja wprowadzająca w błąd to informacja nieprawdziwa. Prawidłowość tego toku rozumowania potwierdziła również Izba w swoim orzecznictwie, które najpełniej zaprezentowane zostało w wyroku z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 272/19, w którym Izba stwierdziła, że przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z pkt 16 jak i 17 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd), to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17). (...) Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością (...) pomocne jest

orzecznictwo sądowe. (...) Zdaniem Sądu Najwyższego (...) pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Podobne stanowisko zajęła Izba także w wyrokach z dnia 7 marca 2019r. sygn. akt KIO 271/19, z dnia 6 czerwca 2019r. sygn. akt KIO 939/19, z dnia 25 czerwca 2019r. sygn. akt KIO 1036/19 i z dnia 4 grudnia 2019r. sygn. akt KIO 2351/19.

Szerzej to pojęcie zinterpretowała Izba w wyroku z dnia 8 sierpnia 2019r. sygn. akt KIO 1428/19 stwierdzając: „Zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - Prawo zamówień publicznych następuje wówczas, gdy zostanie ujawnione, że informacje przedstawione przez wykonawcę są wprowadzające w błąd. Przepis ten nie posługuje się bowiem pojęciem „nieprawdziwych informacji”, lecz „informacji wprowadzających w błąd”, co wskazuje, że chodzi w nim nie tylko o informacje, które są z gruntu nieprawdziwe, ale także o takie, które ogólnie rzecz biorąc nie są nieprawdziwe, lecz zostały przedstawione w taki sposób, aby wywołać określone wrażenie/skutek, które by nie powstały, gdyby informacja została rzetelnie przedstawiona.”. W ocenie autora ta interpretacja nie wskazuje na rozbieżność orzecniczą, ale na to, że pojęcie informacji wprowadzającej w błąd obejmuje tak pojęcie informacji nieprawdziwej, jak i informacji, która wprowadzi w poszczególnych fragmentach odnosi się do prawdziwych danych, ale zostały one przedstawione przez wykonawcę w sposób wskazujący na niezgodny z rzeczywistością stan rzeczy (w omawianym przypadku - na 14 systemów, podczas gdy w rzeczywistości chodziło o 1 system). Mogło to mieć wpływ na przyznanie przez zamawiającego większej, niż wynikająca z siwz należąca ilość punktów w kryterium oceny ofert (14 zamiast 1). W konsekwencji jest to informacja wprowadzająca w błąd zamawiającego, mogąca mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu, co by nie wystąpiło, gdyby informacja została przedstawiona rzetelnie.

Trudności natomiast wywoływało ustalenie, czy obiektywnie doszło do złożenia informacji nieprawdziwej. Problem ten dotyczy opisu przedmiotu zamówienia i wymagań zamawiającego co do informacji, jakie wykonawca powinien zawrzeć w ofercie, aby można było uznać, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zdarza się, że zamawiający niejednoznacznie opisują przedmiot zamówienia przez:

- dopuszczenie rozwiązań równoważnych z niejednoznacznymi kryteriami równoważności,
- udzielenie wyjaśnień do treści siwz wywołujących przekonanie wykonawców, że dane rozwiązanie zostało dopuszczone np. wyrok z dnia 26 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2279/19, w którym Izba wskazała, że w pierwszej kolejności należy ocenić czy podana informacja, była niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Przy czym ten stan

faktyczny musi wynikać jednoznacznie z opisu przedmiotu zamówienia (w tym przypadku), czyli musi zostać bezspornie ustalone, czego zamawiający oczekiwał, a czego zaoferowania zabraniał, lub nie punktował,

- rozbieżność pomiędzy przekonaniem zamawiającego co do postawionych wymogów wobec przedmiotu zamówienia, a ich faktycznym opisem w SIWZ - np. wyrok z dnia 18 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 150/19 dotyczący rozumienia postanowień SIWZ stanowiących o wywieraniu przez oferowany przedmiot wpływu na inne urzędy, wyrok z dnia 16 lipca 2019r. sygn. akt KIO 1236/19 - w którym Izba przy ocenie zaistnienia informacji wprowadzającej w błąd potwierdziła ugruntowaną zasadę, że w sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje SIWZ zachodzi niejednoznaczność SIWZ. Z kolei niejednoznaczność SIWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy, a także wyrok z dnia 30 lipca 2019 r. sygn. akt 1351/19, co do wymogów jakich w literalnym brzmieniu i niezawarcia w nich wymogu dokumentu pochodzącego od notyfikowanej jednostki, czy wyrok z dnia 17 września 2019 r. sygn. akt KIO 1706/19 – posługiwanie się zamiennie pojęciami w opisie przedmiotu zamówienia, które zamawiający nie uznawał za zamienniki przy ocenie warunku udziału,

- postawienie wymagań przedmiotowych nieskorelowanych z dokumentami przedmiotowymi, lub niejednoznaczne przypisanie dokumentu przedmiotowego do konkretnego wymagania zamawiającego dotyczącego przedmiotu zamówienia np. wyrok z dnia 30 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1351/19.

W zaprezentowanych powyżej sytuacjach zamawiający podejmowali decyzje o wykluczeniu wykonawcy z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego, często uznając, że podanie danej informacji było podaniem informacji nieprawdziwej. W analizowanym orzecznictwie Izba doszła do przekonania, że aby mogło dojść do złożenia nieprawdziwej informacji należy w pierwszej kolejności ustalić, czy spór pomiędzy stronami nie wynika w rzeczywistości z odmiennego odczytania postanowień SIWZ i czy możliwość odmiennego odczytania postanowień SIWZ wynika z niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku stwierdzenia, że informacja podana przez wykonawcę była obiektywnie prawdziwa i dotyczyła stanu faktycznego mającego oparcie w SIWZ, ale innego niż założony przez zamawiającego, nie mogło dojść do skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania z tytułu podania informacji wprowadzającej w błąd. Błąd w odbiorze postanowień SIWZ nie dotyczy wyłącznie zamawiających, ale również często wykonawców, którzy wnoszą odwołania z zarzutem zaniechania wykluczenia konkurenta z postępowania, pomimo złożenia przez niego informacji wprowadzających w błąd. W praktyce Izby pojawiają się zarzuty odwołania oparte o własną interpretację postanowień SIWZ przez odwołującego, czy wynikającą z subiektywnego przekonania, o tym, jaki przedmiot odpowiada potrzebom

zamawiającego. W takim przypadku nie jest możliwe uwzględnienie żądań odwołującego, gdyż podana przez konkurenta informacja nie wprowadza zamawiającego w błąd, ale nie odpowiada założeniom poczynionym przez odwołującego.

Prezentowane zagadnienia problemowe znalazły swoje odzwierciedlenie w zarzutach odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu głównie dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, dla których zamawiający nie definiowali siatki pojęciowej lub ich rozumienie danego pojęcia nie pokrywało się z rozumieniem wykonawców. Przykładami sytuacji, w których doszło do nieprawidłowej wykładni art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 na tle rozumienia warunku udziału są następujące orzeczenia:

- Wyrok z dnia 2483/19 z dnia 17 grudnia 2019 r. - Izba uznała, że *„Interpretacja postanowień specyfikacji nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż wynikająca z wykładni językowej treści SIWZ. (...) Izba stoi na stanowisku, że zarzut podania nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd należy odnosić do konkretnej sytuacji w postępowaniu, a nie tylko do przyjęcia założenia, że informacje, które nie znalazły potwierdzenia w wyniku badania i oceny oferty stanowią już nieprawdziwe informacje. Gdyby było tak, to ustawodawca nie rozdzielałby podstawy do wkluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału (art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp) od podstawy za złożenie nieprawdziwych informacji (art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp). (...) Niewątpliwym jest, że w tym postępowaniu zarówno przystępujący (również odwołujący), a także zamawiający różnie interpretowali postanowienia SIWZ np. co do rodzaju czynności odbioru od której należy uznać, że wykazana dostawa systemu została wykonana i nastąpiło wdrożenie systemu. (...) To, że zamawiający nie uwzględnia przedłożonej na spełnienie warunku udziału w postępowaniu jakiejś dostawy nie może automatycznie oznaczać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, albo miał taki zamiar. Podkreślić należy, że przystępujące Konsorcjum podało w przedłożonej dokumentacji prawdziwe daty zakończenia poszczególnych projektów, a także podało prawdziwe fakty w dokumentach dodatkowych.”;*

- Wyrok z dnia 5 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1151/19: *„O ile warunek udziału w postępowaniu może podlegać różnym interpretacjom, i Odwołujący może trwać w mylnym, choć dającym się usprawiedliwić subiektywnym przekonaniu, że warunek ten spełnia, to w ocenie składu orzekającego, ostateczne ustalenia w tym zakresie nie mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 16 Prawa zamówień publicznych, a ewentualnie do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych.”;*

- Wyrok z dnia 22 lipca 2019r. sygn. akt KIO 1238/19 – *„Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne przekonanie strony co do*

rzeczywistości - Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej stronniczego przeświadczenia strony, opartego nawet nie o treść oferty przystępującego, a na tym co kiedyś zaoferował wykonawca w innym przetargu. Trudno podzielić pogląd, że wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie jego oferty, powinno nastąpić w oparciu nie o jej brzmienie, a o przeświadczenie odwołującego o tym co prawdopodobnie zaoferował przystępujący.”;

Podobnie Izba w wyroku z dnia 17 października 2019 r. sygn. akt KIO 1965/19, jak również w wyroku z dnia 28 października 2019r. sygn. akt 2038/18.

Poniżej ujęto orzecznictwo Izby w odniesieniu do: warunków udziału w postępowaniu, z którymi odwołujący najczęściej wiążą przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego:

- doświadczenie zawodowe wykonawcy: wyrok z dnia 2 czerwca 2019 r. sygn. akt 1067/19, wyrok z dnia 8 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1428/19, wyrok z dnia 2 października 2019 r. sygn. akt KIO 1791/19 i KIO 1807/19

- potencjał kadrowy wyrok z dnia 5 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 93/19, wyrok z dnia 4 marca 2019 r. sygn. akt KIO 272/19, wyrok z dnia 6 maja 2019 r. sygn. akt KIO 678/19, wyrok z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 455/19, który jako reprezentatywny należy w skrócie przedstawić: *„Przystępujący (...) w złożonym wykazie usług nie ukrywał okoliczności, że przedmiotowa usługa dotyczyła budynku hotelu. Jakkolwiek Przystępujący i Zamawiający błędnie uznali, że rzeczona usługa potwierdzała spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt (...) SIWZ, o tyle było to wynikiem błędnej, zbyt liberalnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, których ocena spełniania leży w częściowo uznaniowej, dyskrejonalnej władzy Zamawiającego. Należy odróżnić tu sytuację, w której wykonawca np. podaje np. inną niż rzeczywista, niepopartą odpowiednimi dokumentami, długość doświadczenia kierownika budowy, celem uzyskania zamówienia, od sytuacji, gdzie wykonawca, jak w przedmiotowej sprawie, dokonuje korzystnej, ale błędnej, interpretacji warunku. Wymaga podkreślenia, że Przystępujący (...) nie zatajał okoliczności, że powołany projekt dotyczył budynku hotelu, co za tym idzie - Zamawiający posiadał informacje wystarczające dla prawidłowej oceny spełniania warunku przez (...). Błędna interpretacja warunku dokonana przez wykonawcę i samego Zamawiającego nie przesądza o zaistnieniu przesłanek wykluczenia o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.”*, wyrok z dnia 17 maja 2019 r. sygn. akt KIO 1703/19, wyrok z dnia 9 września 2019 r. sygn. akt KIO 1642/19,

oraz

- warunków udziału w postępowaniu, które nie były określone w sposób jednoznaczny. W ramach tego zagadnienia warto wskazać na wyroki: wyrok z dnia 22 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1306/19 i KIO 1311/19, wyrok z dnia 15 lipca 2019r. sygn. akt KIO 1195/19, wyrok z dnia 16 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1174/19, czy też wyrok z dnia 27 września 2019 r. sygn. akt KIO 1773/19, w wyroku z dnia 18 października 2019 r. sygn. akt KIO 1967/19.

Z kolei dla wykonawców, którzy podali informację wprowadzającą w błąd problemem było ustalenie granic odpowiedzialności wobec zamawiającego. O ile nie budziła wątpliwości odpowiedzialność wykonawcy za informację o okolicznościach pochodzących od samego wykonawcy - wyrok z dnia 26 września 2019 r. sygn. akt KIO 1773/19 o tyle trudna do zaakceptowania była odpowiedzialność za informacje pochodzące od producentów- wyrok z dnia 19 sierpnia 2019 sygn. akt KIO 1164/19, dystrybutorów, dostawców, podmioty udostępniające zasoby- Wyrok z dnia 27 listopada 2019r. sygn. akt KIO 2025/19, KIO 2029/19, wyrok z dnia 14 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2183/19, skompletowanej na potrzeby zamówienia kadry - Wyrok z dnia 13 sierpnia 2019r. sygn. akt KIO 1478/19, wyrok z dnia 6 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 929/19, wyrok z dnia 3 października 2019 r. sygn. akt KIO 1826/19, czy podwykonawców. Wykonawcy broniąc się przed wykluczeniem z postępowania podnosili, że w dacie składania informacji zamawiającemu nie mieli świadomości, że informacja obiektywnie nie odpowiada rzeczywistości i sami zostali wprowadzeni w błąd. Taka jednak argumentacja nie znalazła akceptacji w orzecznictwie Izby, która wskazała na podwyższony standard odpowiedzialności wykonawcy jako profesjonalisty, a także odwołała się do potrzeby ochrony realnej możliwości wykonania zamówienia publicznego. Zamówienie bowiem nie może być wykonane, jeśli wykonawca w rzeczywistości nie dysponuje odpowiednio wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą, czy też nie będzie mogło być wykonane należycie, jeśli w rzeczywistości dany przedmiot nie posiada cech, o których istnieniu zapewnił wykonawcę dostawca, wbrew informacjom pochodzącym od producenta. Izba wyraziła prezentowany pogląd najszerzej w wyrokach: wyrok z dnia 1 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 45/19, wyrok z dnia 5 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 82/19, wyrok z dnia 6 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 131/19 wyrok z dnia 7 marca 2019r. sygn. akt KIO 272/19, z dnia 27 marca 2019r. sygn. akt KIO 481/19, wyrok z dnia 6 maja 2019 r. sygn. akt KIO 682/19, KIO 683/19, wyrok z dnia 6 maja 2019r. sygn. akt KIO 830/19, wyrok z dnia 28 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1139/19, wyrok z dnia 9 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2386/19.

W powołanych orzeczeniach Izba zwróciła także uwagę na to, że każdorazowo należy badać, czy wykonawca wykazał podwyższoną staranność przy weryfikowaniu pozyskanych informacji przed ich przedstawieniem zamawiającemu.

Ostatnim problemem, który warto poruszyć w tej części informacji, jest zagadnienie, czy można zamawiającego wprowadzić w błąd w odniesieniu do informacji mogących stanowić fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania, w sytuacji, gdy zamawiający w dokumentach zamówienia nie przewidział stosowania wobec wykonawców danej fakultatywnej przesłanki zamówienia. Najczęściej takie zarzuty dotyczą przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Izba w swoim orzecznictwie wyjaśniła, że informacja wprowadzająca w błąd, aby mogła eliminować wykonawcę z postępowania, musi dotyczyć oceny niepodlegania wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), co nie może mieć miejsca w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział wykluczania wykonawców na fakultatywnej podstawie wykluczenia albo informacja musi mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp), co również nie zachodzi, w sytuacji, w której zamawiający danej informacji nie wymagał, a więc oceniał ją jako bez znaczenia dla wyniku postępowania – tak Izba w wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 547/19.

Podsumowując prezentowane zagadnienie należy wskazać, że największą trudność dla zamawiających i wykonawców sprawia ocena czy informacja rzeczywiście jest informacją wprowadzającą w błąd, czy też jest informacją prawdziwą, ale podaną w innym stanie faktycznym niż wykreowany przez subiektywny ogląd rzeczywistości tkwiący w świadomości czy to zamawiającego czy odwołującego się wykonawcy. W tym stanie rzeczy konieczne jest dalsze czytelne wskazywanie przez orzecznictwo reguł rządzących wykładnią postanowień SIWZ, aby minimalizować spory na tle wykładni postanowień SIWZ.

4. Wadium – zabezpieczenie oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w kontekście uchwały SN

Zabezpieczenie wadium oferty wspólnej stanowiło w ciągu ostatnich kilku lat przedmiot rozważań w doktrynie, jak też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Zarysowały się dwa poglądy o zasadniczo odmiennej ocenie skuteczności wadium ustanowionego przez i na rzecz jednego z wykonawców składających ofertę wspólną. Podstawowy przedmiot rozbieżności dotyczył wadium wnoszonego w postaci gwarancji wadialnej, czyli dokumentu wystawianego przez bank lub instytucje ubezpieczeniowe, jako jednej ze wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp form zabezpieczenia oferty na wypadek wystąpienia okoliczności, o jakich mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Konsekwencją uznania wadium za nieprawidłowe, określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, było wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie

z postępowania. Aktualnie, po nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, skutek braku wadium lub jego nieprawidłowe wniesienie wiąże z podstawą do odrzucenia oferty.

Argumenty na jakich zasadzały się prezentowane stanowiska, przybliżone zostały już w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r. Przedstawiając w tym miejscu w dużym skrócie istotę rozbieżności w prezentowanych stanowiskach, w których przyznawano bądź odmawiano uznania wadium zabezpieczającego ofertę wspólną, jako skutecznie złożonego, należy przede wszystkim wskazać na różny sposób podejścia do oznaczenia podmiotu składającego ofertę w treści dokumentu wadialnego. Brak wskazania w treści gwarancji, czy to bankowej, czy też ubezpieczeniowej wszystkich podmiotów, które wspólnie złożyły ofertę, oceniany był pod kątem trudności w przypisaniu wadium do konkretnej oferty, a ponadto wskazywano na możliwość uniknięcia przez wystawcę dokumentu wadialnego konieczności zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji (np. w przypadku, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie jednego z konsorcjantów, niewskazanego w treści gwarancji). W części orzeczeń uznawano, iż przy braku możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie na etapie przed zawarciem umowy, nie można przyjąć, iż odpowiadają oni na tej zasadzie za wniesienie wadium. Skutkiem braku pewności, co do uzyskania świadczenia od gwaranta, powodowanej niejednoznacznym określeniem podmiotu, którego ofertę zobowiązał się zabezpieczyć, było przyjęcie stanowiska, iż wystawienie gwarancji na jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie nie zapewnia realizacji celu wadium. Jednocześnie wskazywano na brak przeszkód w tym, aby umowa gwarancji została zawarta przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Stanowisko to zostało pozytywnie zweryfikowane między innymi przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w wyroku z 22.01.2016 r., sygn. akt XII Ga 697/15, utrzymał wyrok Izby. Podobne stanowisko prezentowały Sąd Okręgowy w Krakowie (wyrok z 13.11.2009 r., sygn. akt XII Ga 350/09) oraz Sąd Okręgowy w Warszawie (wyrok z 10.09.2015 r., sygn. akt III Ga 1041/15).

Jako odmienny ukształtował się pogląd prezentowany, m.in. w części orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w których uznawano gwarancję wystawioną na rzecz jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, za skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej. W orzeczeniach tych wskazywano na brak odmiennej regulacji ustawowej, co do obowiązku wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z której wynikałby obowiązek zabezpieczenia oferty wspólnej przez każdego ze

współkonsorcjantów. Ponieważ wniesienie wadium wymaga podjęcia czynności jeszcze przed złożeniem oferty, którą ma ono zabezpieczać (np. dokonanie przelewu w terminie pozwalającym na stwierdzenie, że środki zostały przekazane na rachunek zamawiającego przed upływem terminu na złożenie oferty, czy też wystąpienie o wystawienie dokumentów wadialnych składanych razem z ofertą do podmiotów zewnętrznych), uzgodnienia, jakie w tym zakresie mają miejsce pomiędzy konsorcjantami, nie muszą być udokumentowane przed zamawiającym w treści pełnomocnictwa. Wobec powyższego, samo ustalenie, który z konsorcjantów dokonał wniesienia wadium, nie ma istotnego znaczenia dla stwierdzenia, że oferta jest zabezpieczona wadium. Oceniając skuteczność złożonego wadium składy orzekające dążyły do ustalenia, czy w oparciu o treść gwarancji wadialnej możliwe było prawidłowe przypisanie wadium do złożonej oferty wspólnej. Pomocnym były wówczas dokumenty, np. umowa konsorcjum, w której wymienieni byli członkowie konsorcjum, ze wskazaniem podmiotu odpowiedzialnego za wniesienie wadium. Podobnie, w przypadku wskazania w treści gwarancji, iż wykonawca zamierza złożyć ofertę wspólną (takie określenie ma dawać większą pewność, iż gwarant obejmuje swoim zobowiązaniem działania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – vide wyrok SO w Gdańsku z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XII Ga 697/15), pozwalało w oparciu o treść oferty na zidentyfikowanie wszystkich podmiotów, których ofertę zabezpiecza. Podsumowując, sama identyfikacja składu konsorcjum w treści gwarancji wadialnej miała znaczenie wtórne, a istotnym pozostawała treść zobowiązania złożonego przez gwaranta i jego abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter, co ma ten skutek, iż odpowiedzialność gwaranta jest niezależna od sposobu ukształtowania relacji prawnej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Prawidłowość prezentowanego poglądu została potwierdzona m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 357/15 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15.

W uchwale z 15 lutego 2018 r. Sąd Najwyższy zajął stanowisko, które zawiera oczekiwane wytyczne w kontekście zarysowanej rozbieżności, wyznaczające kierunek oceny skuteczności gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę konsorcjum (sygn. akt IV CSK 86/17). Tło wydanej uchwały stanowiła ocena gwarancji ubezpieczeniowej, w treści której nie zostało wskazane, aby podmiot występujący o wystawienie gwarancji wadialnej działał w imieniu i na rzecz konsorcjum. Jak można przeczytać w uzasadnieniu ww. uchwały, Sąd Najwyższy uznał za prawidłowe wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej tylko wtedy, gdy stwarza ono dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5

ustawy Pzp. Za decydującą Sąd Najwyższy uznał jednak treść gwarancji, która, jak zauważył, może być ukształtowana różnie. Poprzez odesłanie do reguł dotyczących ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej, Sąd Najwyższy wskazał, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta o charakterze nieakcesoryjnym, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego, niż gwarancja. Rozstrzygającą pozostaje jednak wykładnia oświadczeń woli stron umowy gwarancyjnej (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty. Z uwagi na niepodzielność świadczeń (obowiązków), których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp), Sąd Najwyższy wskazał, iż zgodnie z art. 380 §1 k.c., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie obowiązków związanych ze złożeniem oferty wspólnej. W sytuacji, w której jako dłużnika zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji ubezpieczeniowej jedynie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinno mieć rozstrzygnięcie, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie”, może być w danej sytuacji utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej, należałoby, zdaniem Sądu Najwyższego, uznać za prawidłowe i skuteczne. W ocenie Sądu Najwyższego, ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłoby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałoby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

Wydane w okresie już po podjęciu uchwały przez Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej wskazują na ujednolicanie stanowiska dotyczącego oceny treści dokumentu wadium w kontekście oznaczenia w jego treści dłużnika. Przykładowo, w wyroku z dnia 26 lutego 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do poprawności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, w której treści wskazano jeden z podmiotów składających ofertę wspólną (sygn. akt KIO 251/18). W sprawie tej elementem stanu faktycznego była okoliczność dotycząca udzielenia dającemu zlecenie pełnomocnictwa w dacie późniejszej, niż wystawiona gwarancja oraz przedstawiona na rozprawie treść umowy konsorcjum. Izba uwzględniła okoliczność, iż umowa konsorcjum została zawarta

przed wystawieniem wadium złożonego wraz z ofertą, a jej treść wprost wskazywała na umocowanie pełnomocnika do wniesienia wadium w formie gwarancji. Umowa ta rozwiewała ewentualną wątpliwość, jaka w świetle uchwały SN mogłaby wystąpić w związku z ustaleniem, iż pełnomocnictwo załączone do oferty zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji wadialnej.

Ocena umocowania zlecającego wystawienie gwarancji wadialnej stanowiła przedmiot badania między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2713/18). Okoliczności ustalone w sprawie wskazywały na późniejszą datę pełnomocnictwa, niż daty wystawionych gwarancji bankowych. Przyjmując poglądy i wskazówki zawarte w uchwale Sądu Najwyższego, Izba przyjęła, iż gwarancja dotyczyła oferty wspólnej zleceniodawcy złożonej zamawiającemu w tym postępowaniu. Za pozbawione znaczenia dla oceny prawidłowości gwarancji przyjęto okoliczność, iż zostały one wystawione przed datą wystawienia pełnomocnictw konsorcjalnych, jak i przed datą sporządzenia pisemnej umowy konsorcjum.

Do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy przychyliła się Izba także w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2529/18) uznając za kluczowe dla oceny gwarancji bankowej złożonej w danej sprawie stanowisko Sądu Najwyższego o niepodzielności zobowiązań wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wynikającej z tego solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców za zobowiązania obciążające ich w postępowaniu przetargowym. Izba doszła do wniosku, że w razie niewykonania przez któregokolwiek z wykonawców obowiązków wynikających z ustawy Pzp, odpowiedzialność za to ponosiłby także drugi z konsorcjantów, co w konsekwencji dawałoby zamawiającemu prawo do zatrzymania wadium, nawet gdy bezpośrednią podstawą zatrzymania były zaniechania wykonawcy niewymienionego w treści gwarancji. Za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała, w świetle stanowiska Sądu Najwyższego, kwestię istnienia po stronie wykonawcy wskazanego w treści gwarancji umocowania do reprezentowania konsorcjum i zawarcia umowy gwarancji. Izba zauważyła, że pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w żadnej mierze nie odnosi się do kwestii działania wykonawcy wskazanego w gwarancji w charakterze pełnomocnika konsorcjum. Za niemającą wpływu na zasadność zarzutów Izba uznała też okoliczność, czy gwarant posiadał wiedzę, że zabezpieczona oferta będzie ofertą wspólną. W ocenie Izby, ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik nie był wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i ewentualne roszczenia z tego właśnie stosunku.

Wskazana powyżej uchwała Sądu Najwyższego pozostaje niewątpliwie ceną wskazówką przy interpretacji składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego gwarancji. Należy jednak pamiętać, że decydujące znaczenie w każdej sprawie będzie miała treść złożonej gwarancji. Niezbędna pozostaje zatem dbałość wykonawców ubiegających się o zamówienie o takie ukształtowanie oświadczeń woli zamieszczonych w gwarancji, które pozwolą wnioskować o poprawności takiego dokumentu.

5. Sentencja wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z uwzględnieniem postanowień dotyczących umorzenia i odrzucenia w części zarzutów podnoszonych w odwołaniu

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wykształca się praktyka uwzględniania w sentencji wyroku postanowienia odnoszącego się do umorzenia lub odrzucenia części zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Tak wydawany wyrok (rozstrzygnięcie) w pełni uwzględnia w sentencji całość stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie odwołania i podnoszonych w nim zarzutów w rozpoznawanej sprawie odwoławczej.

Zgodnie z art. 192 ust 1 ustawy Pzp Izba o oddaleniu lub uwzględnieniu odwołania orzeka w wyroku, w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań wskazane zostało w § 30 ust. 1, że skład orzekający po zamknięciu rozprawy lub posiedzenia wydaje orzeczenie. Powyższe regulacje przesądzają, że w wydanym przez skład orzekający Izby orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze, w jego części zmiennej (tenor wyroku) muszą zostać zawarte wszystkie rozstrzygnięcia. W zależności od tego, czy skład orzekający Izby wydaje postanowienie kończące postępowanie odwoławcze, czy też wydaje wyrok po zamknięciu rozprawy (§ 31 rozporządzenia w sprawie regulaminu) orzeczenie zawierać może, i tak też się dzieje, różne rozstrzygnięcia.

Izba w przypadku rozpoznania na rozprawie merytorycznie odwołania będzie wydawała wyrok. Do rozpoznania w trakcie rozprawy kierowane jest odwołanie w przypadku, gdy nie zachodzi podstawa do jego odrzucenia albo umorzenia. Jednocześnie należy wskazać, że do rozpoznania na rozprawie może zostać skierowana jedynie część zarzutów. Również w trakcie rozprawy część zarzutów odwołania może zostać np. uwzględniona przez zamawiającego albo wycofana przez odwołującego niezależnie od ich wcześniejszego skierowania przez skład orzekający na rozprawę. Izba, zgodnie ze wskazanymi wyżej przepisami, obowiązana jest do wydania wyroku zawsze, gdy dojdzie do rozpoznania merytorycznego co najmniej jednego zarzutu podniesionego w odwołaniu. Fakt merytorycznego rozpoznania klasyfikuje „formę orzeczenia” jakie zostanie wydane przez

skład orzekający. Niemniej w zakresie zarzutów odwołania, które zostały w trakcie procedowania odwołania przez skład orzekający – tj. od chwili wniesienia odwołania do chwili zamknięcia rozprawy – uwzględnione bądź wycofane, lub też co do których stwierdzono podstawy odrzucenia niezbędne jest również wyrzeczenie.

Wymaga wskazania w tym miejscu, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Izba w postępowaniu odwoławczym wydać może, poza wyrokiem kończącym postępowanie odwoławcze, postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Oznacza to, że postępowanie odwoławcze postanowieniem kończącym zamyka się przez umorzenie postępowania odwoławczego bądź odrzucenie odwołania. Ustawodawca nie przewidział wydania odrębnego postanowienia odnoszącego się jedynie do części podnoszonych w odwołaniu zarzutów, które co do części zarzutów odwołania kończyłoby postępowanie odwoławcze przed wydaniem wyroku zawierającym rozstrzygnięcie co do zarzutów poddanych rozpoznaniu. Jednocześnie niezbędne jest również wydanie orzeczenia w zakresie takich zarzutów odwołania, bowiem Izba ma obowiązek orzec o wszystkich zarzutach zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp– Izba nie może orzekać co do zarzutów , które nie były zawarte w odwołaniu a contrario Izba obowiązana jest orzec co do wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu). Skoro nie istnieje możliwość wydania odrębnego postanowienia kończącego postępowanie w zakresie części zarzutów (co do części odwołania), to postanowienie w zakresie umorzenia części zarzutów odwołania lub odrzucenia części zarzutów odwołania skład orzekający Izby zawiera w sentencji wyroku. W uchwale z dnia 8 grudnia 2005 roku sygn. akt III CZP 109/05 Sąd Najwyższy wskazał, że wyrok zespołu arbitrów łączy w sobie elementy wyroku i postanowienia nie kończącego postępowania w sprawie. To stanowisko aktualne jest również obecnie. Tym samym tenor wyroku Krajowej Izby Odwoławczej będzie zawierał rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania poddanych pod rozpoznanie, jak również w przypadkach tego wymagających postanowienia dodatkowe (odnoszące się do umorzenia lub odrzucenia części zarzutów odwołania), jak również rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (także postanowienie).

Powyższe uzasadnia również stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15 – która odnosi się do konstrukcji wyroku – zgodnie z którym, Izba powinna dać wyraz oceny zarzutów w „części rozstrzygającej wyroku (sentencji)”. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego art. 196 ust. 4 ustawy Pzp odnoszący się do uzasadnienia wyroku, wyczerpująco wskazując elementy treści uzasadnienia wyroku i przepis ten nie zawiera żadnej regulacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Również przytoczony wcześniej art. 192 ust. 1 ustawy Pzp nie daje takiej podstawy, bowiem jak wskazał Sąd

Najwyższy - przepis ten określa jedynie formę orzeczenia właściwą dla merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzutach i żądaniach zgłoszonych w odwołaniu.

W przypadku, gdy zarzuty odwołania w części zostały uwzględnione przez zamawiającego (art. 186 ust. 4a ustawy Pzp), przy braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego co do ich uwzględnienia przez zamawiającego lub w przypadku braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skład orzekający Izby zawiera w sentencji wyroku postanowienie w przedmiocie umorzenia postępowania odwoławczego (tak np.: wyrok z dnia 19 marca 2019 roku sygn. akt KIO 375/19, wyrok z dnia 2 kwietnia 2019 roku sygn. akt KIO 474/19, wyrok z dnia 3 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1097/19, wyrok z dnia 9 lipca 2019 roku sygn. akt 1169/19, wyrok z dnia 26 sierpnia 2019 roku sygn. akt KIO 1560/19, wyrok z dnia 3 października 2019 roku sygn. akt KIO 1827/19, wyrok z dnia 12 listopada 2019 roku sygn. akt KIO 2129/19, wyrok z dnia 22 listopada 2019 roku sygn. akt KIO 2228/19 i KIO 2249/19).

Wartym odnotowania w tym miejscu jest, że w orzecznictwie dostrzegalne jest umarzenie postępowania odwoławczego w zakresie części zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego w przypadku, gdy odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, przy braku sprzeciwu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na podstawie art. 186 ust. 4 a ustawy Pzp. Wskazana regulacja prawna odnosi się do sytuacji, w której po stronie zamawiającego – który uwzględnił część zarzutów – nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, natomiast brak wniesienia sprzeciwu nie jest wprost regulowany tym przepisem jak również innymi przepisami ustawy. Brak wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części usuwa spór pomiędzy stronami postępowania, w efekcie prowadząc do umorzenia częściowego odwołania (tak np.: wyrok z dnia 3 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1097/19).

W przypadku konstrukcji zarzutów odwołania wielowątkowych, odnoszących się do wielu elementów faktycznych, których naruszenia upatruje odwołujący w oparciu o jedną podstawę prawną możliwym jest również wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie części podnoszonego zarzutu odwołania z uwagi na jego uwzględnienie przez zamawiającego (tak np. wyrok z dnia 10 kwietnia 2019 roku sygn. akt KIO 521/19, wyrok z dnia 3 października 2019 roku sygn. akt KIO 1828/19).

Rozstrzygając w sentencji wyroku postanowieniem o umorzeniu postępowania odwoławczego w części uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania skład orzekający nie bada dokonanych czynności przez zamawiającego, czy też nie ocenia zasadności przedstawianej argumentacji jaka legła u podstaw czynności zamawiającego

(uwzględnienia zarzutów w części). Zawarcie w tenorze wyroku postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego co do części zarzutów odwołania stanowi efekt podjętych przez skład orzekający czynności formalnoprawnych, niezależnie od etapu postępowania odwoławczego, na jakim dochodzi do złożenia oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym wykonawca na każdym etapie może złożyć takie oświadczenie. Wykonawca na podstawie tej regulacji prawnej może również wycofać część zarzutów odwołania, bowiem uwzględniając regułę argumentum a maiori ad minus skoro możliwe jest wycofanie całego odwołania do czasu zamknięcia rozprawy, to możliwe jest również cofnięcie przez odwołującego poszczególnych zarzutów odwołania. Stanowisko to od lat ugruntowane jest w orzecznictwie Izby.

W wyniku nowelizacji przepisów ustawy w roku 2016 wprowadzone zostały przepisy art. 186 ust. 3a-4a ustawy. Na podstawie tych regulacji ustawodawca wprowadził zasady rozpoznawania odwołań w przypadku, gdy zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w całości lub w części, a odwołujący skorzysta z możliwości (lub nie) wycofania pozostałych zarzutów odwołania.

Mając na uwadze powyższe w postępowaniu odwoławczym odwołujący może cofnąć część zarzutów odwołania aż do zamknięcia rozprawy. W zakresie zarzutów cofniętych, mając na uwadze kształtującą się praktykę, Izba w tenorze wyroku zawiera postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów cofniętych (tak np.: wyrok z dnia 25 lutego 2019 roku sygn. akt KIO 181/19, wyrok z dnia 26 kwietnia 2019 roku sygn. akt KIO 686/19, wyrok z dnia 20 maja 2019 roku sygn. akt KIO 706/19, wyrok z dnia 27 maja 2019 roku sygn. akt KIO 719/19, wyrok z dnia 3 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1100/19, wyrok z dnia 8 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1076/10 i KIO 1164/19, wyrok z dnia 9 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1204/19, wyrok z dnia 30 września 2019 roku sygn. akt KIO 1756/19, wyrok z dnia 3 października 2019 roku sygn. akt KIO 1835/19 i KIO 1849, wyrok z dnia 15 listopada 2019 roku sygn. akt KIO 2204/19, wyrok z dnia 2 grudnia 2019 roku o sygn. akt KIO 2284/19 i KIO 2288/19).

Odwołujący może cofnąć zarzut odwołania również w określonej jego części, takie przypadki zdarzają się najczęściej w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego danej oferty, opartego na konkretnej podstawie prawnej, jednakże dotyczącego różnych podstaw faktycznych. W takim przypadku również niezbędne jest wydanie postanowienia o umorzeniu, które zostanie zawarte w sentencji wyroku a odnoszące się do części podnoszonego w odwołaniu zarzutu

z uwagi na jego cofnięcie (tak np.: wyrok z dnia 28 października 2019 roku sygn. akt KIO 2044/19, wyrok z dnia 23 grudnia 2019 roku sygn. akt KIO 2519/19).

Każde odwołanie wniesione zgodnie z przepisami ustawy podlega ocenie w zakresie obligatoryjnych przesłanek odrzucenia odwołania. Skład orzekający Izby z urzędu, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, podejmuje czynności polegające na dokonaniu niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających (§ 13 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu) oraz uwzględniając poczynione ustalenia, w określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp przypadkach, wydaje postanowienie o odrzuceniu odwołania (§ 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu). Nadmienić należy w tym miejscu, że okoliczności, stanowiące podstawę odrzucenia odwołania mogą zostać ujawnione na każdym etapie postępowania odwoławczego. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do odrzucenia odwołania, czyli w efekcie do odrzucenia wszystkich zawartych w odwołaniu zarzutów. Można to określić jako „odrzucenie całości odwołania”. Wykładnia ww. przepisu pozwala na jego stosowanie w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania, bowiem uwzględniając wnioskowanie z większego na mniejsze, skoro Izba może odrzucić odwołanie to w przypadku, gdy nie może orzec merytorycznie o części zarzutów odwołania, w odniesieniu do których spełnione są przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, mając na uwadze obowiązek rozpoznania i wyrzeczenia w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania, to możliwym w tym zakresie jest wydanie postanowienia dodatkowego w tenorze wyroku o odrzuceniu części zarzutów odwołania.

W danych okolicznościach faktycznych spraw odwoławczych, w zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów zdarzają się sytuacje, że w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania spełnione zostają przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W takich przypadkach Izba tych zarzutów odwołania nie poddaje pod rozpoznanie merytoryczne. Brak merytorycznego rozpoznania podnoszonych w odwołaniu zarzutów nie zwalnia Izby z orzeczenia w tym zakresie. Podobnie jak w przypadku uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego oraz wycofania części zarzutów przez odwołującego, Izba obowiązana jest do rozpoznania wszystkich zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W takich przypadkach kształtuje się w orzecznictwie Izby zamieszczenie w tenorze wyroku stosownego postanowienia kończącego odnoszącego się do odrzucenia części zarzutów podniesionych w odwołaniu (tak np.: wyrok z dnia 7 czerwca 2019 roku sygn. akt KIO 940/19, wyrok z dnia 13 czerwca 2019 roku sygn. akt KIO 958/19, wyrok z dnia 16 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1174/19, wyrok z dnia 16 grudnia sygn. akt KIO 2464/19).

Wszystkie z zarzutów odwołania jakie zostały podniesione przez odwołującego w odwołaniu muszą być przez Izbę rozpoznane (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) tj. poddane ocenie formalnoprawnej, a po spełnieniu przesłanek formalnych ocenie merytorycznej. W efekcie rozpoznania zarzutów odwołania rozstrzygnięcia w zakresie każdego z zarzutów, w kształtującej się praktyce Izby, zawierane są w sentencji wyroku przez podanie rozstrzygnięcia merytorycznego oraz, w określonych przypadkach, postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w części zarzutów odwołania.

W rozpoznawanych sprawach odwoławczych w roku 2019 wydawane były również wyroki, w których sentencje obejmowały także, poza rozstrzygnięciem o zarzutach odwołania poddanych pod rozpoznanie merytoryczne, różne postanowienia dodatkowe obejmujące rozstrzygnięcie co do zarzutów w części uwzględnionych przez zamawiającego oraz co do zarzutów częściowo wycofanych (tak np.: wyrok z dnia 15 marca 2019 roku sygn. akt KIO 374/19, wyrok z dnia 4 listopada 2019 roku sygn. akt KIO 2105/19).

Dostrzegalne w orzecznictwie Izby są również orzeczenia zawierające w tenorze wyroku wszystkie przewidziane ustawą rozstrzygnięcia. Tym samym w tenorze wyroku zawarte zostaje rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania poddanych pod rozpoznanie merytoryczne, ale również postanowienie kończące o umorzeniu części zarzutów odwołania z uwagi na ich wycofanie przez odwołującego, postanowienie o umorzeniu części zarzutów odwołania z uwagi na ich uwzględnienie przez zamawiającego oraz postanowienie w zakresie odrzucenia części zarzutów odwołania (tak np.: wyrok z dnia 18 kwietnia 2019 roku sygn. akt KIO 607/19).

Immamentną cechą każdego wyroku wydanego przez skład orzekający Krajowej Izby odwoławczej jest rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (§ 34 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie regulaminu). Przybiera ono także postać postanowienia, które zawarte jest w wyroku wydanym przez Izbę obok rozstrzygnięcia o charakterze materialnym i postanowień dodatkowych. Na samodzielne znaczenie normatywne pojęcia kosztów w postępowaniu odwoławczym, czego konsekwencją było stwierdzenie, że postanowienie o kosztach, na wzór orzeczeń sądów powszechnych ma charakter autonomiczny i podlega samodzielnemu zaskarżeniu wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 czerwca 2012 roku sygn. akt III CZP 23/12.

Podsumowując należy stwierdzić, że wypracowanie przez Izbę w okresie sprawozdawczym praktyki zawierania w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze rozstrzygnięcia o każdym z poniesionych zarzutów niezależnie od tego czy dany zarzut był

przedmiotem merytorycznego rozpoznania, czy też nie, umożliwia stronom korzystanie w pełni z przynależnej im kontroli instancyjnej. Strona lub uczestnik postępowania odwoławczego dzięki orzeczeniu zawierającym poza rozstrzygnięciem merytorycznym także postanowienia dodatkowe zyskuje możliwość zaskarżenia także postanowienia o umorzeniu postępowania w części zarzutów, gdy kwestionuje ustalenia Izby co do braku sprzeciwu, a także postanowienia o odrzuceniu części zarzutów, gdy nie godzi się z ustaleniem, że w odniesieniu do danego zarzutu ziszczyły się przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp (np. dany zarzut był spóźniony). Kształtującą się praktykę rozbudowywania sentencji części zmiennej wyroku należy oceniać pozytywnie w kontekście przynależnych podmiotom uczestniczącym w procedurze odwoławczej i skargowej gwarancji procesowych, jednocześnie uwzględniając stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15.

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

1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa

W roku sprawozdawczym Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała działania mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa. Działania te prowadzone były w trzech zasadniczych obszarach. Pierwszy z nich dotyczył poszerzania wiedzy, przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkoleń grupowych oraz uczestnictwa w konferencjach. Drugi, wynikał z konieczności wypracowania spójnej wykładni nowych regulacji Pzp oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował narady orzecznicze oraz seminaria z udziałem Prezesa Urzędu oraz przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych.

2. Szkolenia zbiorowe

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia z zakresu umów o podwykonawstwo w zamówieniach publicznych, aspektów formalno-technicznych procesu budowlanego, prawa pracy oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądów Okręgowych w przedmiocie zamówień publicznych. Członkowie Izby mieli również okazję do udoskonalenia warsztatu konstruowania orzeczeń i sporządzania ich uzasadnień.

3. Narady orzecznicze i seminaria

W celu wypracowania jednolitej wykładni przepisów ustawy, członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji kwestie formalne i merytoryczne istotne w praktyce orzeczniczej. Zagadnienia, nad którymi dyskutowała Izba, obejmowały szerokie spektrum problematyki z zakresu bieżących spraw, związanych z nowelizacją Pzp, jak i również te, będące kontynuacją wcześniej poruszanych problemów. W roku sprawozdawczym, Krajowa Izba Odwoławcza w ramach narad orzeczniczych dyskutowała między innymi nad zagadnieniami dotyczącymi: formy gwarancji wadialnej, podpisu elektronicznego, sporządzenia oferty w formie elektronicznej, dopuszczalności odwołań w postępowaniach na tzw. usługi społeczne i możliwości udzielania zamówień in-house podmiotom zależnym. Narady orzecznicze w roku 2019 dotyczyły również bieżących problemów interpretacyjnych w miarę ich ujawniania się w orzecznictwie. Cykliczne spotkania członków KIO miały na celu omówienie problemów orzeczniczych i służyły wymianie poglądów na poruszane tematy. Narady orzecznicze stanowią jedno z narzędzi służących do wypracowania jednolitej interpretacji przepisów ustawy Pzp.

W 2019 r. kontynuowano również spotkania seminaryjne z przedstawicielami UZP, które stanowią cenne pole wymiany doświadczeń i poglądów.

4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna

W 2019 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali m.in. udział w konferencjach:

1. VI Ogólnopolska Konferencja „*Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych 2019. Trudności i wątpliwości praktyki*” – odbyła się dnia 11.03.2019 r. w Warszawie.
2. Międzynarodowa konferencja „*Przesłanki wykluczenia - praktyka stosowania w krajach UE, EFTA i USA*” – odbyła się dnia 30.09.2019 r. w Warszawie.
3. XII Konferencja Naukowa „*Dziś i jutro zamówień publicznych*” – odbyła się w dniach 7-9.10.2019 r. w Olsztynie .
4. Konferencja „*Zielone zamówienia publiczne*” – odbyła się dnia 21.11.2019 r. w Warszawie.
5. Konferencja „*Dostępność dla osób z niepełnosprawnościami oraz projektowanie uniwersalne w zamówieniach publicznych*” – 9 .12.2019 r. w Warszawie.
6. Konferencja „*Nowe Prawo zamówień publicznych*” – odbyła się w dniu 11.12.2019 r. w Warszawie.

W części z tych wydarzeń członkowie Izby uczestniczyli również jako autorzy artykułów lub prelegenci.

5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa

W dniach 3 - 4 kwietnia 2019 r. w Rumunii oraz 2 - 3 października 2019 r. w Słowenii przedstawiciele Izby wzięli udział w spotkaniach organów odwoławczych pierwszej instancji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zorganizowanych przez Komisję Europejską. Celem spotkań sieci organów odwoławczych jest wymiana doświadczeń i dobrych praktyk w związku z rozpoznawaniem środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych.

Podsumowanie

Rok 2019 r., był dwunastym rokiem funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych.

W okresie sprawozdawczym Izba rozwinęła linię orzeczniczą w zakresie zagadnień dotyczących prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia o wartości powyżej progów unijnych w całości formie elektronicznej. Szczególnie istotnymi dla rynku okazały się orzeczenia dotyczące m.in. podpisów elektronicznych, elektronicznej formy dokumentu jak też funkcjonowania platform umożliwiających składanie ofert elektronicznych. Orzeczenia Izby w tym zakresie stanowią dla zamawiających i wykonawców cenne wskazówki ułatwiające odnalezienie się w nowej, cyfrowej rzeczywistości systemu zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nieodmiennie pracuje nad podnoszeniem jakości orzecznictwa i uzyskania jednolitej wykładni przepisów prawa – w szczególności poprzez organizowane narady orzecnicze, udział w szkoleniach i konferencjach. Izba w pełni rozpoznaje swoją rolę jako jednego z najważniejszych elementów systemu zamówień publicznych i w swojej działalności stara się zapewnić warunki dla jego rozwoju, przy zachowaniu niezbędnej stabilności.