

Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 3/2013  
Zgromadzenia Ogólnego  
Krajowej Izby Odwoławczej  
z dnia 5 lipca 2013 r.

**Informacja o działalności  
Krajowej Izby Odwoławczej  
w 2012 r.**

**Warszawa 2013 r.**

*Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.*

## SPIS TREŚCI

<b>WYKAZ SKRÓTÓW</b> .....	<b>4</b>
<b>WPROWADZENIE</b> .....	<b>5</b>
<b>CZĘŚĆ I UWARUNKOWANIA PRAWNO-ORGANIZACYJNE DOTYCZĄCE DZIAŁALNOŚCI KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ</b> .....	<b>8</b>
<b>I.1. Regulacje prawne dotyczące systemu środków ochrony prawnej</b> .....	<b>8</b>
<b>I.2. Status Izby oraz charakter postępowania odwoławczego</b> .....	<b>10</b>
<b>I.3. Usytuowanie systemowe Izby a gwarancje niezawisłości jej członków</b> .....	<b>12</b>
I.3.1. Sytuacja pracownicza członków Izby .....	13
I.3.2. Obsługa organizacyjna i techniczna Izby .....	21
<b>I.4. Wnioski</b> .....	<b>24</b>
<b>CZĘŚĆ II DZIAŁALNOŚĆ MERYTORYCZNA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2012 R.</b> .....	<b>26</b>
<b>II.1. Rozstrzygnięcie spraw odwoławczych</b> .....	<b>26</b>
II.1.1. Wpływ odwołań .....	26
II.1.2. Rozstrzygnięcia postępowań odwoławczych .....	28
II.1.3. Terminowość rozpoznawania odwołań .....	31
II.1.4. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej .....	32
<b>II.2. Wyrażanie opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych</b> .....	<b>34</b>
<b>II.3. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy</b> .....	<b>35</b>
<b>CZĘŚĆ III INNA DZIAŁALNOŚĆ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2012 R.</b> .....	<b>37</b>
<b>III.1. Podnoszenie kwalifikacji</b> .....	<b>37</b>
<b>III.2. Udział Krajowej Izby Odwoławczej w spotkaniach i konferencjach</b> .....	<b>37</b>
<b>III.3. Konferencja Krajowej Izby Odwoławczej</b> .....	<b>38</b>
<b>III.4. Współpraca Krajowej Izby Odwoławczej z innymi podmiotami, w tym współpraca międzynarodowa</b> .....	<b>40</b>

<b>III.5. Działalność edukacyjna .....</b>	<b>42</b>
<b>III.6. Działalność zewnętrzna .....</b>	<b>42</b>
<b>CZĘŚĆ IV PROBLEMY WYNIKAJĄCE Z ORZECZNICTWA IZBY W 2012 R.....</b>	<b>44</b>
<b>IV.1. przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wynikające z nich trudności interpretacyjne .</b>	<b>44</b>
IV.1.1. Art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp .....	44
IV.1.2. Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp .....	55
IV.1.3. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp .....	69
<b>IV.2. Potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w postępowaniach wieloetapowych .....</b>	<b>74</b>
<b>IV.3. Skutki uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania .</b>	<b>83</b>
<b>IV.4. Charakter orzeczenia sądu okręgowego wydanego w postępowaniu skargowym .....</b>	<b>96</b>
<b>PODSUMOWANIE .....</b>	<b>100</b>

## WYKAZ SKRÓTÓW

ETS, TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
Kc	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
KIO, Izba	Krajowa Izba Odwoławcza
Kpc	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
Pzp, ustawa Pzp, ustawa	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)
SIWZ, siwz	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UZP, Urząd	Urząd Zamówień Publicznych
VAT	podatek od towarów i usług

## Wprowadzenie

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoczęła swoją działalność w dniu 5 grudnia 2007 r. zastępując Zespoły Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Izba jest organem powołanym z mocy ustawy, wyposażonym w szerokie kompetencje orzecznicze. Podstawowym przedmiotem jej działalności jest rozpoznawanie odwołań od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiających podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba rozpoznaje także wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania oraz rozpatruje zastrzeżenia względem wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Krajową Izbę Odwoławczą tworzy obecnie 36 członków (na dzień 31 grudnia 2012 r. stan ten wynosił 37 członków). Członkowie Izby legitymują się wysokimi kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem w stosowaniu prawa, w tym przede wszystkim przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej w trakcie orzekania są niezawisli i podlegają jedynie ustawom.

Niniejsza *Informacja* obejmuje swoim zakresem działalność Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2012. Jednakże w związku z faktem, iż rok ów był piątym rokiem funkcjonowania Izby w systemie zamówień publicznych, w ramach *Informacji* zawarto również pewne elementy ogólnego podsumowania całego tego okresu.

Jednocześnie pięciolecie Izby skłania do refleksji nad miejscem Krajowej Izby Odwoławczej w systemie organów ochrony prawnej oraz nad potrzebą wzmocnienia jej systemowego przyporządkowania jako trybunału w rozumieniu traktatowym UE. Przyjęte w dacie ukonstytuowania się Krajowej Izby Odwoławczej rozwiązania prawne dotyczące jej charakteru, organizacji oraz pracowniczego usytuowania członków Izby ujawniły w ostatnim okresie, szczególnie w roku 2012, pewne niedoskonałości systemowe, omawiane w części I niniejszego opracowania.

Część II *Informacji* poświęcona jest działalności merytorycznej Krajowej Izby Odwoławczej. Przedstawiono w niej dane statystyczne dotyczące wniesionych odwołań, informacje o terminowości ich rozpoznawania, rodzajach zapadłych rozstrzygnięć oraz wnoszonych skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zaprezentowano także dane dotyczące pozostałej działalności orzeczniczej Izby, tj. opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Kolejna część *Informacji* została poświęcona innej niż orzecznicza działalności Izby. Przedstawiono tam m.in.: udział w szkoleniach i konferencjach, upowszechnianie polskiego modelu środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych poza granicami kraju, nawiązanie współpracy z Uniwersytetem Jagiellońskim w celu upowszechniania wiedzy o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych. Znaczący fragment *Informacji* poświęcono konferencji Krajowej Izby Odwoławczej – *Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*. Konferencja ta zgromadziła przedstawicieli instytucji i organizacji zaangażowanych w rynek zamówień publicznych, począwszy od przedstawicieli Rządu i centralnych organów administracji publicznej, przez reprezentantów środowisk naukowych, delegatów środowiska sędziowskiego i innych zawodów prawniczych, a kończąc na przedstawicielach organizacji pozarządowych skupiających zamawiających i wykonawców. Zaprezentowane w trakcie Konferencji referaty oraz prowadzona w jej toku dyskusja, również wywarły wpływ na kształt tegorocznej *Informacji*, skłaniając do przedstawienia sygnalizowanych tam potrzeb rynku zamówień publicznych, w tym wprowadzenia jednoznacznych, instytucjonalnych mechanizmów gwarantujących niezawisłość Krajowej Izby Odwoławczej oraz jej członków.

Część czwarta *Informacji* poświęcona została problemom orzeczniczym, które występowały w roku sprawozdawczym 2012. Najistotniejszym zagadnieniem prawnym pozostawała tu interpretacja art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. Przepis ten budził wątpliwości Izby, co do jego zgodności z prawem unijnym. Powyższe znalazło rozstrzygnięcie w wyroku TSUE, który daje także dyrektywę interpretacyjną dla omówionych w *Informacji* wątpliwości dotyczących stosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy i jego zgodności z prawem UE. Opracowanie przedstawia też kwestie związane z inną, wywołującą trudności interpretacyjne, przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, dotyczącą złożenia nieprawdziwych informacji. Kolejne z prezentowanych zagadnień dotyczy wciąż aktualnego problemu, który był już sygnalizowany w *Informacjach* z lat 2010 i 2011, to jest dopuszczalności stosowania art. 26 ust. 2b ustawy przy prekwalifikacji wykonawców. Następnie omówiono problemy związane ze stosowaniem instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania, powstające szczególnie w związku z brakiem jednoznacznego określenia skutków prawnych wynikających z częściowego uwzględnienia zarzutów oraz sposobu wykonania żądań w sytuacji uwzględnienia całości zarzutów odwołania. Analizie poddano także kwestię charakteru orzeczenia sądowego wydanego w postępowaniu skargowym.

Niniejsza *Informacja* została oparta na:

- 1) dokumentacji postępowań odwoławczych i wydanych w ich wyniku orzeczeniach Izby,

- 2) dokumentacji postępowań kontrolnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu, od wyników których złożono zastrzeżenia rozpoznawane przez Izbę oraz uchwał Izby dotyczących zastrzeżeń wydanych w tych sprawach,
- 3) dokumentacji postępowań w sprawie rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy,
- 4) skarg na orzeczenia Izby oraz wyrokach sądów okręgowych wydanych w sprawie tych skarg,
- 5) danych statystycznych UZP.

Prezentowana *Informacja* została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej Uchwałą Nr 4/2013 z dnia 5 lipca 2013 r.

## **Część I Uwarunkowania prawno-organizacyjne dotyczące działalności Krajowej Izby Odwoławczej**

### **I.1. Regulacje prawne dotyczące systemu środków ochrony prawnej**

Obecny kształt systemu środków ochrony prawnej został nadany kolejnymi zmianami legislacyjnymi, następującymi w okresie po powołaniu Krajowej Izby Odwoławczej.

I tak, w dniu 24 października 2008 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Głównym celem nowelizacji było uwzględnienie uwag Komisji Europejskiej w zakresie zgodności polskiej ustawy z prawem Unii Europejskiej, jak też odbiurokratyzowanie procedur udzielania zamówień. Niemniej jednak w jej ramach istotnym modyfikacjom poddany został również system środków ochrony prawnej. Zmiany dotyczyły nowego zdefiniowania ostatecznego rozstrzygnięcia protestu i odmiennego ukształtowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w tym przekazania powyższego do rozpoznawania Izbie. Zmieniono także terminy na wniesienie odwołania oraz zreformowano jego dopuszczalny zakres. Wprowadzono też ważną zmianę art. 191 ust. 1a (obecnie art. 192 ust. 2) ustawy Pzp. Według tej regulacji, Izba uwzględnia odwołania wyłącznie w sytuacji stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Kolejna zmiana nowelizacyjna w zakresie postępowania odwoławczego dotyczyła likwidacji możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu. Całokształt rozwiązań nowelizacyjnych wprowadził więc zasadę, że w postępowaniu odwoławczym Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w proteście i powtórzonych w odwołaniu.

Nie bez wpływu na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej pozostała ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Nowelizacja dotyczyła m.in. regulacji warunków udziału w postępowaniu, w tym kreacji instytucji opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, dopuszczenia możliwości wykazania się przez wykonawcę wiedzą, doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia czy zdolnościami finansowym innych podmiotów, przepisów dotyczących wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zwrotu wadium. Istotną dla systemu zamówień publicznych jest również zmiana opłaty sądowej od skargi wnoszonej na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, poprzez jej ustalenie w wysokości równej pięciokrotności wniesionego wpisu od odwołania (w sprawach



dotyczących czynności zamawiającego dokonanych przed otwarciem ofert) albo 5% wartości przedmiotu zamówienia (jeżeli skarga dotyczy czynności podjętych po otwarciu ofert).

Wprowadzone w tym zakresie zmiany stanowią znaczącą barierę dla wykonawców, jak i pewnej części zamawiających, w korzystaniu ze środków zaskarżenia orzeczeń Izby, o czym świadczy spadek zaskarżanych orzeczeń z poziomu 19% w 2009 r. do 8% w 2010 r. Powyższe w zasadniczy sposób ograniczyło możliwość ujednoczenia orzecznictwa Izby dzięki wydawanym w drugiej instancji orzeczeniom sądów okręgowych.

Niewątpliwie największy i bezpośredni wpływ na funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej i jej orzecznictwo wywarła nowelizacja Prawa zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. Zasadnicze, oceniane jako rewolucyjne, zmiany wprowadzone ww. nowelizacją dotyczyły środków ochrony prawnej oraz postępowania przed Izbą. Najistotniejszą z nich była likwidacja instytucji protestu i pozostawienie odwołania wnoszonego do Izby oraz skargi do sądu jako jedynych środków ochrony prawnej. Nowelizacja zmieniła nadto podmiot, do którego odwołanie winno być wnoszone – z Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Całość postępowania odwoławczego została zatem przekazana Izbie.

Omawiana nowelizacja rozszerzyła również kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej m.in. o wprowadzenie uprawnienia do unieważniania zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego czy nakładania kar finansowych na zamawiających.

Zmianie uległa procedura rozpoznawania odwołań. Jako zasadę wprowadzono orzekanie w składach jednoosobowych, pozostawiając jedynie możliwość wyznaczania przez Prezesa Izby trzypoosobowych składów orzekających w sprawach szczególnie zawiłych lub precedensowych. Zmiana ta została poruszona przez członków Krajowej Izby Odwoławczej w liście otwartym z dnia 9 października 2009 r., skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przy czym zbiegła się ona nie tylko z wprowadzeniem szeregu nowych instytucji ustawowych i rozwiązań, ale także z prawie dwukrotnym zwiększeniem składu osobowego Izby. Niewątpliwie wprowadzenie jednoosobowego orzekania przyczyniło się do zniwelowania powstałych w roku 2009 opóźnień w rozpoznawaniu odwołań, a także pomimo znacznego wzrostu liczby odwołań wnoszonych po nowelizacji, zapobiegło wydłużeniu okresu ich rozpoznawania. Z drugiej jednak strony – zawężyło możliwość wymiany i ścierania się poglądów wewnątrz Izby, co – wobec ograniczenia kontroli instancyjnej sprawowanej przez sądy okręgowe – ma szczególne znaczenia dla jednolitości orzecznictwa.

Istotne zmiany wiązały się także z wprowadzeniem nowych przepisów proceduralnych dotyczących: terminów na wnoszenie odwołania i przystąpienia do

odwołania, uwzględnienia zarzutów odwołania i umorzenia postępowania odwoławczego, kosztów postępowania odwoławczego (w szczególności przy uwzględnieniu zarzutów przez zamawiającego), uzupełniania braków formalnych odwołania.

Dopiero lata 2011 i 2012 były wolne od fundamentalnych zmian legislacyjnych, co sprzyjało skupieniu się na systematycznym wypracowywaniu spójnego podejścia do istotnych zagadnień merytorycznych, jak też utrwalenia przyjętych rozwiązań organizacyjnych związanych z działalnością orzeczniczą Izby.

Na podstawie powyższego można przyjąć, że wola ustawodawcy, nakładającego na Izbę nowe obowiązki i wyzwania, odzwierciedla i wychodzi naprzeciw zapotrzebowaniu rynku zamówień publicznych oraz wskazuje, że jest to organ pozytywnie postrzegany przez podmioty na rynku tym funkcjonujące.

## **I.2. Status Izby oraz charakter postępowania odwoławczego**

Minione pięć lat istnienia Krajowej Izby Odwoławczej było okresem, w którym ukształtowały się poglądy co do statusu Izby oraz charakteru postępowania odwoławczego. W tym czasie wskazane zagadnienia zostały jednoznacznie przesądzone w orzecznictwie sądów krajowych, jak i w stanowiskach wyrażonych przez instytucje Unii Europejskiej.

Jeszcze w czasie funkcjonowania zespołów arbitrów Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 czerwca 2006 r. (SK 54/04) wyraził pogląd o quasi-sądowym charakterze tego organu, będącego niezależnym podmiotem działającym na podstawie prawa, rozstrzygającym w pierwszej instancji spór między stronami tego postępowania. Postępowanie, które toczyło się przed zespołem arbitrów było – zdaniem Trybunału – postępowaniem o charakterze jurysdykcyjnym. Po zastąpieniu zespołów arbitrów stałym organem orzeczniczym, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, stanowisko Trybunału pozostaje nadal aktualne, skoro bowiem powoływane *ad hoc* zespoły arbitrów miały charakter organu quasi-sądowego, tym bardziej charakter taki należy przypisać Krajowej Izbie Odwoławczej.

Status Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzony został przez Komisję Europejską, przy okazji skierowania przez skład orzekający Izby pytania prejudycjalnego w zakresie wykładni przepisów wspólnotowych w związku z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>. W uwagach pisemnych skierowanych do Prezesa i członków Trybunału Sprawiedliwości, Komisja Europejska uznała Izbę za sąd w rozumieniu art. 267

---

<sup>1</sup> Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 30 sierpnia 2011 r., KIO 1629/11, KIO 1643/11

Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Pogląd ten został potwierdzony w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. (C-465/11), w którym to wyroku Trybunał wskazał, że *Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172-198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TSUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów*. Trybunał podkreślił – powołując się na wyroki: z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 Dorsch Consult<sup>2</sup> oraz z 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-443/09 Grillo Star<sup>3</sup> – że o sądowym charakterze organu decyduje zespół przesłanek, takich jak ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość, które to przesłanki – w ocenie Trybunału – są przez Izbę spełnione.

Jeśli chodzi o charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jego cywilnoprawna natura została podkreślona w wyroku z 13 września 2001 r. (sygn. akt IV CKN 381/2000)<sup>4</sup>, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że – mimo obecności w przepisach zamówieniowych norm o charakterze publicznoprawnym – powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych.

Natomiast co do charakteru postępowania odwoławczego, potwierdzeniem ukształtowanego w doktrynie poglądu o jego cywilnoprawnym charakterze jest postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 9 czerwca 2011 r. (sygn. akt V SA/Wa 288/11), w którym Sąd – w postępowaniu ze skargi wniesionej na postanowienie Prezesa Izby o zwrocie odwołania – stanął na stanowisku, że skarga ta nie należy do właściwości sądu administracyjnego, Prezes Izby nie jest bowiem organem administracji publicznej, a zaskarżone postanowienie nie stanowiło działalności administracyjnej. Pogląd ten podzielił Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 r. (sygn. akt GSK 1842/11), wskazując, że do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny, a postępowanie o udzielenie tego zamówienia i związane z nim postępowanie odwoławcze – do którego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym) – mają charakter spraw cywilnych.

---

<sup>2</sup> Rec. s. I-4961, pkt 23

<sup>3</sup> Niepublikowane, pkt 20

<sup>4</sup> Biuletyn Sądu Najwyższego 2001/12 str. 8

Powyższe poglądy wyrażone przez sądy krajowe oraz przez organy Unii Europejskiej niezbiecie świadczą o tym, że – wbrew pojawiającym się w ostatnim czasie w doktrynie zamówień publicznych, lecz odosobnionym tezom – Krajowa Izba Odwoławcza jest organem quasi-sądowym, prowadzącym postępowania o charakterze cywilnoprawnym. Jednocześnie, jak pokazują dane przedstawione w raporcie ewaluacyjnym Komisji Europejskiej z 24 czerwca 2011 r. na temat oceny skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych<sup>5</sup>, model ten pozwala na nie mniej sprawne i skuteczne prowadzenie postępowań odwoławczych, niż ma to miejsce w przypadku powierzenia rozstrzygnięcia sporów w pierwszej instancji sądom *sensu stricto*<sup>6</sup>. Potwierdzeniem tego jest przywołany raport Komisji Europejskiej dotyczący okresu 2006-2010, w którym Polska została wskazana jako jeden z krajów, gdzie rozpoznawanie odwołań trwa najkrócej. Z kolei według rocznego przeglądu w zakresie implementacji unijnych regulacji dotyczących zamówień publicznych<sup>7</sup> Polska i Słowacja zostały wskazane jako kraje, gdzie rozpoznawanie sporu w zamówieniach publicznych w pierwszej instancji trwa najkrócej – 14 dni.

### **I.3. Usytuowanie systemowe Izby a gwarancje niezawisłości jej członków**

Niezależność Krajowej Izby Odwoławczej – w tym w sferze relacji z organami administracji rządowej – jest warunkiem koniecznym prawidłowego wypełniania funkcji orzeczniczych. Poza ustawową gwarancją niezawisłości członków Izby, realizowana jest ona poprzez ukształtowanie Izby jako instytucji odrębnej od innych organów państwowych, w tym od centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych, co zostało podkreślone nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r.<sup>8</sup> Przywołana nowelizacja, zmieniając brzmienie art. 172 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zniosła formalne usytuowanie Izby przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych.

Mimo potwierdzenia instytucjonalnej odrębności Izby, w ustawie Prawo zamówień publicznych zostały utrzymane regulacje tworzące jej organizacyjne powiązania z centralnym organem administracji rządowej – Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. I tak, zgodnie

<sup>5</sup> [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), pełna wersja w języku angielskim COMMISSION STAFF WORKING PAPER *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation* na [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm);

<sup>6</sup> Magdalena Grabarczyk, *Czynniki wpływające na szybkość i skuteczność postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na tle wybranych rozwiązań przyjętych w państwach Unii Europejskiej*, referat z konferencji *Pięcioletnie funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*

<sup>7</sup> „Roczny przegląd w zakresie implementacji unijnych regulacji dotyczących zamówień publicznych 2012”, *Monitoring the application of EU public procurement rules across the EU – Annual Public Procurement Implementation Review* na [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/news/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/news/index_en.htm);

<sup>8</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778

z ustawą, organ ten wykonuje wobec członków Izby czynności w sprawach z zakresu prawa pracy (art. 173 ust. 4), zapewnia obsługę organizacyjno-techniczną i księgową Izby (art. 173 ust. 11), posiada samodzielną kompetencję zgłaszania kandydatów na Prezesa i Wiceprezesa Izby (art. 173 ust. 3) oraz rzecznika dyscyplinarnego (art. 175 ust. 5), wnioskuje do Prezesa Rady Ministrów o przeprowadzenie postępowania kwalifikacyjnego na członków Izby, jeżeli zachodzi potrzeba zwiększenia składu Izby (art. 176a ust. 2).

Wskazane rozwiązania, dając organowi administracji rządowej możliwość realnego wpływu na działalność Izby oraz uzależniając różne aspekty tej działalności od obsługi oferowanej przez Urząd Zamówień Publicznych, nie gwarantują Izbie niezbędnej samodzielności. Co więcej, stosowane w sposób wykraczający poza granice poszanowania niezależności Izby, stwarzają ryzyko dla prawidłowości wykonywania przez nią ustawowych zadań. Nie można również pominąć kwestii negatywnego odbioru zewnętrznego istniejących powiązań organizacyjnych, które przez uczestników rynku zamówień publicznych bywają poczytywane za niewłaściwe, uzasadniające wątpliwości co do faktycznej niezależności Izby i umniejszające jej autorytet.

Podsumowanie pięcioletniego okresu działalności Izby oraz problemy, z którymi Izba zetknęła się w 2012 r., uzasadniają omówienie w niniejszej *Informacji* kwestii jej instytucjonalnej niezależności i zagrożeń wynikających z obowiązujących regulacji prawnych.

### **I.3.1. Sytuacja pracownicza członków Izby**

**1. [Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jako podmiot wykonujący czynności z zakresu prawa pracy wobec członków Izby]** Przepis art. 173 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dotyczących członków Izby wykonuje Prezes Urzędu. Brzmienie przywołanego przepisu może wywoływać wątpliwości, co do zakresu kompetencji pracodawczych tego organu, może być bowiem odczytywane jako przekazanie do właściwości Prezesa Urzędu czynności o charakterze „technicznym”, nie czyniąc go pracodawcą w pełnym tego słowa znaczeniu (za czym przemawiałby m.in. fakt, że nawiązanie stosunku pracy z członkami Izby następuje na podstawie powołania przez Prezesa Rady Ministrów), bądź jako przyznanie temu organowi przymiotu pracodawcy *sensu stricto* (choć przepis przedmiotowej relacji w ten sposób nie określa). Jak pokazuje praktyka, dyspozycja przepisu art. 173 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych realizowana jest w drugim ze wskazanych powyżej znaczeń.

Przedstawione podporządkowanie w ramach stosunku pracy członków Izby Prezesowi Urzędu należy uznać za niewłaściwe. Z jednej strony bowiem powołani

przez Prezesa Rady Ministrów, wyposażeni w przymiot niezawisłości członkowie Izby, rozstrzygają spory z zakresu zamówień publicznych w ramach organu quasi-sądowego, na którym spoczywa główny ciężar badania prawidłowości stosowania przepisów zamówieniowych. Z drugiej – są pracowniczo podlegli organowi administracji rządowej, aktywnie działającemu w sferze legislacji oraz dokonującemu i upowszechniającemu własną interpretację przepisów o zamówieniach publicznych, zatem bezpośrednio zainteresowanemu w sposobie stosowania tych przepisów.

Przykładem wady tak skonstruowanej sytuacji pracowniczej członków Izby jest powierzenie im opiniowania zgłaszanych przez zamawiających zastrzeżeń od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu. Prowadzi to do sytuacji, w której członkowie Izby opiniują *de facto* prawidłowość ustaleń i ocen poczynionych przez stronę postępowania kontrolnego, a jednocześnie swojego pracodawcę.

Systemowa wadliwość takiego rozwiązania ma swoje przełożenie praktyczne na działalność Izby, a rok 2012 był okresem nasilenia się wynikających z niego problemów. Doświadczenia tego okresu pozwalają stwierdzić, że fakt powierzenia Prezesowi Urzędu czynności z zakresu prawa pracy bywa nadużywany, przez wykorzystywanie instrumentów służących pracodawcy (w tym instrumentów ekonomicznych) do wpływu na orzecznictwo Izby.

Już w latach wcześniejszych Prezes Urzędu – z tytułu pełnienia funkcji pracodawcy – zastrzegł sobie możliwość rozliczania arbitrow z realizacji ich zadań (z konsekwencjami natury finansowej). W ostatnim okresie oceny te zostały dokonane nie tylko z uwzględnieniem organizacji pracy i terminowości wykonywanych zadań. W 2012 r. miały bowiem miejsce przypadki dokonania takiej oceny przy użyciu subiektywnych kryteriów, w tym przez pryzmat opinii Prezesa Urzędu na temat merytorycznej jakości wydanych orzeczeń, mimo pozytywnego zweryfikowania rozstrzygnięcia przez sąd okręgowy.

Jako nadużycie uprawnień wynikających z prawa pracy, mogące w sposób pośredni wpływać na linię orzecniczą, Izba postrzega również arbitralne określenie przez Prezesa Urzędu kręgu członków Izby, którzy będą posiadać uprawnienia do orzekania w sprawach obronności i bezpieczeństwa. W związku z nowelizacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, implementującą tzw. dyrektywę obronną<sup>9</sup>, Prezes Izby już w drugiej połowie 2011 r. podjął czynności w celu spowodowania wszczęcia postępowań sprawdzających wobec członków Izby. Prezes Urzędu – jako pracodawca – wystąpił z wnioskami

---

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271)

o przeprowadzenie tych postępowań wobec części członków Izby, w celu uzyskania przez nich dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ściśle tajne”. Jednak wbrew postulatom zgłoszonym przez Prezesa Izby, aby z wnioskiem takim wystąpić wobec wszystkich członków, którzy wyrażą zgodę na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego<sup>10</sup>, Prezes Urzędu nie spowodował wszczęcia postępowania sprawdzającego w odniesieniu do niektórych członków Izby, nie podając powodów takiej decyzji, ani kryteriów jakimi się kierował.

Odnosząc się do powyższego stanowiska należy jednak zauważyć, że nowelizacja ustawy nie wprowadziła zmian w przepisach określających zasady wyznaczania składów orzekających według kolejności wpływu odwołań z alfabetycznej listy członków Izby. Oznacza to, że uniemożliwienie niektórym członkom Izby uzyskania dostępu do informacji niejawnych będzie skutkowało niemożliwością wyznaczenia ich do składu orzekającego w postępowaniach zawierających takie informacje, a w konsekwencji – odstępianie od ustanowionej w art. 188 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady wyznaczania składów orzekających. Z tych względów Prezes Izby podtrzymał wniosek o przeprowadzenie postępowania sprawdzającego wobec osób, które wyraziły na to zgodę, a które postępowaniem tym nie zostały objęte<sup>11</sup>. Wniosek ten nie został w pełni zrealizowany.

Innym problemem pracowniczym, który ujawnił się w 2012 r. była kwestia prawidłowości ustalenia wysokości dodatkowego wynagrodzenia rocznego za 2011 r. i nieudzielenia członkom Izby informacji dotyczących sposobu jego obliczenia.

Przy okazji dokonanej na początku 2012 r. wypłaty tzw. trzynastek członkowie Izby powzięli informację, że podstawy obliczenia tych wynagrodzeń zostały pomniejszone o wynagrodzenie za dni udziału w szkoleniach<sup>12</sup>, a w przypadku aplikantów radcowskich i adwokackich – również o dni, w których aplikanci korzystali z ustawowego zwolnienia z pracy w celu udziału w obowiązkowych zajęciach, a jeśli chodzi o osoby przystępujące do egzaminu radcowskiego – o dni, w których osoby te przebywały na urlopie udzielonym w celu przygotowania się do egzaminu.

Podejmowane w sprawach indywidualnych przez członków Izby próby wyjaśnienia prawidłowości takich obliczeń nie doprowadziły do uzyskania jasnych i wyczerpujących informacji. Wobec powyższego Prezes Izby wystąpił do Prezesa Urzędu<sup>13</sup> o przedstawienie przyjętych zasad obliczenia dodatkowych wynagrodzeń rocznych i uzasadnienia

---

<sup>10</sup> Pismo z dnia 15 października 2012 r., znak: UZP/DO/WD/20480/12

<sup>11</sup> Pismo z dnia 14 listopada 2012 r., znak: UZP/DO/WD/23085/12

<sup>12</sup> W tym zakresie we wrześniu 2012 r. dokonano korekty.

<sup>13</sup> Pismo z dnia 15 października 2012 r., znak: UZP/DO/WD/20482/12

zakwalifikowania poszczególnych rodzajów nieobecności jako zmniejszających wymiar dodatkowego wynagrodzenia rocznego (w tym o zapoznanie z treścią sporządzonej na tę okoliczność opinii prawnej). Ponadto Prezes Izby zwrócił się o przekazanie indywidualnie poszczególnym członkom informacji dotyczących wymiaru ich dodatkowych wynagrodzeń rocznych za 2011 r. oraz analogicznych danych za lata 2009 i 2010. Prezes Urzędu nie udzielił odpowiedzi na powyższe wnioski i mimo obowiązku wynikającego z art. 85 § 5 Kodeksu pracy nie przedstawił członkom Izby informacji niezbędnych do weryfikacji wysokości wypłaconych „trzynastek”. Problem prawidłowości obliczania dodatkowych wynagrodzeń rocznych nie został rozwiązany i pozostał aktualny również w odniesieniu do wynagrodzeń za 2012 r.

**2. [Zapewnienie odpowiedniego stanu kadrowego Izby]** Z przyznaniem Prezesowi Urzędu funkcji pracodawczych wobec członków Izby koresponduje kompetencja tego organu do wnioskowania do Prezesa Rady Ministrów o przeprowadzenie postępowania kwalifikacyjnego na członków Izby, w sytuacji gdy zachodzi potrzeba zwiększenia składu osobowego Izby (art. 176a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W 2012 r., po rezygnacji jednego członka Izby<sup>14</sup> skład osobowy Izby zmniejszył się do 37 osób. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z art. 173 ust. 1 ustawy Pzp Izba może liczyć do 100 członków, a zgodnie z założeniami przyjętymi w 2009 r. miała liczyć – według ówczesnych potrzeb – 40 osób.

Dostrzegając zasadność zwiększenia liczebności Izby, spowodowaną systematycznym wzrostem liczby i stopnia skomplikowania spraw odwoławczych oraz przypadkami rezygnacji z członkostwa w Izbie, Prezes Izby dwukrotnie sygnalizował Prezesowi Urzędu potrzebę przeprowadzenia postępowania kwalifikacyjnego w celu wyłonienia pięciu nowych członków Izby, wnioskując o podjęcie niezbędnych w tym celu czynności<sup>15</sup>. W obu przypadkach Wiceprezes Urzędu udzielił odpowiedzi odmownych, w których – wskazując na niezasadność przeprowadzenia naboru uzupełniającego – powołał się m.in. na duże koszty postępowania kwalifikacyjnego, które nie zostały przewidziane w planie wydatków Urzędu oraz na konieczność utrzymania funduszy wynagrodzeń w kolejnych latach na poziomie z 2012 r.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Odwołanie z dniem 15 sierpnia 2012 r.

<sup>15</sup> Pismo z dnia 10 sierpnia 2012 r., znak: UZP/DO/WK/1603/12 oraz z dnia 30 sierpnia 2012 r., znak: UZP/DO/WD/17276/12

<sup>16</sup> Pismo z dnia 28 sierpnia 2012 r., znak: UZP/WPII/31676/8796/12 oraz z dnia 5 września 2012 r., znak: UZP/WPII/32689/9054/12



Przy tak określonej i realizowanej kompetencji w zakresie wnioskowania o zwiększenie składu osobowego Izby, Prezes Izby – który ma ustawowy obowiązek czuwania nad sprawnością jej pracy i w przeciwieństwie do organów zewnętrznych w pełni zna okoliczności pozwalające na dokonanie rzetelnej oceny zapotrzebowania kadrowego – jest pozbawiony realnej możliwości zapewnienia odpowiedniego zaplecza kadrowego dla prawidłowej realizacji zadań. Faktyczny wpływ na stan osobowy Izby, mający fundamentalne znaczenie dla sprawności wykonywania jej zadań, ma natomiast zewnętrzny wobec Izby organ – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. W praktyce organ ten, jak wskazują doświadczenia z 2012 r., nie przykłada wystarczającej wagi do sygnałów zgłaszanych przez Prezesa Izby.

Kwestia liczebności Izby stała się w 2012 r. tym bardziej istotna w perspektywie rozszerzenia zakresu jej zadań o sprawy z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Jak wskazano w uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji, *implementacja dyrektywy obronnej wpłynie także na zwiększenie liczby odwołań rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą*. W tym samym uzasadnieniu stwierdzono, że wzrost ten zostanie zrównoważony zniesieniem obowiązku rozpatrywania zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu, do czego jednak ostatecznie nie doszło. Zatem skutkiem nowelizacji będzie zwiększenie liczby rozpatrywanych spraw, co – bez zwiększenia składu osobowego Izby – może mieć istotny wpływ na jej działalność.

Jak wskazano powyżej, skład osobowy Krajowej Izby Odwoławczej to obecnie jedynie 37 członków, rozpoznających sprawy odwoławcze dotyczące postępowań z obszaru całego kraju (blisko 3 tys. spraw odwoławczych rocznie), stąd nawet jednostkowe przypadki rezygnacji z członkostwa w Izbie, czy długotrwałej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, stanowią zagrożenie dla sprawnego rozpoznawania wnoszonych odwołań i zachowania odpowiedniego poziomu terminowości rozstrzygnięć. Powyższe z kolei może skutkować znacznym spowolnieniem na rynku zamówień publicznych, w tym ryzykiem utraty środków unijnych. Istotny przy tym jest brak możliwości szybkiego zastąpienia osoby rezygnującej z członkostwa w Izbie, a uzupełnienie składu osobowego wymaga przeprowadzenia skomplikowanego i czasochłonnego (jak pokazuje przebieg dotychczas przeprowadzonych naborów – trwającego co najmniej kilka miesięcy) postępowania kwalifikacyjnego. Z tego powodu utrzymywanie liczebności Izby na poziomie granicznym (przy którym w okresach wzmożonego wpływu odwołań zachowanie ustawowych terminów bywa niemożliwe lub wymaga pracy znacznie przekraczającej kodeksowe normy czasu pracy), bez zabezpieczenia na wypadek rezygnacji, czy dłuższej absencji nawet pojedynczych jej członków, stwarza nieuzasadnione ryzyko i stanowi dla Izby istotny problem.

**3. [Wynagrodzenia członków Krajowej Izby Odwoławczej]** Kwestią istotną z punktu widzenia zapewnienia stabilności kadrowej Izby oraz wzmocnienia gwarancji niezawisłości jej członków, jest poziom przysługującego im wynagrodzenia, który na przestrzeni ponad pięciu lat funkcjonowania Izby w zasadzie pozostaje niezmienny i stał się nieadekwatny do wagi i systematycznie rosnącego zakresu wykonywanych zadań. Co więcej, poziom ten znacząco pogorszył się w stosunku do założeń przyjętych na etapie tworzenia Izby, zgodnie z którymi wynagrodzenie jej członków miało odpowiadać wynagrodzeniom sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych, do których stosuje się przepisy dotyczące sędziów sądów apelacyjnych (według przepisów obowiązujących w 2012 r. najwyższe wynagrodzenie zasadnicze takiego sędziego sięgało 11 tys. zł brutto, podczas gdy wynagrodzenie członka Izby wynosi 7.007 zł brutto).

Obowiązujące rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej<sup>17</sup> określa mnożniki kwoty bazowej, które od dnia wejścia w życie rozporządzenia (tj. 12 października 2007 r.) nie wzrosły. W tym czasie, określana corocznie w ustawie budżetowej wysokość kwoty bazowej wzrosła z 1459,84 zł w 2007 r. do 1523,29 zł w 2009 r. i od tego czasu nie uległa zmianie. Oznacza to, że od początku funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej wynagrodzenie zasadnicze jej członków wzrosło zaledwie o 4,3%, tj. w stopniu, który nie rekompensuje nawet inflacji. Tymczasem we wskazanym wyżej okresie płaca minimalna wzrosła o ponad 65%, a przeciętne wynagrodzenie w gospodarce narodowej – o blisko 30%.

W ciągu ponad 5 lat istnienia Izby znacząco wzrosły natomiast zakres i waga jej zadań (por. Część I pkt I.1 *Informacji*), a w konsekwencji ranga tego organu w systemie zamówień publicznych. Zmianom tym towarzyszył znaczny wzrost liczby spraw rozpatrywanych przez Izbę (w 2009 r. – o 29% w stosunku do roku poprzedniego, w 2010 r. – o kolejne 42%, utrzymując się na tym wysokim poziomie w latach 2011-2012). Uwzględnienia wymaga również okoliczność, iż w wyniku implementacji przepisów tzw. dyrektywy obronnej (2009/81/WE), w 2013 r. kompetencje Izby ulegną rozszerzeniu o sprawy zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, co wiąże się z kolejnym wzrostem liczby i wagi zadań oraz poziomu odpowiedzialności członków Izby.

W związku z powyższym Zgromadzenie Ogólne Izby postanowiło zwrócić się do Prezesa Urzędu, jako organu wnioskującego w rozumieniu § 1a pkt 2 uchwały Nr 49

---

<sup>17</sup> Dz.U. Nr 128, poz. 885

Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów<sup>18</sup>, wykonującego jednocześnie czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dotyczące członków Izby (art. 173 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), o zainicjowanie prac zmierzających do podwyższenia poziomu wynagrodzenia jej członków. Inicjatywa Zgromadzenia Ogólnego poprzedzona była wystąpieniem Prezesa Izby do Prezesa Urzędu o podjęcie stosownych działań w tym zakresie<sup>19</sup>. Wobec niepodjęcia wnioskowanych czynności, Zgromadzenie Ogólne Izby przyjęło w dniu 27 września 2012 r. Uchwałę Nr 2/2012 w sprawie skierowania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosku o zainicjowanie prac legislacyjnych zmierzających do podwyższenia wynagrodzenia członków Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzając, że z uwagi na zakres i wagę wykonywanych zadań oraz poziom ciężącej na nich odpowiedzialności, ich wynagrodzenie przestało odpowiadać randze pełnionej funkcji.

Przedmiotowy wniosek – przekazany Prezesowi Urzędu w dniu 4 października 2012 r. – wskazywał na szereg okoliczności uzasadniających konieczność podwyższenia wynagrodzeń członków Izby oraz na zagrożenia związane z zaniechaniem starań o ukształtowanie ekonomicznych aspektów ich stosunku pracy na należytych poziomach.

W uzasadnieniu wniosku podkreślono stopień skomplikowania i wagę rozpatrywanych spraw, które sprawiają, że pełnienie funkcji członka Izby wymaga wysokich kwalifikacji i specjalistycznej wiedzy (nie tylko z zakresu zamówień publicznych, ale z różnych dziedzin związanych ze specyfiką konkretnego przedmiotu zamówienia), ciągłego doskonalenia zawodowego, pracy pod presją czasu (zgodnie z oczekiwaniami ustawodawcy oraz potrzebami rynku zamówień publicznych sprawy odwoławcze są rozpatrywane w bardzo krótkich terminach) i podejmowania odpowiedzialnych rozstrzygnięć w zawiłych pod względem faktycznym i prawnym sporach dotyczących kontraktów o znacznej – niejednokrotnie określonej w miliardach złotych – wartości (rozstrzygnięć istotnych nie tylko dla danej sprawy, ale również dla stosowania prawa w przyszłości).

Zgromadzenie Ogólne wskazało, że odpowiedni poziom wynagrodzenia jest ważnym czynnikiem służącym zapewnieniu oczekiwanego poziomu profesjonalizmu i sprawności działania Izby, sprzyja bowiem utrzymaniu należycie wykwalifikowanej i stabilnej kadry. Tymczasem obecne warunki finansowe oferowane członkom Izby są niekonkurencyjne w stosunku do warunków zapewnianych osobom o podobnych kwalifikacjach przez innych pracodawców z sektora publicznego, a jeśli chodzi o pracodawców z sektora prywatnego – rażąco od nich odbiegają. Niekonkurencyjność obecnych wynagrodzeń może prowadzić do

---

<sup>18</sup> M.P. Nr 13, poz. 221

<sup>19</sup> Pismo z dnia 16 sierpnia 2011 r., znak: UZP/DO/DW/15535/11

wzrostu zainteresowania członków Izby alternatywnymi możliwościami rozwoju zawodowego, w tym na komercyjnym rynku usług prawniczych, co z kolei stanowi istotne zagrożenie dla funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej, gdyż – poza stratą związaną z odpływem doświadczonej i wykwalifikowanej kadry, gwarantującej należyłą jakość i stabilność orzecznictwa – skutkowałoby uniemożliwieniem realizacji bieżących zadań Izby.

W uzasadnieniu wniosku wskazany został również brak możliwości uzyskiwania przez członków Izby dochodów z innych źródeł (art. 174 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), powodujący, że wynagrodzenie uzyskiwane z tytułu pełnienia funkcji członka Izby stanowi wyłączone źródło utrzymania. Istotne jest przy tym, że ograniczenia w podejmowaniu dodatkowych zajęć zarobkowych odnoszące się do członków Izby są bardziej restrykcyjne niż analogiczne regulacje dotyczące sędziów, które pod pewnymi warunkami (możliwość pogodzenia z wykonywaniem obowiązku sędziego oraz bezstronnością i godnością urzędu, brak sprzeciwu prezesa właściwego sądu) zezwalają sędziemu na podjęcie innego zajęcia lub sposobu zarobkowania<sup>20</sup>. Natomiast w odniesieniu do członków Izby, poza możliwością zatrudnienia na stanowisku naukowym lub dydaktycznym, przepisy nie dopuszczają podjęcia dodatkowych zajęć, nawet w sytuacjach braku jakiegokolwiek zagrożenia dla wykonywania ich obowiązków i godności sprawowanej funkcji.

Zgromadzenie Ogólne podkreśliło, że wynagrodzenie adekwatne do rangi stanowiska i zakresu zadań powinno być traktowane – podobnie jak w przypadku sędziów – jako jedna z gwarancji niezawisłości. Mimo braku przepisu prawa, który wprost gwarantowałby członkom KIO wynagrodzenie odpowiadające godności zajmowanego stanowiska i zakresowi obowiązków (analogicznie do art. 178 ust. 2 Konstytucji RP dotyczącego sędziów), ustawowe przyznanie im niezawisłości obliguje do zapewnienia systemowych rozwiązań chroniących tę niezawisłość, w tym przeciwdziałających ewentualnym próbom zewnętrznych nacisków, zwłaszcza w sytuacji obowiązującej zasady jednoosobowego orzekania. Zatem kwestia wynagrodzeń osób, których funkcja wymaga niezawisłego rozstrzygnięcia tak istotnych z punktu widzenia gospodarki oraz funkcjonowania państwa spraw, nie może być marginalizowana, przeciwnie – powinna być przedmiotem zainteresowania prawodawcy i stanowić dopełnienie innych mechanizmów stanowiących systemową ochronę przed potencjalnymi próbami niedozwolonego wpływania na podejmowane decyzje i mających zapewnić profesjonalne rozstrzygnięcie sporów.

---

<sup>20</sup> art. 86 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1070)

Istotna jest okoliczność, że podwyższenie wynagrodzeń członków Izby nie doprowadziłoby do dodatkowego obciążenia budżetu państwa. Wynagrodzenia te, mimo że finansowane z budżetu, są zaliczane (zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, Dz. U. Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowań odwoławczych, na poczet których uiszczane są wpisy od wnoszonych odwołań. W 2011 r. wpłaty przedsiębiorców z tego tytułu wyniosły 28,5 mln zł, natomiast w pierwszym półroczu 2012 r. – blisko 13 mln zł, a wydatki na wynagrodzenia stanowiły zaledwie kilkanaście procent z tych kwot (w 2011 r. wydatki te wyniosły 4 217 531 zł, co stanowiło 14,8% pobranych wpisów, w pierwszym półroczu 2012 r. – 2 210 513 zł, tj. 17% tych dochodów). Zatem dochody z wpisów stanowią wystarczające źródło pokrycia wzrostu wynagrodzeń, zapewniając jednocześnie sfinansowanie innych niż wynagrodzenia kosztów postępowania odwoławczego.

W związku z faktem, że w reakcji na wniosek Izby Prezes Urzędu nie podjął żadnych działań (informując, że *nie jest możliwe rozpoczęcie prac nad nowelizacją wymienionego rozporządzenia, ponieważ projekt nie został wpisany do Wykazu prac legislacyjnych rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów*<sup>21</sup>), przywołane w uchwale Zgromadzenia Ogólnego tezy i argumenty pozostają aktualne, a kwestia wynagrodzeń członków Izby wymaga przedstawienia jako istotny z punktu widzenia działalności Izby problem. Tym większy wobec bierności centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych, mającego – w przeciwieństwie do Izby – prawną możliwość zainicjowania zmiany regulacji określającej poziom wynagrodzeń jej członków.

### **I.3.2. Obsługa organizacyjna i techniczna Izby**

Obsługa organizacyjno-techniczna oraz księgową Izby została ustawowo powierzona Urzędowi Zamówień Publicznych (art. 173 ust. 11 ustawy Prawo zamówień publicznych). Założenia, które legły u podstaw tej regulacji (brak konieczności tworzenia nowego podmiotu wykonującego zadania obsługowe na rzecz Izby), z perspektywy pięcioletniej działalności tej instytucji wydają się błędne, a sposób realizacji takiego rozwiązania przyniósł problemy w bieżącej działalności Izby, które istotnie wzmożyły się w 2012 r.

Wobec niewyposażenia Izby w samodzielność finansową i własne zaplecze administracyjne, Prezes Izby nie dysponuje narzędziami umożliwiającymi mu zapewnienie właściwej pracy Izby i jej sprawności (takich jak możliwość decydowania o organizacji pracy, zwierzchnictwo służbowe nad osobami obsługującymi pracę Izby) i nie posiada realnego

---

<sup>21</sup> Pismo z 19 października 2012 r., znak: UZP/DP/L-ASI/35249/10640/12

wpływu na warunki, w jakich Izba działa. Jednocześnie obsługa organizacyjno-techniczna Izby jest realizowana przez Urząd w sposób, który nie zapewnia warunków pracy odpowiadających współczesnym standardom oraz wadze zadań wykonywanych przez członków Izby. Przejawia się to m.in. w nieudostępnianiu lub rezygnacji z udostępnienia członkom Izby narzędzi technicznych i informatycznych, które są pomocne w ich pracy, zwłaszcza ze względu na specyfikę tej pracy<sup>22</sup>.

Ponadto, Izba nie posiada żadnych środków technicznych, którymi mogłaby swobodnie dysponować w celu zapewnienia dostępu opinii publicznej do informacji o swojej działalności. Wszelkie informacje, w tym dotyczące działalności pozaorzeczniczej Izby, publikowane są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (Izba nie dysponuje własną stroną internetową), a ich publikacja jest uzależniona od akceptacji Prezesa Urzędu i nie jest wolna od ingerencji tego organu w ich treść. Sytuacja taka miała miejsce w przypadku relacji ze zorganizowanej w grudniu 2012 r. konferencji *Pięćciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych*. Treść tej relacji, przekazana do publikacji przez Prezesa Izby, została opublikowana w niepełnym zakresie, co nie zostało sprostowane mimo zgłoszenia wniosku o usunięcie zaistniałej niezgodności<sup>23</sup>. Prezes Urzędu nie odniósł się też do przekazanego przy tej okazji postulatu zapewnienia Izbie odrębnej, pozostającej w jej dyspozycji strony internetowej.

Przy tej okazji warto zaznaczyć, że również dobór publikowanych informacji na temat orzecznictwa Izby oraz sądów okręgowych wywołuje wątpliwości Izby. Opinia publiczna, za pośrednictwem urzędowej strony internetowej, informowana jest przede wszystkim o przypadkach uwzględnienia skarg Prezesa Urzędu na wyroki Izby, analogiczne informacje nie są podawane w sytuacjach odmiennego rozstrzygnięcia sądowego. Może to dawać błędny obraz linii orzeczniczej Izby i sądów okręgowych oraz powodować dezorientację uczestników rynku zamówień publicznych.

Brak wpływu Prezesa Izby na zapewnienie właściwych warunków technicznych, w których Izba wykonuje zadania uwidocznili się na tle konieczności przystosowania Izby do rozpatrywania spraw zawierających informacje niejawne. Na koniec 2012 r., stojąc przed perspektywą rozpoznawania spraw z dziedziny obronności i bezpieczeństwa<sup>24</sup>, Izba nie posiadała informacji na temat stanu przygotowań do rozpoznawania spraw

---

<sup>22</sup> Pismo z dnia 4 czerwca 2012 r., znak: UZP/DO/WK/10545/12, odpowiedź Prezesa UZP z dnia 13 czerwca 2012 r., znak: UZP/P/26641/6369/12

<sup>23</sup> Pismo z dnia 13 grudnia 2012 r., znak: UZP/DO/WD/25459/12

<sup>24</sup> Zmiana ustawy w tym zakresie weszła w życie z dniem 20 lutego 2012 r.

niejawnych (w tym ściśle tajnych) oraz planowanej organizacji tych postępowań, w tym zabezpieczenia proceduralnego, sprzętowego i lokalowego.

Nieprzyznanie Izbie możliwości dysponowania środkami finansowymi związanymi z jej działalnością w sposób bezpośredni przekłada się nie tylko na warunki pracy członków Izby, ale – co ważniejsze – zdarza się, że wywiera wpływ na tok prowadzonych postępowań odwoławczych. Potwierdzeniem tego jest sytuacja, w której Dyrektor Generalny Urzędu odmówił Izbie sfinansowania kosztów tłumaczenia dokumentacji przetargowej na język polski, podważając tym samym zasadność przeprowadzenie postępowania dowodowego w taki sposób i w takim zakresie, jaki był niezbędny w ocenie niezawisłego składu orzekającego. Na wniosek tego składu Prezes Izby zwrócił się do Dyrektora Generalnego Urzędu z prośbą o informację co do możliwości sfinansowania takiego tłumaczenia<sup>25</sup>. W odpowiedzi przedstawiona została ocena zasadności zlecenia tłumaczenia dokumentów w świetle przepisów regulujących postępowanie odwoławcze, wraz z informacją o braku podstaw do sfinansowania takiego wydatku<sup>26</sup>, co stanowiło podważenie legalnego rozstrzygnięcia niezawisłego składu orzekającego powołanego do rozpoznania sprawy.

Nie posiadając również własnych służb prawnych, Prezes Izby musi polegać na obsłudze prawnej Urzędu. W 2012 r., na tle sprawy sądowej, której adresatem była Izba, organ ten – w odpowiedzi na wniosek zgłoszony przez Prezesa Izby<sup>27</sup> – odmówił zapewnienia zastępstwa prawnego przez radcę prawnego Urzędu, informując, że wsparcie prawne nie jest możliwe, ponieważ wiązałoby się z koniecznością prezentowania stanowiska sprzecznego z oceną prawną dokonaną przez Prezesa Urzędu. Organ ten wskazał również, że nie jest ustawowo zobowiązany do zapewnienia Izbie zastępstwa prawnego<sup>28</sup>. W związku z zajęтым przez Prezesa Urzędu stanowiskiem oraz wobec niemożliwości skorzystania z zaproponowanego Izbie rozwiązania polegającego na sfinansowaniu usługi zleconej radcy prawnemu spoza Urzędu (zleceniobiorcą musiałby być bowiem prawnik specjalizujący się w dziedzinie zamówień publicznych, co powodowałoby oczywisty konflikt interesów), Izba pozbawiona była przed sądem zastępstwa radcy prawnego lub adwokata i *de facto* możliwości należytej obrony interesów Skarbu Państwa. Należy przy tym podkreślić, że chociaż wielu członków Izby posiada uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego, w związku z ustawowym zakazem prowadzenia innej działalności zawodowej, nie wykonują oni czynnie zawodu i nie mogli wystąpić przed sądem w charakterze radców prawnych.

---

<sup>25</sup> Pismo z dnia 6 grudnia 2012 r., znak: UZP/DO/BK/24906/12

<sup>26</sup> Pismo z dnia 7 grudnia 2012 r., znak: UZP/DG/12555/12

<sup>27</sup> Pismo z dnia 5 listopada 2012 r., znak: UZP/DO/WD/22314/12

<sup>28</sup> Pismo z dnia 8 listopada 2012 r., znak: UZP/DP/O-JMI/37354/11318/12

#### I.4. Wnioski

Upływ pięciu lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych daje możliwość dokonania oceny jej organizacyjnego usytuowania i przyznanych jej systemowych gwarancji mających zapewnić prawidłowe wykonywanie przypisanych Izbie zadań. Pozwala również ocenić funkcjonowanie tych rozwiązań w praktyce.

Perspektywa pięciu lat działalności prowadzi do wniosku, że przedstawione wyżej problemy, z którymi styka się Izba w swojej działalności (a których nasilenie miało miejsce w 2012 r.), mają źródło przede wszystkim w niedoskonałych rozwiązaniach systemowych, które nie gwarantują Izbie wystarczającej samodzielności i stanowią pole do działań podważających jej rangę, rolę i niezależność. Dotychczasowe doświadczenia pozwalają postawić tezę o konieczności przemyślenia obecnego usytuowania organizacyjnego Izby i opracowania rozwiązań umacniających jej niezależność oraz stwarzających należyte warunki do wypełniania zadań orzeczniczych.

Jak wskazuje dotychczasowa działalność Izby, przyjęty w Polsce model postępowania odwoławczego, z Izbą jako stałym organem rozpoznającym spory w pierwszej instancji, sprawdza się w praktyce, pozwalając na sprawne, skuteczne i profesjonalne rozstrzygnięcie sporów zamówieniowych. Jednak zasadniczy element tego modelu, którym jest Izba, musi mieć – poza ustawowo przyznaną niezawisłością – także inne gwarancje i narzędzia natury administracyjnej i organizacyjnej, stanowiące ochronę przed nieuzasadnionym wpływem innych podmiotów na jej działalność. Istotniejsza od rozpoczętego w 2012 r. teoretycznego sporu, co do zaklasyfikowania Izby do określonej gałęzi prawa (co od dawna wydaje się przesądzone), jest odpowiedź na pytanie, jak wykorzystać potencjał Izby i zapewnić należyte warunki do realizacji jej zadań.

Za najlepsze rozwiązanie, niewymagające budowania systemu środków ochrony prawnej od podstaw, ale bazujące na obecnym modelu, należałoby uznać wyeliminowanie organizacyjno-technicznych powiązań Krajowej Izby Odwoławczej z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych.

Warto przy tym wskazać, że podobny pogląd wyrażał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swojej wypowiedzi z 2008 r.<sup>29</sup> krytycznie odniósł się do powiązań organizacyjnych Izby z Urzędem, właśnie w kontekście gwarancji niezawisłości, informując o zamiarze przedstawienia propozycji utworzenia na potrzeby Izby nowej, odrębnej jednostki

---

<sup>29</sup> Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych Nr 1/2008



budżetowej oraz o konieczności podniesienia rangi zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i całego systemu odwoławczego.

Wobec przedstawionych w niniejszym rozdziale problemów istotnie wpływających na działalność Izby, kwestia wzmocnienia jej pozycji w aspekcie organizacyjnym powinna stać się przedmiotem zainteresowania ustawodawcy.

## **Część II Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.**

### **II.1. Rozstrzyganie spraw odwoławczych**

Rozpoznawanie odwołań wnoszonych od czynności i zaniechań zamawiających w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych jest podstawowym zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej. Poniżej zaprezentowano dane statystyczne dotyczące odwołań rozpoznanych przez Izbę w 2012 r., zdań odrębnych zgłoszonych przez członków składów orzekających, skarg wniesionych na orzeczenia Izby oraz porównanie wybranych danych za 2012 r. z danymi z poprzednich lat.

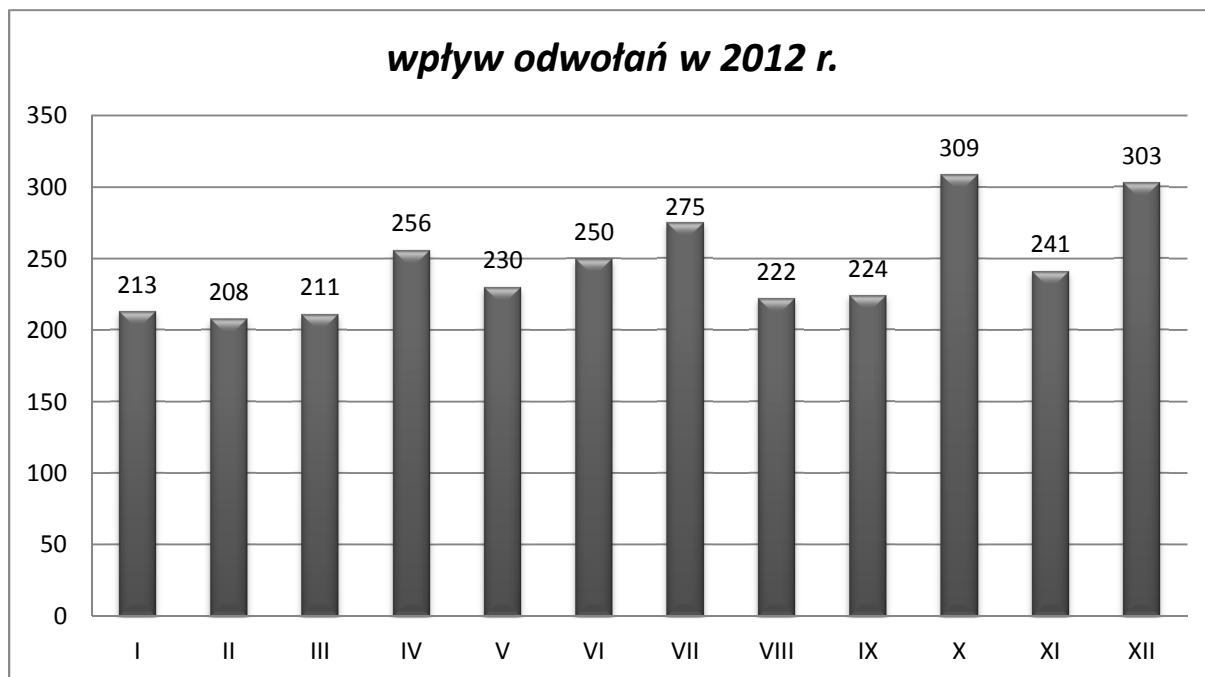
#### **II.1.1. Wpływ odwołań**

W całym okresie sprawozdawczym wpłynęło 2942 odwołań (w 2011 r. było to 2820 odwołań), w tym jedno odwołanie złożone według stanu prawnego sprzed wejścia w życie nowelizacji z 2 grudnia 2009 r. (w 2011 r. takich odwołań wnoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było jeszcze 13).

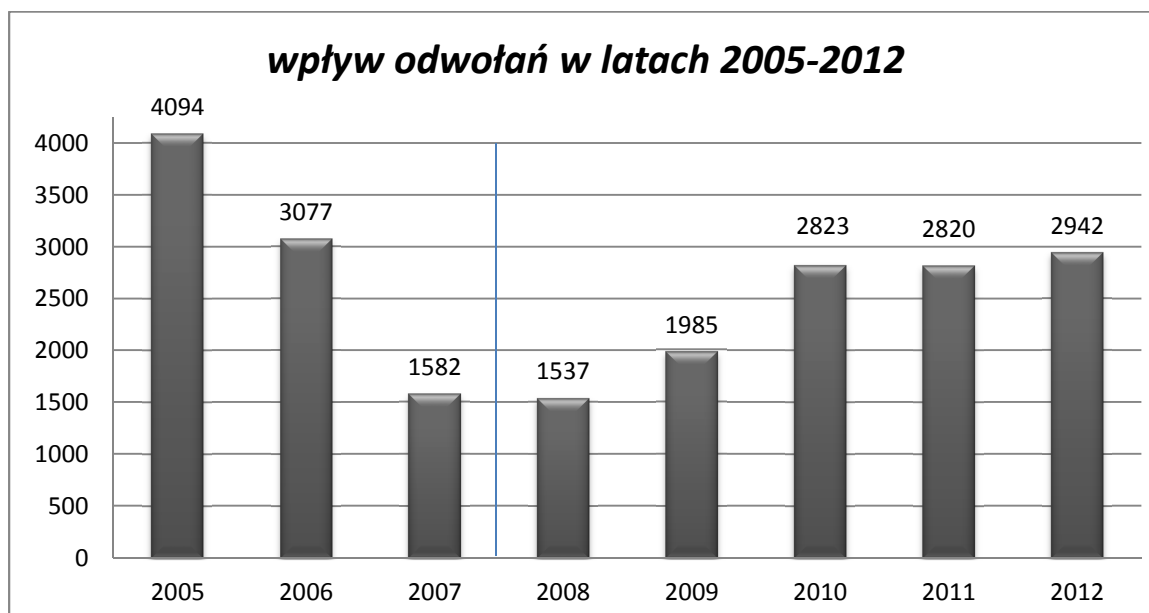
W przypadku 767 (26%) odwołań wniesionych w 2012 r. zaistniała konieczność wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania (w 2011 r. dotyczyło to 31% odwołań). Z wyjątkiem jednego przypadku, w którym wezwanie zostało skierowane przez skład orzekający, do uzupełnienia braków formalnych wzywał Prezes Izby.

Spośród 2942 odwołań: 432 (15%) zostały wniesione w formie elektronicznej, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej e-PUAP, pozostałe 2510 wniesiono w formie pisemnej. W stosunku do 2011 r. nastąpił zatem wzrost udziału odwołań wniesionych w formie elektronicznej o 4 punkty procentowe – w 2011 r. 11% odwołań wniesiono w tej formie, podczas gdy w 2010 r. stanowiły one jedynie 4,5% wszystkich odwołań. Pomimo utrzymywania się tendencji wzrostu liczby odwołań wnoszonych w formie elektronicznej w 2012 r. dominowała jeszcze tradycyjna forma pisemna, w której wniesiono 85% odwołań.

Wpływ odwołań w poszczególnych miesiącach 2012 r. kształtował się następująco:



Dla ukazania w szerszej perspektywie liczby wpływających odwołań poniżej przedstawiono dane obrazujące skalę wpływu odwołań w latach 2005-2012, to jest w trzech ostatnich latach funkcjonowania Zespołów Arbitrów (orzekających do 4 grudnia 2007 r.) oraz przez cały dotychczasowy okres funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej (funkcjonującej od 5 grudnia 2007 r.).



Prezentowane dane pokazują, że od 2009 r. nastąpił znaczny wzrost wpływu odwołań (osiągając poziom ponad 2,8 tys. w 2010 r.). Ten poziom ustabilizował się w 2011 i 2012 r. Należy jednak odnotować, że w 2012 r. wniesiono o 122 odwołania więcej niż w poprzednim okresie rozliczeniowym.

### **II.1.2. Rozstrzygnięcia postępowań odwoławczych**

W okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2012 r. postępowanie odwoławcze zakończyło się w sprawach 2873 odwołań (w 2011 r. było to 2789 odwołań), z czego 108 stanowiły odwołania wniesione w poprzednim roku kalendarzowym (w 2011 r. do rozpoznania pozostało 82 odwołań wniesionych w 2010 r.). Natomiast do rozpoznania w 2013 r. pozostało 193 odwołań wniesionych do końca 2012 r. (w tym dwa wniesione jeszcze w 2011 r., przy rozpatrywaniu których Izba skierowała pytanie prawne do TSUE).

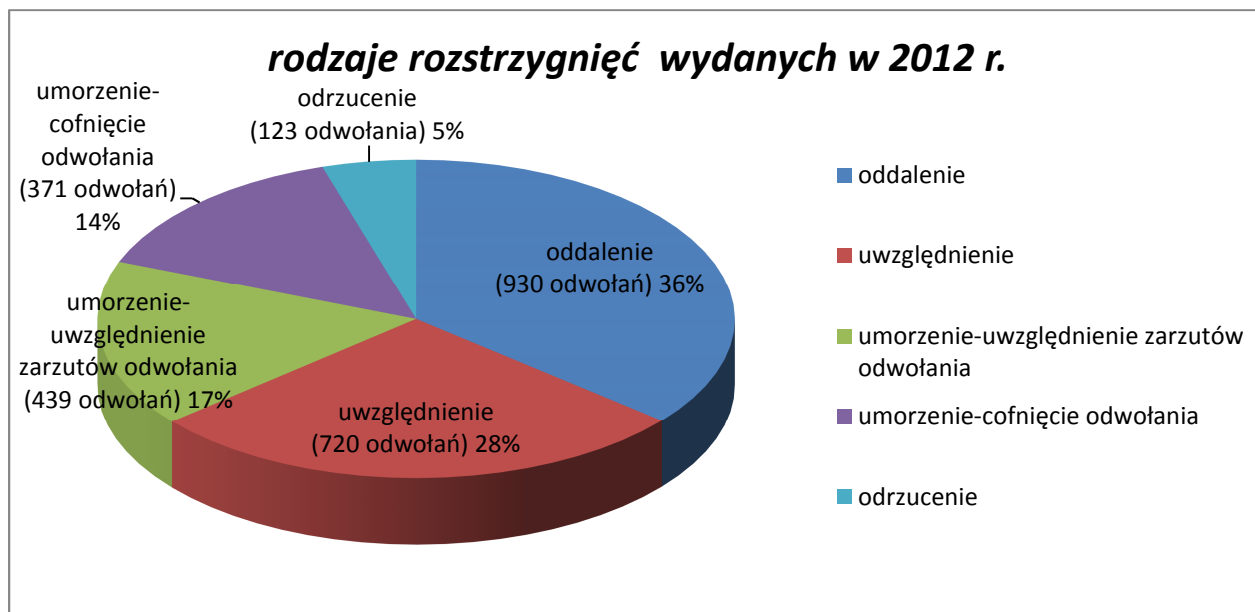
Spośród łącznej liczby 2873 zakończonych w 2012 r. postępowań odwoławczych w 290 (10%) sprawach nastąpił zwrot odwołania z powodu braków formalnych:

- 99 (34%) postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu nieuiszczenia wpisu od odwołania,
- 184 (63,5%) postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu niezpełnienia braków formalnych odwołania,
- 3 (1%) postanowieniem składu orzekającego Izby z powodu nieuiszczenia wpisu od odwołania,
- 4 (1,5%) postanowieniem składu orzekającego Izby z powodu niezpełnienia braków formalnych odwołania.

Dla porównania: w 2011 r. zwrotowi podlegało 311 odwołań (11%), a w 2010 r. było to 312 odwołań (10%). Na przestrzeni lat 2010-2012 utrzymuje się zatem stały poziom odwołań podlegających zwrotowi.

W pozostałych 2583 sprawach (90%) odwołania podlegały rozpoznaniu przez Izbę, w wyniku czego:

- 930 (36%) odwołań oddalono
- 720 (28%) odwołań uwzględniono
- 439 (17%) postępowań odwoławczych zostało umorzonych na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania
- 371 (14%) postępowań odwoławczych zostało umorzonych w wyniku wycofania odwołania,
- 123 (5%) odwołań odrzucono



Z porównania powyższych danych z analogicznymi wskaźnikami z poprzedniego okresu sprawozdawczego wynika, że nastąpiła stabilizacja rezultatów rozpoznania spraw. Różnice w udziale poszczególnych rodzajów rozstrzygnięć są wręcz znikome – w 2012 r. w stosunku do 2011 r. o jeden punkt procentowy wzrósł wskaźnik odwołań oddalonych, o jeden punkt procentowy wzrósł udział umorzeń postępowań na skutek cofnięcia odwołania i o dwa punkty procentowe spadł wskaźnik odwołań odrzuconych. Ta ostatnia różnica jest wyrazem kontynuacji zaobserwowanego w 2011 r. trendu spadku liczby odwołań odrzucanych, czemu sprzyja możliwość uzupełnienia braków odwołania. Natomiast udział pozostałych rodzajów rozstrzygnięć dla spraw rozpoznanych w 2012 r. i 2011 r. był taki sam.

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań odwoławczych zgłoszone zostały 3003 przystąpienia (w 2011 r.: 2633), w tym 2351 przystąpień po stronie zamawiającego (78%) oraz 652 przystąpienia po stronie odwołującego (22%). Liczba zgłoszonych w 2012 r. przystąpień w porównaniu do poprzedniego okresu sprawozdawczego wzrosła o 14% – w 2011 r. zgłoszonych zostało 2633 przystąpień, w tym: 2193 przystąpień po stronie zamawiającego (83%) oraz 440 przystąpień po stronie odwołującego (17%). Sięgając jeszcze danych za 2010 r., należy stwierdzić, że utrzymuje się tendencja wzrostu ogólnej liczby przystąpień (w 2010 r. było ich 2186), jak i stopniowego wzrostu udziału przystąpień po stronie odwołujących, gdyż jeszcze w 2010 r. zaledwie co dziesiąte przystąpienie zostało zgłoszone po stronie wnoszących odwołanie.

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili 7 zdań odrębnych do orzeczeń wydanych w 2012 r., a zatem o jedno mniej niż w 2011 r.

Przedmiotem zdań odrębnych były przede wszystkim kwestie związane z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdanie odrębne do rozpoznawanych łącznie spraw KIO 248/12 i KIO 261/12 oraz zdanie odrębne do orzeczenia KIO 232/12 dotyczyły dopuszczalności uwzględniania w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego zasobów wiedzy i doświadczenia udostępnionych wykonawcy przez inny podmiot. Natomiast zdanie odrębne do orzeczenia KIO 2038/12 dotyczyło problematyki konieczności udziału przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się wykonawca.

Dwa zdania odrębne związane były z odmienną oceną zasadności szczegółowych zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zdanie odrębne w rozpoznawanych łącznie sprawach KIO 2163/12, KIO 2164/12 i KIO 2169/12 oraz zdanie odrębne w sprawie KIO 711/12). Z kolei zdanie odrębne zgłoszone w rozpoznanych łącznie sprawach KIO 204/12 i KIO 208/12 związane było z odmienną oceną zarzutu zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz która jest nieważna, gdyż jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe. Wreszcie jedno zdanie odrębne zostało zgłoszone do postanowienia o odrzuceniu odwołania (zdanie odrębne w sprawie KIO 1185/12).

W 2012 r. Izba przeprowadziła dowód z opinii biegłego w 7 rozpoznanych sprawach (przy czym dwie spośród tych spraw były połączone do wspólnego rozpoznania), a zatem nastąpił ponad dwukrotny wzrost liczby takich spraw w stosunku do 2011 r., w którym taki dowód wystąpił tylko w 3 sprawach. Dla spraw rozpoznanych w 2012 r. powoływano biegłych z zakresu: informatyki i automatyki przemysłowej (sygn. akt KIO 111/12), leśnictwa (sygn. akt KIO 145/12), pojazdów szynowych (sygn. akt: KIO 204/12, KIO208/12), hematologii (sygn. akt KIO 1237/12), farmacji (sygn. akt KIO 1500/12) oraz powołano dowód z opinii instytutu naukowo-badawczego w zakresie bakteriologicalii (sygn. akt KIO 2292/12).

Z uwagi na powołanie dowodu z opinii biegłego czas trwania postępowania odwoławczego w powyższych sprawach uległ średnio wydłużeniu do 68 dni.

W 2012 r. zostało rozpoznane skierowne przez Izbę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa wspólnotowego w kontekście regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Sprawa ta została szerzej omówiona w części IV.1 *Informacji*.

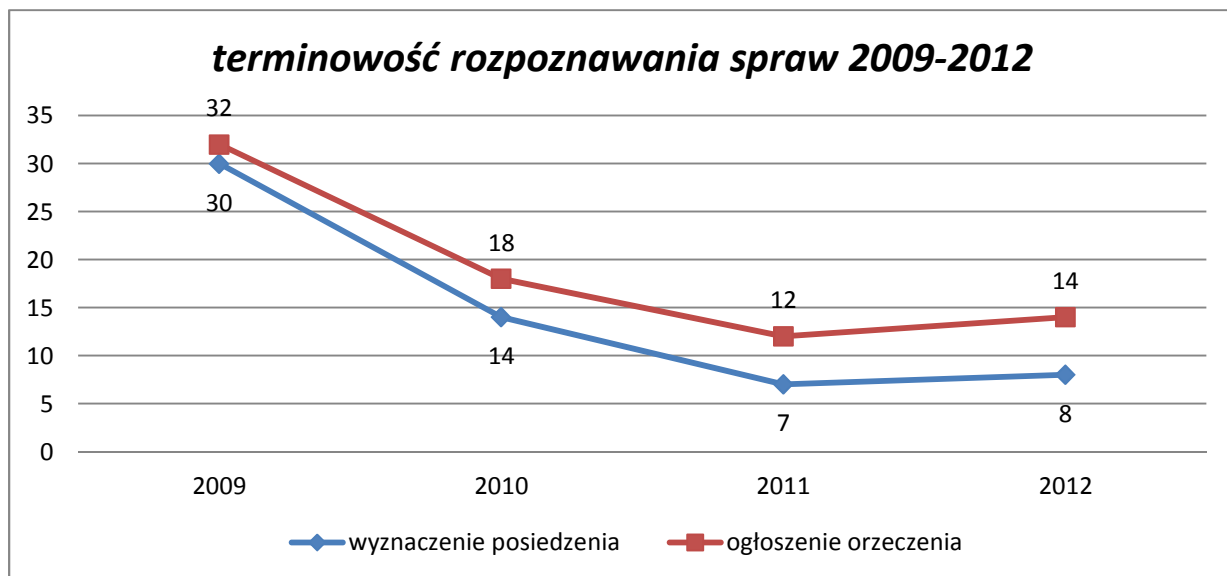
Na uwagę zasługuje również zastosowanie przez Izbę regulacji dotyczących nakładania kar finansowych oraz unieważniania zawartych umów, tj. instytucji przewidzianych w art. 192 i 193 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W okresie sprawozdawczym Izba w jednej sprawie unieważniła umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i jednocześnie nałożyła na zamawiającego karę finansową w wysokości 3 tys. zł (sygn. akt KIO 293/12). Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do udzielenia w trybie z wolnej ręki – na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a lub b Pzp – zamówienia obejmującego świadczenie usług przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pocztowych o wadze do 50 g. Izba, ustalając wysokość kary na poziomie niespełna 0,5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie, wzięła pod uwagę, że czynności zamawiającego nie były podjęte z zamiarem naruszenia zasad uczciwej konkurencji i eliminacji ewentualnych innych wykonawców, lecz w wyniku błędnego przeświadczenia o działaniu zgodnym z przepisami ustawy.

W 2012 r. w oparciu o regulację art. 195 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Prezes Izby stwierdził prawomocność 38 orzeczeń (prawie dwukrotny wzrost w stosunku do 2011 r., w którym było 20 takich przypadków), przy czym z wyjątkiem powyżej opisanej sprawy zakończonej nałożeniem przez Izbę na zamawiającego kary finansowej, następowało to na wniosek strony.

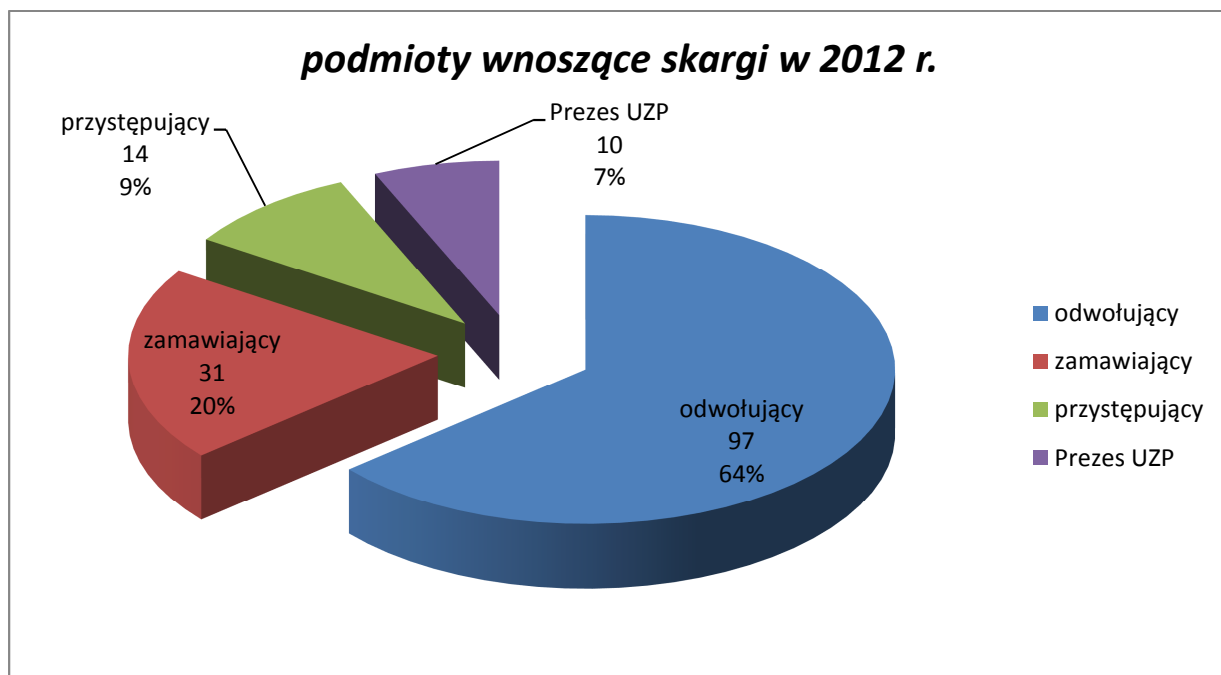
### **II.1.3. Terminowość rozpoznawania odwołań**

W okresie sprawozdawczym posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w ósmym dniu, zaś orzeczenia kończące postępowanie odwoławcze Izba ogłaszała średnio w czternastym dniu – licząc od dnia wniesienia odwołania. Czas rozpoznawania przez Izbę spraw w 2012 r. uległ nieznacznemu wydłużeniu w porównaniu do roku poprzedniego, gdyż analogiczne terminy w 2011 r. wynosiły odpowiednio 7 i 12 dni od wniesienia odwołania. Tym niemniej nadal średni czas ogłoszenia orzeczenia mieści się w instrukcyjnym terminie 15 dni, o którym mowa w art. 189 ust. 1 Pzp. Odnotowana zmiana jest przede wszystkim konsekwencją wzrostu liczby spraw do rozpoznania, przy jednoczesnym zmniejszeniu się w 2012 r. stanu osobowego Izby. Z tych względów dalsze utrzymanie trendu poprawy wskaźników szybkości rozpoznawania odwołań z okresu 2009-2011 okazało się niemożliwe.



#### II.1.4. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

W okresie sprawozdawczym wniesiono 152 skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 5% liczby spraw odwoławczych zakończonych w 2012 r. (w 2011 r. odpowiednio wskaźniki te wyniosły 148 i 5%). Podział tej liczby według podmiotów wnoszących skargi przedstawiał się następująco:



Dla porównania, w 2011 r. 55% skarg zostało wniesionych przez odwołujących, 25% – przez zamawiających, 18% przez przystępujących, a 2% przez Prezesa UZP.

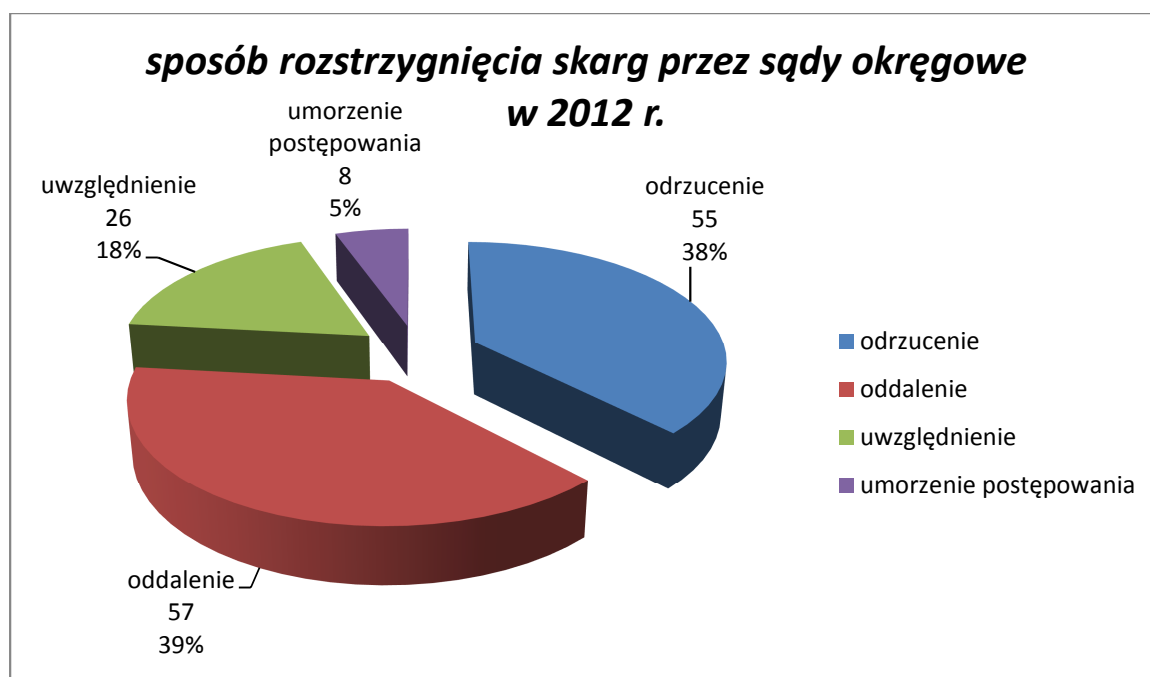
Na podstawie przekazanych Krajowej Izbie Odwoławczej orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu wiedzy dostępnego na dzień 1 lipca 2013 r.),



że w 2012 r. sądy okręgowe rozpoznały 146 skargi wniesione (zarówno w 2011 r., jak i w 2012 r.) na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym:

- 55 skarg zostało odrzuconych (38%)
- 57 skarg zostało oddalonych (39%)
- 26 skarg zostało uwzględnionych i zmieniono orzeczenie Izby, a w jednym przypadku wyłącznie uchylono orzeczenie Izby (18%)
- w przypadku 8 skarg postępowanie skargowe zostało umorzone (5%)

Dodać należy, że w jednej ze spraw sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Izby zwrócił się z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego.

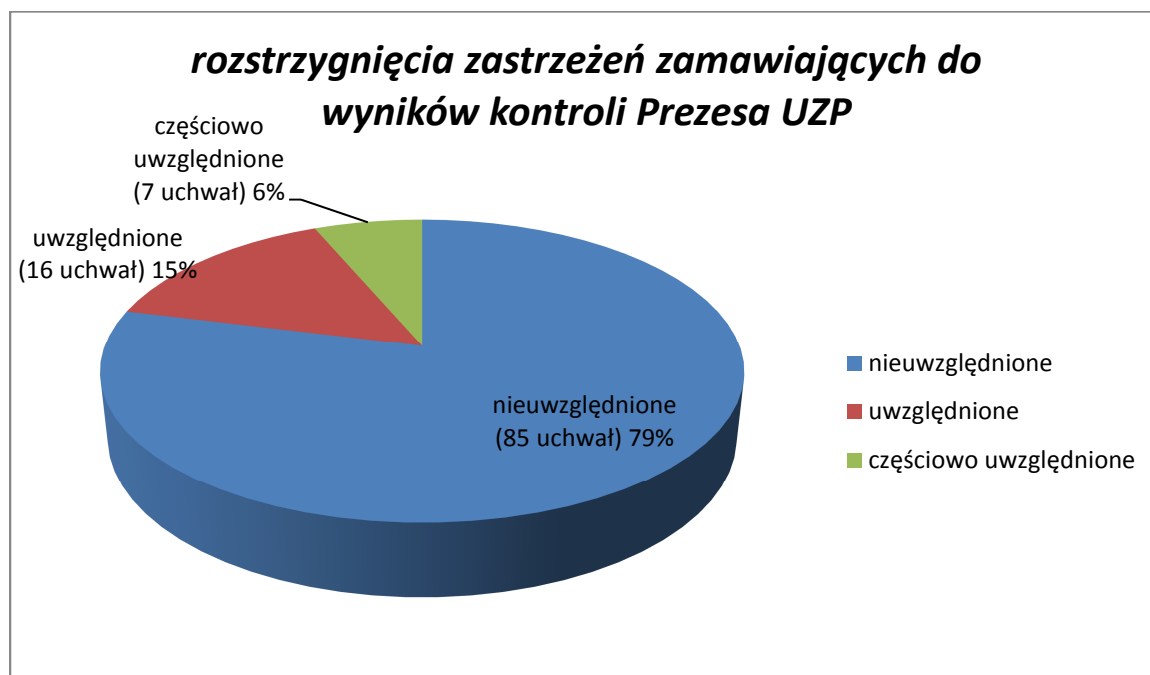


Analiza danych statystycznych wskazuje na nadal duży odsetek skarg na orzeczenia Izby odrzucanych przez sądy okręgowe, przy czym w zdecydowanej większości przypadków jest to spowodowane brakiem uiszczenia opłaty sądowej wymaganej od skargi. Stosunkowo niewielki udział merytorycznych rozstrzygnięć sądów okręgowych utrzymuje się od czasu zmiany przepisów skutkujących podwyższeniem wysokości wpisu od skargi na orzeczenia Izby. Powyższe może mieć również wpływ na brak wzrostu ogólnej liczby skarg wnoszonych na orzeczenia Izby.

## II.2. Wyrażanie opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej wynika z art. 167 ust. 1 i art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych. Opinię w przedmiocie zasadności tych zastrzeżeń Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania (art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W 2012 r. Izba wydała 108 uchwały, wyrażające następujące opinie:



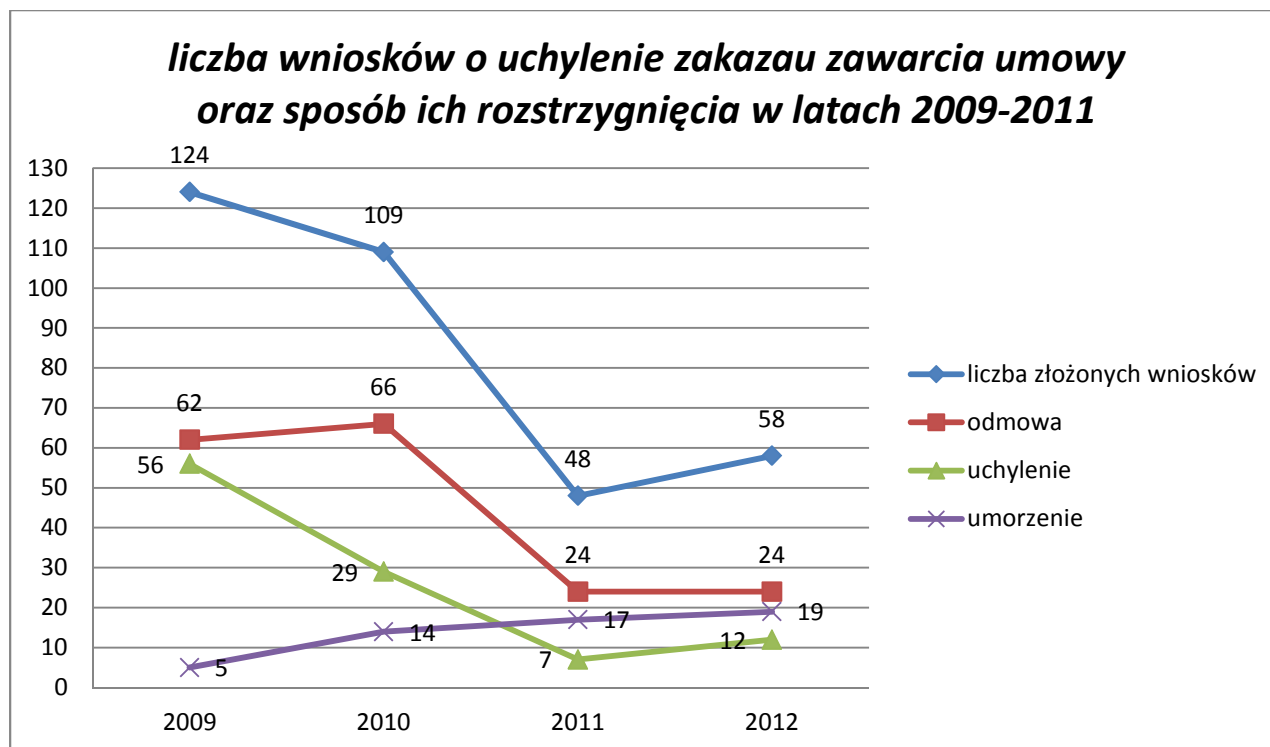
Łączna liczba wydanych opinii była zbliżona do występującej w 2011 r. (110 opinii). Podobny jest również udział opinii uwzględniających zastrzeżenia zamawiających (w 2011 r. dotyczyło to 14% opinii). Natomiast w 2012 r. zauważalnie wzrósł udział opinii nieuwzględniających zastrzeżenia (w 2011 r. było to 72%), przy jednoczesnym ponad dwukrotnym spadku rozstrzygnięć częściowo uwzględniających zastrzeżenia (w 2011 r. dotyczyło to 14% opinii). Dla pełnego obrazu warto również wskazać, że w 2010 r. wydano 108 opinii: w tym 13 (12%) uwzględniało zastrzeżenia, 7 (7%) częściowo uwzględniało zastrzeżenia, zaś 88 (81%) nie uwzględniało zastrzeżeń od wyniku kontroli. Rozkład rozstrzygnięć z 2012 r. jest zatem najbardziej zbliżony do tego z 2010 r.

### II.3. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy należy do zadań Krajowej Izby Odwoławczej od 24 października 2008 r., tj. od wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba może uchylić na wniosek zamawiającego zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba rozpoznaje wniosek w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Na postanowienie Izby w przedmiocie wyrażenia zgody na zawarcie umowy nie przysługuje skarga (art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W roku 2012 Krajowa Izba Odwoławcza wydała 56 postanowień (przy czym w okresie sprawozdawczym wpłynęło 58 wniosków), w tym:

- 24 odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (43%)
- 12 uchylających zakaz zawarcia umowy (21%)
- 1 uchylające zakaz zawarcia umowy w stosunku do niektórych części zamówienia (2%)
- 19 umarzających postępowanie w sprawie wniosku (34%)



W roku 2012 zaobserwowano zatem odwrócenie się tendencji spadkowej i wzrost liczby składanych wniosków, która w 2011 r. wynosiła 48, choć daleko jeszcze do poziomu 109 wniosków złożonych w 2010 r. W 2012 r. w stosunku do poprzedniego roku odnotowano wzrost udziału wniosków rozpatrzonych pozytywnie (z 15% w 2011 do 21% w 2012), przy jednoczesnym spadku udziału wniosków rozpatrzonych negatywnie (z 50% w 2011 do 43% w 2012).

## **Część III Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.**

### **III.1. Podnoszenie kwalifikacji**

W 2012 r. tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia dotyczące problematyki podatku VAT, ochrony praw autorskich w zamówieniach publicznych, błędów i trudności w praktyce udzielania zamówień publicznych, oceny prawidłowości implementacji dyrektyw z zakresu prawa zamówień publicznych, wybranych instytucji prawa cywilnego. Członkowie Izby wzięli również udział w seminarium z kultury języka polskiego.

Podnoszeniu kwalifikacji służyły również działania podejmowane przez członków Izby we własnym zakresie. Członkowie należący do prawniczych samorządów zawodowych uczestniczyli w szkoleniach organizowanych przez te samorzady w ramach doskonalenia zawodowego oraz kształcenia aplikantów. Kilkoro członków Izby w 2012 r. powiększyło grono osób posiadających tytuł zawodowy radcy prawnego. Część członków Izby kontynuuje studia doktoranckie lub przygotowuje prace doktorskie.

W celu wypracowania jednolitych linii orzeczniczych członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w cyklicznych naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji istotne kwestie formalne i merytoryczne budzące wątpliwości, w tym problemy opisane w Części IV niniejszej *Informacji*.

### **III.2. Udział Krajowej Izby Odwoławczej w spotkaniach i konferencjach**

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r. brali udział w spotkaniach i konferencjach:

1. W dniach 17-18 września 2012 r. w Sopocie członkowie KIO uczestniczyli w V Konferencji Naukowej na temat *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* zorganizowanej przez Urząd Zamówień Publicznych wraz z Wydziałem Ekonomicznym Uniwersytetu Gdańskiego. Podczas konferencji zostały przedstawione przez członków Izby dwa referaty: na temat porównania modelu rozstrzygnięcia sporów w zakresie zamówień publicznych w Polsce i w Niemczech oraz na temat terminu związania ofertą w świetle orzecznictwa.
2. W dniu 12 października 2012 r. członkowie Izby brali udział w Konferencji *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych* zorganizowanej w Toruniu przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów we współpracy z Uniwersytetem Mikołaja

Kopernika w Toruniu. Podczas konferencji został przedstawiony referat członka Izby na temat roli zamawiających i roli Krajowej Izby Odwoławczej w wykrywaniu zmów przetargowych.

W dniu 19 grudnia 2012 r. odbyło się spotkanie członków Krajowej Izby Odwoławczej z przedstawicielami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na którym przedstawiona została problematyka zmów przetargowych w praktyce Prezesa UOKiK. Było ono efektem spotkania Prezesa i Rzecznika Prasowego Izby z Prezesem UOKiK i przedstawicielami tego Urzędu, podczas którego uzgodniono zamiar nawiązania roboczej współpracy Izby z UOKiK w zakresie spraw dotyczących zmów przetargowych.

### **III.3. Konferencja Krajowej Izby Odwoławczej**

Szczególnym wydarzeniem 2012 r. była konferencja zorganizowana przez Izbę z okazji pięciolecia działalności Krajowej Izby Odwoławczej. Konferencja *Pięćciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych* odbyła się w dniu 5 grudnia 2012 r. w Warszawie. Celem konferencji było ukazanie doniosłej roli Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych oraz uhonorowanie osób, które miały istotny wpływ na jej powstanie i funkcjonowanie.

W konferencji wzięło udział około 100 osób, w tym przedstawiciele administracji rządowej, środowiska naukowego, sędziowskiego, palestry oraz przedstawiciele urzędów i instytucji, w sferze zainteresowania których leżą sprawy zamówień publicznych. Konferencja była okazją do dyskusji, w szczególności na temat roli Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych oraz wpływu orzecznictwa Izby na różne sfery życia publicznego, a także ukazania możliwych modeli rozpoznawania sporów odwoławczych. Była też okazją do wymiany doświadczeń i poglądów przez członków Izby oraz zaproszonych gości.

Otwarcie konferencji uświetniły wystąpienia Pana Lecha Marcinkowskiego – Dyrektora Generalnego Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz Pana Mariusza Haładyja – Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Gospodarki, jak również Pana Jacka Sadowego – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wygłoszenie referatów poprzedziła uroczystość wręczenia odznaczeń państwowych przyznanych przez Prezydenta RP. W imieniu Prezydenta RP Pana Bronisława Komorowskiego aktu dekoracji dokonał Pan Dariusz Młotkiewicz – Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezydenta RP. Uroczystość poprowadziły przedstawicielki Biura Kadr i Odznaczeń Kancelarii Prezydenta RP. Srebrnym krzyżem zasługi za działalność na rzecz

budowy i umacniania polskiego systemu zamówień publicznych została odznaczona Pani Agata Zając – Sędzia Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Medalem srebrnym za długoletnią służbę za wzorowe, wyjątkowo sumienne wykonywania obowiązków wynikających z pracy zawodowej została odznaczona Pani Renata Oksińska – pracownik Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych. Inicjatorem przyznania odznaczeń była Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, która wniosowała w tym zakresie do Prezesa UZP, jako organu formalnie uprawnionego do wystąpienia do Prezydenta RP.

Podczas konferencji zostały wygłoszone następujące referaty:

Pan Tomasz Czajkowski – były Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, twórca Krajowej Izby Odwoławczej – wygłosił referat zatytułowany *Geneza powstania Krajowej Izby Odwoławczej – cele i założenia jej funkcjonowania*, w którym zaprezentował przede wszystkim tło historyczne oraz podstawowe cele i założenia, jakie legły u podstaw powołania do życia Krajowej Izby Odwoławczej.

Pan prof. dr hab. Ryszard Szostak – przedstawiciel Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie i członek Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wygłosił referat zatytułowany *Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zamówień publicznych – perspektywy jego rozwoju*, w którym zaprezentował kierunki rozwoju instytucjonalnego Krajowej Izby Odwoławczej.

Pan Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – wygłosił referat zatytułowany *Cele systemu zamówień publicznych i znaczenie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dla realizacji celów*, w którym zaprezentował główne cele systemu zamówień publicznych oraz aspekty ich realizacji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Pan dr Zdzisław Gordon – przedstawiciel Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu wygłosił referat zatytułowany *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, w którym zaprezentował argumenty wskazujące na cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pani Agata Zając – Sędzia Sądu Apelacyjnego w Warszawie – wygłosiła referat pt. *Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jako przedmiot kontroli instancyjnej sądów okręgowych*, w którym zaprezentowała aspekty formalnoprawne i merytoryczne orzecznictwa sądów okręgowych w sprawach orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Pani Iwona Bendorf-Bundorf – Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie i członek Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych wygłosiła referat zatytułowany *Funkcjonowanie wybranych instytucji Prawa zamówień*

*publicznych z punktu widzenia finansów publicznych w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zaprezentowała dwie istotne z punktu widzenia finansów publicznych instytucje, tj. kary umowne oraz wadium w oparciu o orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.*

Pani Magdalena Grabarczyk – członek Krajowej Izby Odwoławczej wygłosiła referat zatytułowany *Czynniki wpływające na szybkość i skuteczność postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na tle wybranych rozwiązań przyjętych w państwach Unii Europejskiej*, w którym zaprezentowała istotne z punktu widzenia szybkości i skuteczności postępowania przed Izbą czynniki, porównując modele rozpoznawania sporów odwoławczych w Polsce oraz przede wszystkim w Niemczech i w Austrii.

Podsumowując wynik tej konferencji wskazać należy, że pozycja Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych jest ugruntowana. Jest to wyspecjalizowany, *quasi-sądowy* organ władzy publicznej rozpoznający całościowo spory wynikłe w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Organ posiadający jednoznaczne reguły postępowania przy rozpoznawaniu sporów, wyposażony w wykwalifikowaną i wyspecjalizowaną kadrę. W toku wystąpień konferencyjnych zaznaczyła się potrzeba dalszego umocnienia statusu Izby przez zwiększenie samodzielności organizacyjnej i jednoznaczne określenie jej systemowej przynależności do organów wymiaru sprawiedliwości.

#### **III.4. Współpraca Krajowej Izby Odwoławczej z innymi podmiotami, w tym współpraca międzynarodowa**

W dniach 12-13 lipca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza gościła Przedstawicieli Ukraińskiego Ministerstwa Handlu i Rozwoju przybyłych na zaproszenie Urzędu Zamówień Publicznych. W trakcie wizyty goście uczestniczyli w spotkaniu z Prezesem i przedstawicielami Izby, podczas którego omówiono strukturę i kompetencje KIO. Delegacja ukraińska wzięła również udział w charakterze publiczności w jawnej rozprawie przed KIO, a po ogłoszeniu orzeczenia – w spotkaniu z udziałem przewodniczącej składu orzekającego, poświęconym praktycznym i merytorycznym aspektom rozpoznawanych przed Izbą spraw. Dzięki tej wizycie Krajowa Izba Odwoławcza nawiązała współpracę z organami właściwymi w sprawach zamówień publicznych na Ukrainie. Powyższe, dzięki zaproszeniu Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju, zaowocowało wizytą przedstawicieli Izby na Ukrainie. Prezes oraz dwóch członków Izby w dniu 17 października 2012 r. uczestniczyło w Kijowie w seminarium zorganizowanym przez EBOiR, Przedstawicielstwo Komisji



Europejskiej na Ukrainie i organizację SIGMA z przedstawicielami Antymonopolowego Komitetu Ukrainy. W spotkaniu tym uczestniczyli przedstawiciele EBOiR, zaś ze strony ukraińskiej Państwowy Komisarz oraz przedstawiciele Departamentu Odwołań tegoż Komitetu. W trakcie seminarium reprezentanci Izby przedstawili swoje prezentacje na poniższe tematy:

1. Postępowanie odwoławcze w Krajowej Izbie Odwoławczej – jak osiągnąć jednolitość orzecznictwa;
2. Rozstrzygnięcia KIO, które wpłynęły na polską praktykę udzielania zamówień – jakie rozstrzygnięcia ułatwiły powstanie najlepszych praktyk w kraju;
3. Co trzeba zrobić, aby napisać dobre odwołanie i jak uniknąć skargi do sądu powszechnego.

Dzięki seminarium dokonano porównania rozwiązań przyjętych w polskim i ukraińskim modelu rozpoznania sporów odwoławczych i na tym tle możliwym była pogłębiona dyskusja na temat kierunków rozwoju ukraińskiego systemu zamówień publicznych, w szczególności co do środków odwoławczych.

W dniach 18-19 października 2012 r. w Kijowie członkowie KIO reprezentowali Izbę na międzynarodowej konferencji zorganizowanej przez Europejski Bank Odbudowy i Rozwoju we współpracy z Przedstawicielstwem Komisji Europejskiej na Ukrainie, organizacją SIGMA oraz Komitetem Antymonopolowym Ukrainy, na temat: *Rozwój ukraińskiego systemu zamówień publicznych*. Referat podczas konferencji wygłosiła Prezes Izby, dzieląc się w uczestnikami konferencji polskimi doświadczeniami w zakresie stosowania środków odwoławczych.

Krajowa Izba Odwoławcza nawiązała także stałą współpracę z Uniwersytetem Jagiellońskim, umożliwiającą Izbie prezentowanie aktualnych zagadnień orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych podczas konferencji organizowanych przez tę uznaną Uczelnię. W dniu 14 listopada 2012 r. zostało podpisane porozumienie mające na celu zapewnienie możliwości pogłębiania wiedzy i wzajemnej wymiany doświadczeń naukowych i praktycznych w zakresie problemów orzeczniczych w sferze regulacji cywilnoprawnych oraz regulacji odnoszących się do zamówień publicznych. Efektem porozumienia było seminarium naukowe zorganizowane w dniu 29 listopada 2012 r., poświęcone wybranym instytucjom prawa cywilnego, które poprowadziła dla członków Izby Pani dr hab. Marta Romańska – Sędzia Sądu Najwyższego oraz pracownik naukowy Uniwersytetu Jagiellońskiego.

### **III.5. Działalność edukacyjna**

W okresie sprawozdawczym zespół złożony z członków Izby i przedstawiciela Urzędu, pod kierownictwem i redakcją członka Krajowej Izby Odwoławczej, opracował kolejne trzy zeszyty orzecnicze (Zeszyt nr 10, Zeszyt nr 11 i Zeszyt nr 12) propagujące wiedzę w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp wśród uczestników rynku zamówień publicznych. Zeszyty stanowią wybór tez orzecznich z najważniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby, wytyczających pewne kierunki interpretacji najważniejszych zagadnień z zakresu zamówień publicznych. W zeszytach orzecznich opublikowanych w 2012 r., oprócz wyników analizy orzecznictwa, przede wszystkim Krajowej Izby Odwoławczej z okresu od połowy 2011 r. do końca 2012 r., zaprezentowane zostały także uchwały Sądu Najwyższego, wydane w związku z rozpoznawaniem środków odwoławczych..

Zeszyt nr 10 to specjalne wydanie jubileuszowe. Zawiera wszystkie 26 uchwał Sądu Najwyższego, jakie zapadły w ostatnim dziesięcioleciu, tj. w latach 2001-2011, na skutek pytań prawnych skierowanych przez sądy okręgowe od chwili wprowadzenia do polskiego systemu środków ochrony prawnej skargi na orzeczenia organów właściwych w sprawach rozstrzygnięcia sporów dotyczących zamówień publicznych.

W Zeszycie nr 11 zamieszczonych zostało 301 tez orzecznich wybranych spośród około 1300 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w II połowie 2011 r.

W Zeszycie nr 12 znalazły się 114 tezy orzecnicze wytypowane ze zbioru 500 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej zapadłych w okresie styczeń – marzec 2012 r.

### **III.6. Działalność zewnętrzna**

Za kontakty Krajowej Izby Odwoławczej z mediami odpowiada Rzecznik Prasowy Izby powołany przez Prezesa KIO. Rzecznik w 2012 r. prowadził działalność informacyjną związaną z przekazywaniem bieżących danych na temat spraw toczących się przed Izbą i udzielaniem informacji na temat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Zainteresowanie działalnością Krajowej Izby Odwoławczej wyrażały w 2012 r. media o charakterze lokalnym, jak również telewizja, dzienniki i czasopisma o zasięgu ogólnopolskim. Stała współpraca robocza dotycząca istotnych dla uczestników systemu zamówień publicznych problemów interpretacyjnych ustawy Pzp w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej została nawiązana przez Rzecznika z dziennikami o charakterze ogólnopolskim, zajmującymi się również tematyką zamówień publicznych

(Dziennik Gazeta Prawna, Rzeczpospolita) oraz z mediami internetowymi, radiem i czasopismami branżowymi.

Przedstawiciele mediów w pierwszym półroczu 2012 r. zostali zapoznani z najistotniejszymi zagadnieniami zawartymi w *Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.* podczas briefingu z udziałem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zorganizowanego w dniu 18 kwietnia 2012 r. po przekazaniu *Informacji* za pośrednictwem Prezesa UZP Prezesowi Rady Ministrów. Spotkanie to zaowocowało serią publikacji prasowych odnoszących się do działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r., tak co do kwestii statystycznych, jak i problemów merytorycznych w zamówieniach publicznych, wynikających z orzecznictwa Izby.

W ramach działalności informacyjnej w 2012 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej udzielił wywiadów dla: Dziennika Gazeta Prawna, dziennika Rzeczpospolita, miesięcznika Zamówienia Publiczne Doradca, miesięcznika „Infrastruktura: Ludzie Innowacje Technologie” oraz dla Polskiego Radia – Jedyńka, zaś Rzecznik Prasowy Izby dla telewizji TVN CNBC.

## **Część IV Problemy wynikające z orzecznictwa Izby w 2012 r.**

### **IV.1. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wynikające z nich trudności interpretacyjne**

Spośród przewidzianych w art. 24 ustawy Pzp podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, największe problemy interpretacyjne wywołują przepisy nakazujące stosowanie tej sankcji wobec wykonawców, którzy uprzednio nie wykonali należycie swoich zobowiązań wobec zamawiających (art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp), jak również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

#### **IV.1.1. Art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp**

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Konsekwencje ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewiduje art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. Wówczas bowiem wykonawca taki umieszczany jest przez Prezesa UZP w wykazie wykonawców.

Na przełomie roku 2011 oraz 2012 do Krajowej Izby Odwoławczej złożono szereg odwołań, zarówno przez wykonawcę umieszczonego decyzją Prezesa UZP na liście wykonawców, który kwestionował czynność zamawiającego wykluczenia z postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i przez wykonawców, którzy kwestionowali zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy umieszczonego w wykazie. W przedmiotowej kwestii Krajowa Izba Odwoławcza zajęła merytoryczne stanowisko w orzeczeniach o sygnaturach: KIO 2630/11, KIO 2631/11, KIO 2632/11, KIO 2676/11, KIO 2695/11, KIO 880/12, KIO 848/12, KIO 942/12. Pozostałe postępowania odwoławcze (sygn. akt: KIO 2654/11, KIO 2655/11, KIO 2677/11, KIO 2678/11, KIO 2701/11, KIO 910/12) zostały umorzone.

W pierwszych ze składanych odwołań wykonawca umieszczony w wykazie wskazywał na argumentację, która przemawiać miała, po pierwsze - za nieuprawnionym umieszczeniem go na liście, po drugie – za nieuprawnionym wykluczeniem go z postępowań, w których brał udział. Stanowisko tego wykonawcy było analogiczne

w kolejnych sprawach, z niewielkimi modyfikacjami, i obejmowało niżej wskazane argumenty.

Wykonawca podnosił, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wprawdzie powoływali się na wyrok, który w ocenie Prezesa UZP był wystarczającą podstawą do umieszczenia odwołującego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, jednakże przy tym nie podawali żadnych okoliczności, które wskazywałyby na wyrządzenie przez odwołującego szkody w wyniku nienależytego wykonania zamówienia lub niewykonania go w ogóle. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający nie podejmowali nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki wykluczenia. W jego ocenie sam fakt zamieszczenia przez Prezesa UZP jakiegoś wykonawcy w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, nie stanowi jeszcze przesłanki by uznać, że zaistniały okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Te bowiem winny być każdorazowo weryfikowane przez zamawiającego, a wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce dopiero w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie wykazać, że przesłanka ta miała miejsce. Materialnoprawną podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być prawomocne orzeczenie sądu, z którego wynikać będzie niezbicie fakt wyrządzenia szkody w wyniku niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia przez tego wykonawcę.

Odwołujący się wykonawca wskazał, iż z informacji podanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wynika, że powodem dla którego Prezes UZP umieścił odwołującego w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy, jest wyrok z dnia 7 września 2011 r., wydany przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, I Wydział Cywilny, sygn. akt I ACa 330/11, prawomocny od 7 września 2011 roku. Odwołujący zwracał uwagę, że wyrok, który zdaniem Prezesa UZP miałby rzekomo świadczyć o zaistnieniu przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, został wydany w wyniku powództwa odwołującego i w zdecydowanej mierze uwzględnia to powództwo, uznając roszczenia odwołującego. Podniósł ponadto, że ustalenia Sądu Apelacyjnego w tym wyroku są wiążące i stanowią podstawę do prawomocnego orzeczenia w niniejszej sprawie. Sąd nie podzielił stanowiska pozwanego, że nienależycie wykonywano umowę, a *contrario* wykonawca wykonywał ją należycie. Owszem, Sąd Apelacyjny uznał rację zamawiającego (pозwanego), iż na obiekcie powstała szkoda i że została ona udowodniona w określonej wysokości, oraz że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać wykonawcy, jednakże z innych powodów niż wina, a tym samym innych niż wykonanie umowy w sposób nienależyty.

Jak wynikało z odwołań, odpowiedzialność odwołującego w sprawie, co do której toczyło się postępowanie sądowe, ukształtowana była na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy, gdyż umowa o takiej konstrukcji łączyła strony, tj. powoda i pozwanego (wykonawcę i zamawiającego). Odwołujący był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w oznaczonej przez sąd wysokości, co zostało uwzględnione przy orzekaniu w sprawie objętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, jednak bezwzględnie nie można w opinii odwołującego zgodzić się, iż wynikało to z nienależytego wykonania umowy. W sprawie, pomimo że umowa wykonywana była przez odwołującego w sposób należyty, powstała szkoda. W tym przypadku nie można jednak mówić o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy przez odwołującego, bowiem odpowiedzialność odwołującego wynikająca z zawartej umowy oparta została na zasadzie ryzyka, a nie winy. Istotne jest przy tym, że w wyroku sąd II instancji wyraźnie stwierdził, że pozwany (zamawiający) doznał szkody, a nie, że odwołujący wyrządził pozwanemu szkodę. Podstawą wykluczenia wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest natomiast wyrządzenie szkody przez wykonawcę. Przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, stanowi jednoznacznie, iż przedmiotowa szkoda, stwierdzona nadto w prawomocnym orzeczeniu, musi być związana z niewykonaniem zamówienia, bądź wykonaniem go nienależycie przez wykonawcę. Takie jest *ratio legis* tego przepisu. Z prawomocnego orzeczenia winno wynikać, iż wykonawca przyczynił się do powstania szkody w sposób zawiniony poprzez niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy. To zaś nie miało miejsca w przedmiotowej sytuacji. Mimo braku wskazanych elementów w przedłożonym orzeczeniu, wykonawca został umieszczony w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy. W ocenie Odwołującego, prezentowanej w kolejnych sprawach, Prezes UZP, dokonując tej czynności nie zbadał wszechstronnie sprawy, a jego działania spowodowały daleko idące utrudnienia w prowadzeniu działalności przez odwołującego.

W wydanych wyrokach Izba zgodnie stwierdziła, iż samo umieszczenie wykonawcy w wykazie nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykaz ma wyłącznie walor informacyjny. Pogląd ten znalazł akceptację przede wszystkim w orzecznictwie sądów administracyjnych rozstrzygających sprawy skarg na czynności Prezesa UZP co do wpisu wykonawców do wykazu, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy Pzp (postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lipca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 658/09 oraz postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 1628/09). Oznacza to, iż podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest nie tyle umieszczenie

wykonawcy na liście prowadzonej przez Prezesa UZP, ile orzeczenie sądu stwierdzające wyrządzenie szkody. Aby zatem wykluczenie wykonawcy można było uznać za skuteczne, zaistnieć muszą przede wszystkim przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem zamawiający zobowiązani byli do zbadania, czy ziściły się wszystkie niezbędne przesłanki do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Nieuprawnionym działaniem jest poleganie tylko i wyłącznie na informacji wynikającej z wykazu prowadzonego przez Prezesa UZP. W konsekwencji Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie stwierdziła, iż zamawiający zobowiązany jest każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ziściły się. Zamawiający zatem zobowiązany jest ustalić:

- czy wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne;
- czy nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie wyrządził szkodę;
- czy szkoda została stwierdzona orzeczeniem sądu;
- czy orzeczenie sądu uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Łączne wystąpienie wymienionych przesłanek obligowało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wbrew twierdzeniom odwołującego uznano, że ustawodawca nie precyzuje, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musi być przez wykonawcę zawinione. Istotnie, podstawą odpowiedzialności kontraktowej ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 Kc jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W praktyce zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 Kc. Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, iż w razie naruszenia zobowiązania, mającego swoje źródło w tych okolicznościach, następują wszelkie skutki, jakie kodeks cywilny uzależnia od naruszenia zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Powyższe przesądza o tym, iż wobec wykonawcy orzeczono nie tylko odpowiedzialność za szkodę, ale również fakt, iż była to szkoda powstała w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. W świetle regulacji zarówno art. 471, jak i 473 Kc, nie ma i być nie mogło w tym przypadku innej szkody oraz odpowiedzialności za nią, jak tylko wynikającej z określonego wykonania świadczenia (o innej szkodzie nie orzekano

w wyrokach sądów I i II instancji). Sąd nie może wydać orzeczenia uwzględniającego roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 471 Kc w sytuacji, gdy szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia nie wystąpiła. Nie może uznać za zasadne roszczenia opartego o rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej z art. 473 § 1 Kc, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, z którym jest związane, nie miało miejsca. Tymczasem właśnie na tej zasadzie i z tego względu sąd I instancji oddalił powództwo wykonawcy umieszczonego w wykazie, uznając zasadność dokonanego potrącenia, a sąd II instancji utrzymał je w mocy w zakresie szkody powstałej w związku z kradzieżą wyposażenia w jednym z budynków zamawiającego. Tym samym Izba wyraziła pogląd, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi, choćby na zasadzie ryzyka.

Jak wskazywano w orzeczeniach, kolejnym elementem koniecznym do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest istnienie prawomocnego orzeczenia sądu stwierdzającego szkodę. Orzeczeniem takim – w ocenie składów orzekających – był wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 roku, sygn. akt I ACa 330/11. Za niemające znaczenia dla sprawy uznano tutaj okoliczności, że było to postępowanie sądowe z powództwa wykonawcy odwołującego się. Podkreślono, że szkoda niewątpliwie wynikała z nienależytego wykonania umowy, bowiem gdyby odwołujący w sposób prawidłowy wykonał zobowiązanie wynikające z wiążącej go z zamawiającym umowy, nie doszłoby do kradzieży. Odwołujący przyjął na siebie na podstawie umowy odpowiedzialność za szkodę spowodowaną kradzieżą, włamaniem lub dewastacją mienia. Zatem dokonanie kradzieży w chronionym obiekcie, w sytuacji rozszerzonego w umowie na podstawie art. 473 §1 Kc zakresu odpowiedzialności odwołującego za szkodę, prowadzi do stwierdzenia, iż odwołujący wyrządził szkodę nie wykonując należycie zobowiązania z powodu okoliczności, za które na podstawie umowy odpowiada. Za bez znaczenia uznano również, czy sąd dokonywał ustaleń w kwestii zaistnienia szkody rozpoznając powództwo o zapłatę kwoty stanowiącej odszkodowanie za wyrządzoną szkodę, czy też o zapłatę części wynagrodzenia potrąconego przez jedną ze stron tytułem odszkodowania. W każdym przypadku sąd musi bowiem zbadać, czy szkoda miała miejsce i w tym zakresie rozstrzygnięcie sądu zawarte w prawomocnym wyroku objęte jest powagą rzeczy osądzonej.

Ostatnią okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę przy ocenie wskazanej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest czas wydania orzeczenia. Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, gdy uprawomocnienie orzeczenia sądu nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w ramach którego



wykonawca ubiega się o zamówienie. Analiza kluczowego dla niniejszego rozstrzygnięcia wyroku z dnia 7 września 2011 r. wydanego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. akt I ACa 330/11) uzasadnia wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jako spełniającego powyższą przesłankę.

W kolejnych odwołaniach podmiot odwołujący się rozszerzył swoją argumentację o okoliczność niezgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z dyrektywami unijnymi oraz nakazu interpretowania przepisów ustawy Pzp w świetle tychże dyrektyw. Podmiot wskazywał, że polska ustawa Pzp uzależnia konieczność wykluczenia wykonawcy m.in. od powstania szkody, nie wartościując jednak wprost ani jej wielkości ani faktu czy została wyrządzona z winy umyślnej czy też nieumyślnej. Uznać zatem należy, że przepis ten powinien być interpretowany w duchu dyrektywy, która w tym przypadku mówi o poważnym wykroczeniu zawodowym z winy wykonawcy, a nie jakimkolwiek wykroczeniu. W związku z tym nie może ostać się pogląd, zgodnie z którym sam fakt powstania jakiegokolwiek szkody w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia (stwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu) zawsze stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy. Taka interpretacja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – według wykonawcy – jest niezgodna z treścią dyrektywy oraz z jej duchem, jak również rażąco narusza zasadę proporcjonalności. Dyrektywa bowiem wyraźnie podkreśla, że wykroczenie zawodowe musi być „poważne”, a więc w szczególny sposób kwalifikowane.

W tym zakresie składy orzekające Izby stwierdziły, że zgodnie z art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który między innymi został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową (pkt c ust. 2) oraz jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające (pkt d ust. 2). Przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w ustępie 2 tego przepisu mają charakter fakultatywny. Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu, co oznacza, że państwa członkowskie były uprawnione do wprowadzenia powyższej regulacji do porządków prawnych w kształcie przez poszczególne państwa określonym. Izba uznała powoływanie się przez odwołującego na treść art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej w zakresie zgodności z nim art. 24 ust.1 pkt Pzp oraz interpretacji tego przepisu w świetle powoływanego postanowienia dyrektywy, w celu wykazania, że odpowiedzialność

wykonawcy została oparta o przesłankę winy, za nieuzasadnione. Nie było zdaniem Izby potrzeby interpretowania przesłanek wykluczenia wykonawcy w duchu dyrektyw, a wdrożenie do krajowego porządku prawnego wskazanego przepisu było prawidłowe; treść art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uwzględnia uwarunkowania dyrektyw i możliwe jest stosowanie polskiego prawa w tym zakresie. Ponadto Izba wskazała, że wykładni prospółnotowej należy dokonywać z uwzględnieniem polskiego porządku prawnego, który dopuszczając możliwość rozszerzenia odpowiedzialności kontraktowej na działania i zaniechania osoby trzeciej, nawet takiej, na którą wykonawca nie ma wpływu, a działania i zaniechania takiej osoby są niezależne od wykonawcy, kształtuje możliwość zaistnienia szkody i uznania tej szkody w wyniku nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia.

W dwóch postępowaniach odwoławczych dotyczących tego zagadnienia (sygn. akt KIO 2630/11 oraz KIO 2695/11) członkowie składów orzekających złożyli zdania odrębne. Swoje stanowisko uzasadniali w ten sposób, że aby ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp konieczne jest, aby przedmiotem wyrokowania (rozstrzygnięcia) sądu była należność z tytułu powstałej szkody (żądanie pozwu powinno koncentrować się na stwierdzeniu odpowiedzialności za szkodę – byłoby to przede wszystkim powództwo o zapłatę odszkodowania).

Zdaniem zgłaszających zdanie odrębne konsekwencją prawomocności orzeczenia jest, iż pomiędzy stronami sporu dokonano ostatecznego jego rozstrzygnięcia, uwzględniając wyłącznie to, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia (art. 365 Kpc). Motywy rozstrzygnięcia zawarte w uzasadnieniu wyroku (ustalenia faktyczne), nie wiążą sądu przy rozstrzyganiu innej sprawy, co wyłącza możliwość zgłoszenia – z powołaniem się na uzasadnienie wyroku – zarzutu sprawy prawomocnie osądzonej (tak też orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1983 r. IV CR 260/83, OSNCP 1984, z. 4, poz. 59). Stanowisko wyrażone w zdaniach odrębnych wskazywało, że analiza wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt I ACa 330/11) prowadzi zatem do wniosku, iż sąd, rozpoznając sprawę z powództwa odwołującego, rozstrzygał o zasadności roszczenia o wynagrodzenie za wykonaną na rzecz danego zamawiającego (pozwanego) usługę, a nie o poniesionej przez niego szkodzie (pозwany powództwa wzajemnego nie wniósł). Skoro zatem przedmiotem sporu i rozstrzygnięcia była kwestia należnego odwołującemu od pozwanego wynagrodzenia za świadczoną na jego rzecz usługę, stwierdzić trzeba, że zapadły w sprawie prawomocny wyrok rozstrzyga tylko o wynagrodzeniu za zrealizowaną usługę. Wskazanie w uzasadnieniu orzeczenia wystąpienia u pozwanego szkody oraz uznanie potrącenia określonej kwoty jako następstwa

odpowiedzialności na zasadzie ryzyka ponoszonej przez wykonawcę za taką szkodę, nie wyczerpuje dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdzie wymaga się, by zapadło w sprawie prawomocne orzeczenie sądu dotyczące szkody wyrządzonej przez wykonawcę poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wskazanie w podstawie faktycznej orzeczenia szkody, w kontekście uznania za skuteczny zarzutu potrącenia w zakresie, w którym apelacja odwołującego została oddalona, nie stanowi wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż zapadło w sprawie prawomocne orzeczenie sądu dotyczące szkody poniesionej przez pozwanego. Zapis umowy, z którego Sądy (Okręgowy i Apelacyjny w Katowicach) wywiodły odpowiedzialność spółki, to zatem postanowienie kreujące samodzielną podstawę odpowiedzialności wykonawcy za konkretne zdarzenia – niezależne od niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zobowiązanie do świadczenia, w razie zaistnienia wymienionych w umowie zdarzeń. Wreszcie, można mieć wątpliwości, czy w wyroku Sądu Apelacyjnego stwierdzono wyrządzenie szkody przez wykonawcę. Z wyroków wynika, że powód odpowiada za szkodę, nie zaś, że ją wyrządził. Inną sprawą jest wyrządzenie szkody, inną zaś – odpowiedzialność za jej wyrządzenie. W konsekwencji, należało uznać, iż w przedmiotowej sprawie nie został wydany prawomocny wyrok stwierdzający szkodę.

W sprawach o sygnaturach KIO 2630/11, KIO 2676/11 oraz KIO 942/12 wykonawca skorzystał z przysługującego mu na podstawie art. 198a i 198b ustawy Pzp uprawnienia i za pośrednictwem Prezesa KIO złożył skargi do sądów okręgowych według właściwości miejscowej zamawiających w tych sprawach. W wyniku rozpoznania powyższych skarg dwa wyroki KIO zostały wyrokami Sądu Okręgowego w Olsztynie oraz Sądu Okręgowego w Warszawie zmienione (sygn. akt KIO 2630/11 oraz KIO 942/12), natomiast Sąd Okręgowy w Gdańsku podzielił stanowisko wyrażone przez KIO (sygn. akt KIO 2676/11).

W skargach wskazywano na:

- naruszenie prawa materialnego (art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) przez jego błędną wykładnię, tj. uznanie, że przyjęcie przez wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a następnie zaistnienie okoliczności uzasadniającej tę odpowiedzialność stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy jako tego, który wyrządził szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie;
- naruszenie prawa materialnego (art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, że skarżąca wyrządziła szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie;
- naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe jego zastosowanie, tj. naruszenie art. 365 Kpc przez uznanie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września

2011 r. o sygnaturze I A Ca 330/11 jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę;

- sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt I A Ca 330/11 stwierdza niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez skarżącą;
- sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez bezpodstawne przyjęcie, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. o sygnaturze I A Ca 330/11 jest prawomocnym orzeczeniem stwierdzającym szkodę wyrządzoną przez skarżącą.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 8 marca 2012 r. (sygn. akt IX Ca 23/12) zmieniającym wyrok KIO czytamy, że z prawidłowo poczynionych ustaleń, KIO wyprowadziła błędny wniosek, jakoby skarżąca nie wykonała lub nienależycie wykonała zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania w sprawie rozstrzygniętej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach oraz, aby na skutek wykonywania umowy łączącej skarżącą z zamawiającym doszło do wyrządzenia szkody przez skarżącą, jak również, aby między szkodą a zachowaniem się skarżącej istniał adekwatny związek przyczynowy. Zdaniem sądu, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przed KIO nie ustalono, że skarżąca wyrządziła, jak wymaga tego przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, szkodę w majątku zamawiającego. W ocenie sądu szkoda powstała wskutek kradzieży, nie została wyrządzona przez nienależyte wykonywanie umowy przez skarżącą. W ogóle nie została wyrządzona przez wykonawcę (brak jest na to dowodów), a wykazanie tego elementu jest niezbędne do ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy. Skoro szkoda powstała wskutek działania osoby trzeciej, to należało przyjąć, że mogło do niej dojść nawet w przypadku należytego wykonywania zamówienia. Obowiązek naprawienia szkody uzależniony był nie od faktu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, tylko z racji powstałego skutku, okoliczności faktycznych niewynikających z jakości świadczonych usług. W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, że w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewidziano obowiązek wykluczenia wykonawców, którzy swoim zachowaniem w wykonywaniu zawartej umowy oraz swoim działaniem lub zaniechaniem wyrządzili szkodę w majątku zamawiającego, a nie wykonawców, którym nie można zarzucić należytego wykonania umowy, a których odpowiedzialność za szkodę wynika z okoliczności obiektywnej, zachowania się osób trzecich, niezależnych od wykonawcy, w tym przypadku przyjęcia surowszego reżimu odpowiedzialności. Choć szkoda w majątku zamawiającego

bezsprzecznie powstała, to brak jest związku przyczynowego, że zdarzenie wywołane było zachowaniem się lub zaniechaniem skarżącej.

Jednocześnie sąd zaznaczył, że prawidłowa jest implementacja do krajowego porządku prawnego art. 45 ust. 2 lit. c i d dyrektywy klasycznej, co pozwala na stosowanie polskiego prawa zamówień. Na marginesie tylko sąd zauważył, że nie ma racji skarżąca, że orzeczenie sądu, w którym został podniesiony i uwzględniony w całości lub w części zarzut potrącenia zapłaty należności wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie może być orzeczeniem stwierdzającym szkodę.

Odmienne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 24 maja 2012 roku (sygn. akt XII Ga 46/12), który utrzymał w mocy wyrok KIO (o sygn. akt KIO 2676/12). Odnośnie wykładni prounijnej Sąd wskazał, że dyrektywy są podstawowymi aktami harmonizującymi Prawo zamówień publicznych. Są aktami pochodnego prawa wspólnotowego, a ich zastosowanie w krajowym porządku prawnym jest zasadniczo uzależnione od działań legislacyjnych podjętych przez państwa członkowskie. Dyrektywy wiążą co do celu, mają charakter przepisów ogólnych gwarantujących minimalne uprawnienia lub zobowiązują do określonych obowiązków. Sąd rozpoznając skargę uznał, że sprzeczność implementacji dyrektywy, biorąc pod uwagę brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie zachodzi.

W dalszym wywodzie prawnym co do nieziszczenia się przesłanek wykluczenia, nie podzielono stanowiska skarżącego, że szkoda powstała w wyniku kradzieży, nie wynika z przyczyn od niego zawinionych. Sąd zważył, że na mocy art. 473 § 3 Kc strony zmodyfikowały odpowiedzialność kontraktową przez obciążenie wykonawcy ryzykiem wystąpienia określonych zdarzeń, np. kradzieży. Tym samym dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w części dotyczącej niewykonania przez wykonawcę lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu przyczyn, bez względu na ich zawinienie, za które na podstawie umowy wykonawca przyjął odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, zaktualizowała się. Konsekwencją tak ukształtowanej odpowiedzialności jest uznanie, że zaistniała szkoda, wynikająca z zaniedbania przyjętego na siebie w umowie obowiązku ochrony, jest efektem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Skoro skarżąca przyjęła na siebie ryzyko odpowiedzialności za szkodę spowodowaną kradzieżą mienia, to dokonanie kradzieży przez osobę trzecią spowodowało szkodę pozostającą w związku przyczynowo-skutkowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania umownego.

W zakresie argumentacji skarżącej, że tylko wyrok prawomocnie rozstrzygający o szkodzie mógłby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy, sąd wskazał, że

jakkolwiek zarzut potrącenia nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, „ale już nieistnienie roszczenia z powodu umorzenia wierzytelności na skutek oświadczenia materialnoprawnego potrącenia dokonanego w trybie art. 498 i następne Kc, już tak”. Z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie wynika, że orzeczenie musi zapaść w wyniku sformułowania żądania odszkodowania bądź ustalenia szkody, dlatego też wyrok rozstrzygający w zakresie żądania pozwu zapłaty wynagrodzenia, w którym elementem stanu faktycznego jest umorzenie wierzytelności dokonanej wskutek oświadczenia o potrąceniu, którego odzwierciedleniem w sentencji wyroku jest oddalenie powództwa, objęte jest powagą rzeczy osądzonej. Nie budziło więc zastrzeżeń sądu, iż w przedmiotowej sprawie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach rozstrzygnął o szkodzie zamawiającego spowodowanej nienależytym wykonaniem zamówienia.

Konkludując stwierdzono, iż nie można dojść do wniosków odmiennych niż te, że przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp spełnione zostały kumulatywnie.

W ramach kolejnej skargi wniesionej przez wykonawcę, Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrokiem z dnia 13 listopada 2012 roku (sygn. akt V Ca 1469/12), zmienił zaskarżony wyrok KIO i nakazał unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Sąd nie zgodził się ze stanowiskiem, że podstawą wykluczenia jest zaistnienie odpowiedzialności za szkodę skarżącej wynikającą z łączącego strony kontraktu na wykonanie zamówienia publicznego, przy czym bez znaczenia jest okoliczność, czy jej podstawą jest wina czy też zasada ryzyka, a więc inna okoliczność przewidziana regulacją art. 473 § 1 Kc. Jednocześnie sąd, oceniając zasadność skargi, stwierdził, że brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odpowiada wymogom regulacji prawa wspólnotowego, jednakże nie można uznać za wykonawcę, który wyrządził szkodę nie wykonując lub nienależycie wykonując zamówienie skarżącego, który ponosił odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za szkodę spowodowaną działaniem osoby trzeciej, za czym przemawia wykładania literalna tego przepisu. Zdaniem sądu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie wskazuje na szkodę wynikającą z umowy, lecz na szkodę powstałą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Takie rozumienie regulacji mogłoby doprowadzić do paradoksalnej sytuacji wykluczenia z postępowania także wykonawców, którzy przyjęli odpowiedzialność za szkody wywołane przez siłę wyższą. Również stosując wykładnię celowościową sąd nie podzielił stanowiska KIO. Zdaniem sądu orzeczenie, w którym został podniesiony i uwzględniony w całości lub w części zarzut potrącenia zapłaty należności wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, może być orzeczeniem stwierdzającym szkodę, o ile

pisemne motywy takiego orzeczenia wskazują, że jest to szkoda spowodowana w warunkach wymaganych treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując, kwestia wykładni przywołanego przepisu jest problematyczna na wielu płaszczyznach, o czym świadczą choćby odmienne stanowiska sądów okręgowych w wyrokach zapadłych w wyniku wniesienia skargi na orzeczenia KIO. Choć sądy okręgowe rozważały identyczny stan faktyczny, w każdym z wyroków zwrócono uwagę na inny aspekt zagadnienia, inaczej rozłożono akcenty w ramach podjętych rozstrzygnięć. Stawia to wykonawcę w niepewności co do jego sytuacji prawnej, jeżeli zdecyduje się na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oceny orzeczeń będących podstawą do wpisu na listę wydanych przez niezależne sądy powszechne dokonywali będą sami zamawiający przy badaniu przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, następnie zaś prawidłowość dokonania lub zaniechania czynności wykluczenia przez zamawiającego ponownie oceniać będą składy orzekające KIO. Rozważania dotyczące potrzeby zmian tego przepisu należałoby zacząć od samego początku, tj. od określenia szczegółowych zasad umieszczania wykonawcy na liście przez centralny organ administracji rządowej, być może przewidując procedurę weryfikacji takiego wpisu i określenia status listy nierzetelnych wykonawców, nadając jej określone ramy prawne.

#### **IV.1.2. Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp**

Przepis art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych od chwili jego uchwalenia budził poważne kontrowersje co do jego zgodności z przepisami dyrektywy klasycznej 2004/18/WE. Konstrukcja przepisu miała ukrócić działania wykonawców, którzy mimo niewywiązania się ze swoich zobowiązań umownych, ponownie ubiegali się o udzielenie zamówienia w innych postępowaniach organizowanych przez tego samego zamawiającego. Przykładem była szeroko opisywana w prasie sprawa budowy autostrady A1, w której Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z powodu opóźnień odstąpiła od umowy z konsorcjum, którego liderem był austriacki Alpine Bau. Paradoksalnie, ten sam wykonawca wygrał jednak kolejny przetarg na dokończenie prac, które wcześniej przerwano z jego powodu. Niemniej już od momentu wejścia w życie zwracano uwagę na kwestię zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z przepisami dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, w szczególności z art. 45 ust. 2.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona w dniu 26 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 484) i weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zgodnie z tym przepisem

z postępowania wyklucza się wykonawcę, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

W pierwszym z rozpoznawanych odwołań opartych o zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie wydała orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, lecz postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1629/11, KIO 1643/11) skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa wspólnotowego:

1. Czy art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w brzmieniu: z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające w zw. z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych można interpretować w ten sposób, że za takie zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?
2. W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie 1. – Czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słusznych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, z którymi dany



zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?

Wyrokiem z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Trybunał Sprawiedliwości (trzecia izba) orzekł – co należy podkreślić – iż Krajowa Izba Odwoławcza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego.

Odnosząc się merytorycznie do zadanych pytań prejudycjalnych Trybunał stwierdził, co następuje:

1. Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.
2. Zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznych interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na zasadnicze elementy uzasadnienia wyroku Trybunału, ponieważ mają one pierwszorzędne znaczenie dla oceny skutków uchwalenia rzeczonoego przepisu.

A zatem Trybunał orzekł, iż przepis dyrektywy klasycznej „stoi na przeszkodzie” obowiązywaniu regulacji takiej, jak zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, albowiem ziszczenie się przesłanek z punktu 1a nie zawsze oznacza poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu dyrektywy klasycznej. Zważywszy na cechy właściwe poszczególnym krajowym systemom prawnym w zakresie odpowiedzialności, pojęcie „okoliczności, za które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tymczasem art. 54 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 odsyła do uprawnienia do zastosowania kryteriów wykluczenia wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18 „na zasadach tam określonych”, tak że pojęcia „poważnego wykroczenia” w rozumieniu opisanym w pkt 25 niniejszego wyroku nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca. Ponadto uregulowania krajowe będące przedmiotem postępowania głównego same określają kryteria, na podstawie których zachowanie wykonawcy w przeszłości zmusza daną instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia go z właśnie wszczętego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie pozostawiając tej instytucji zamawiającej możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinonego uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia.

Trybunał wskazał również, że krajowy ustawodawca, implementując dyrektywę klasyczną, nie jest uprawniony do tworzenia nowych lub modyfikowania istniejących w dyrektywie podstaw uzasadniających wykluczenie wykonawcy. Tego rodzaju podstawa wykluczenia, wykraczająca poza ramy zamkniętego katalogu zawartego w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, jak wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie jest również dopuszczalna w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.

Co prawda, odpowiadając na pytanie Krajowej Izby Odwoławczej, Trybunał orzekł tylko co do interpretacji prawa wspólnotowego, jednak w praktyce efektem wyroku Trybunału jest weryfikacja zgodności danego przepisu prawa krajowego z prawem wspólnotowym. W ocenie Izby należy zatem zwrócić uwagę na skutki wyroku Trybunału dla prawodawstwa polskiego oraz konsekwencje, jakie grożą Rzeczypospolitej Polskiej w związku z niewłaściwą implementacją dyrektywy klasycznej.

I tak – niezgodność prawa krajowego z wcześniejszym prawem wspólnotowym implikuje zakaz jego stosowania przez każdy sąd krajowy. Wynika to z wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77 *Simmenthal*, którego wykładni Trybunał dokonał w sprawie C-10-22/97, (1998) ECR I – 6307 (*IN. CO.GE '90*). Wyrok *Simmenthal* czytany w świetle wyroku *IN. CO.GE '90* oznacza, że obowiązkiem sądu lub organu administracji jest odmowa zastosowania takiego przepisu krajowego w konkretnej sprawie. Powyższe znalazło odzwierciedlenie również w wyroku z dnia 3 maja 2005 roku w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 i C-403/02 *Berlusconi: Jeśli w świetle odpowiedzi udzielonej przez ETS sąd krajowy dochodzi do wniosku, że przepisy prawa krajowego nie spełniają wspólnotowego wymogu odpowiedniości sankcji, to – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS – ma obowiązek odmówić zastosowania tych przepisów bez potrzeby oczekiwania na wyeliminowanie albo zwracania się o dokonanie tego w drodze ustawodawczej lub w ramach innego trybu konstytucyjnego.*

Po drugie – z orzecznictwa Trybunału wynika konieczność zmiany treści przepisu. Utrzymywanie w mocy niezgodnego przepisu i niewyeliminowanie go z systemu obowiązującego prawa stanowi naruszenie przez dane państwo jego traktatowych zobowiązań, otwierając ewentualnie poszkodowanym drogę do dochodzenia naprawienia szkody wynikłej z utrzymywania stanu normatywnego niezgodnego z prawem wspólnotowym. Obowiązkiem państwa członkowskiego o charakterze pozytywnym jest usunięcie z krajowego porządku prawnego przepisu niezgodnego z prawem wspólnotowym. Obowiązek ten istnieje nawet w sytuacji, gdy prawo uznane za sprzeczne ze wspólnotowym jest faktycznie niestosowane w praktyce. Trybunał w sprawie *Sprawa 167/73, Commission versus France*, (1974) ECR stwierdził, że utrzymywanie w mocy przepisu prawa krajowego sprzecznego ze wspólnotowym (nawet jeżeli nie jest on stosowany w praktyce) stwarza sytuację niepewności i dwuznaczności, ponieważ podmioty prywatne nie są pewne co do przysługujących im możliwości korzystania z prawa wspólnotowego.

Podkreślić należy, że na gruncie prawa wspólnotowego orzecznictwo Trybunału przyznało jednostkom możliwość żądania odszkodowania od państwa członkowskiego za szkodę spowodowaną naruszeniem prawa wspólnotowego. Przesłanką jego przyznania w przypadku niewłaściwej implementacji dyrektywy będzie ustalenie, że: naruszony przepis dyrektywy miał na celu przyznanie prawa jednostce, niewłaściwa implementacja stanowiła wystarczająco poważne naruszenia prawa oraz zachodzi bezpośredni związek przyczynowy między naruszeniem a szkodą.

Pierwsza z przesłanek została spełniona, ponieważ obowiązkowi zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z tytułu poważnego wykroczenia zawodowego odpowiada prawo

wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku braku zajścia przesłanki uzasadniającej wykluczenie (wyrok Trybunału C-127/95). Druga przesłanka, tj. poważne naruszenie prawa spowodowane niewłaściwą implementacją również nie budzi wątpliwości. Tworzenie przepisów dotyczących zamówień publicznych objętych przepisami dyrektyw należy do wyłącznych kompetencji Unii, co oznacza brak swobody państw do tworzenia prawa w tym zakresie. W takich sytuacjach każde naruszenie prawa wspólnotowego przy jego implementacji stanowi poważne naruszenie prawa (wyrok Trybunału C-5/94). Co więcej, w wyroku C-465/11 (par. 46) Trybunał wskazał, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a jest oczywiście niezgodny z przepisami dyrektywy klasycznej, a zatem polski ustawodawca powinien był sobie zdawać sprawę, że jest to przepis sprzeczny z prawem wspólnotowym.

Spełnienie trzeciej przesłanki będzie wymagało każdorazowego badania przez sąd krajowy w sprawie przed nim zawisłej.

Przy okazji należy zwrócić uwagę na fakt, iż tezy wyroku Trybunału C-465/11 powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który również nakazuje automatyczne wykluczenie wykonawcy w związku z nienależytym wykonywaniem lub niewykonaniem umowy, a zatem zakres jego stosowania jest daleko szerszy aniżeli wyłącznie wykluczenie wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego.

W roku 2012 Izba wielokrotnie rozpoznawała zarzut naruszenia przez zamawiających art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W wyroku z dnia 10 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 169/12) Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stanęła na stanowisku, że nie ziszcila się przesłanka w zakresie odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego warunkująca konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Wadliwość cewników dostarczanych przez odwołującego w ramach umowy nie została potwierdzona przez właściwy organ, ponieważ postępowanie dotyczące wystąpienia incydentu medycznego nie zostało zakończone. Zatem samo zgłoszenie reklamacji przez zamawiającego i odstąpienie z tego powodu od umowy, nie może być uznane za okoliczność, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność. Za taką okoliczność mogłaby zostać uznana dopiero zasadna reklamacja, za którą należałoby uznać dostarczenie towaru niewłaściwego pod względem jakościowym, którego wadliwość zostałaby potwierdzona stosowną decyzją właściwego organu, w tym przypadku Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

W wyroku z dnia 27 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 361/12) Izba, oddalając odwołanie, stwierdziła, że przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była skuteczność odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr ZP/05-13/11 zawartej 14.04.2011 r. oraz okoliczność, czy przyczyny odstąpienia od umowy leżą po stronie odwołującego. Izba zwróciła uwagę że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do instytucji prawa cywilnego. Zatem stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, uwzględnić należało przepisy kodeksu cywilnego, art. 471 Kc stanowiącego, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W ocenie Izby, oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez odwołującego z dnia 22 kwietnia 2011 r. było bezskuteczne, albowiem zamawiający nie dał dla tej czynności żadnych powodów, był gotów odebrać przedmiot oferowanej dostawy – zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i zapłacić za niego umówioną cenę. Natomiast po stronie zamawiającego wystąpiły uzasadnione przyczyny do odstąpienia od umowy, skoro odwołujący nie wywiązał się z niej w ustalonym terminie, ani nie zgodził się, mimo zastrzeżeń zamawiającego, na dostarczenie przedmiotu zgodnego z umową. Odstąpienie od umowy przez zamawiającego w zaistniałych okolicznościach było skuteczne, znajdowało normatywne oparcie i wywołało skutek prawny zniweczenia tej umowy od początku, z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Odwołujący uznając, że jest to argument przemawiający na jego korzyść wprost przyznał, że rodzaj zmywarek jaki usiłował dostarczyć zamawiającemu, odbiegał zasadniczo od opisanego w SIWZ, a zdaniem Izby, co wykazało postępowanie dowodowe, także od zadeklarowanego w ofercie.

W wyroku z dnia 24 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 692/12) Izba oddaliła odwołanie. Przedmiotem umowy było opracowanie dokumentacji projektowej do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla zadania: „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło-Szczepanowice-Widoma-Zastów-Kraków (Ptaszyckiego/Igołomska) o dług. ok. 57 km”. Pierwotny termin realizacji określono do dnia 28 czerwca 2008 r., później aneksami kilkakrotnie go zmieniano.

Zamawiający z dniem 27.05.2011 r. odstąpił od umowy z wykonawcą na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z winy wykonawcy. Przyczyną podjęcia decyzji o odstąpieniu były znaczne opóźnienia w przekazaniu kompletnej dokumentacji, niedotrzymanie kolejnych, deklarowanych przez wykonawcę terminów związanych z usuwaniem braków oraz dokonywaniem korekt i poprawek dokumentacji. W konsekwencji nie odbyło się wymagane

regulaminem wewnętrznym Zamawiającego posiedzenie KOPI oraz nie została uzyskana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla ww. inwestycji. Poziom zaawansowania prac zaakceptowanych przez zamawiającego oceniono w sposób następujący:

- studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe – 90%,
- raport OOS – 60 %,
- materiały do wniosku o wydanie decyzji środowiskowej – 50%,
- Analiza i prognoza ruchu – 95%,
- Mapa sytuacyjno-wysokościowa do celów projektowych – 100%,
- studium geologiczno-inżynierskie – 100%.

Odwołujący przyznał, że przekazał zamawiającemu w dniu 4 listopada 2011 r. opracowania o stopniu zaawansowania 100%, za wyjątkiem materiałów do wniosku o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (50% zaawansowania). Podniósł z ostrożności, przyjmując nawet ewentualny brak podstaw do zakwalifikowania odstąpienia od umów na mocy art. 644 Kc, że okoliczności sprawy wskazują, iż zamawiający w myśl art. 639 Kc nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, choć w tym przypadku dzieło zostało w całości wykonane (pismami z dnia 22 grudnia 2011 r. zamawiający odesłał noty księgowo oraz faktury VAT jako wystawione bezpodstawnie). Zamawiający ocenił stopień zaawansowania raportu o oddziaływaniu na środowisko na 60%. Podkreślił, że dokument po wielokrotnych uzupełnieniach nadal, pod względem merytorycznym, nie spełnia wszystkich wymogów art. 66 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnieniu informacji o środowisku oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

W ocenie Izby, skoro czynność zamawiającego nie została podważona w postępowaniu o ustalenie odmiennych okoliczności zakończenia współpracy stron, a fakt niewykonania dokumentacji w takim stanie, który pozwoliłby na uzyskanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, został przyznany przez odwołującego i w odwołaniu i na rozprawie, należało uznać, że przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy zostały potwierdzone. Nie było zdaniem Izby sporne ustalenie, że nie wykonano w całości dokumentacji objętej przedmiotem zamówienia. Odwołujący zabiegał o odstąpienie od kar umownych kosztem obniżenia zaawansowania raportu do 85%.

W wyroku z dnia 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 707/12, KIO 729/12) Izba oddaliła odwołania. Biorąc pod uwagę podnoszone w piśmiennictwie wątpliwości co do prawidłowości implementacji normy wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp Izba dostrzegła potrzebę uwzględnienia prounijnej wykładni tego przepisu. Analizując treść art. 471-743 Kc oraz zakres takich pojęć, jak „niezachowanie należytej staranności”, „wina umyślna”

i „nieumyślna”, „bezprawność”, Izba stwierdziła, że polski ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie statuujące obowiązek wykluczenia wykonawcy, z którym zamawiający rozwiązał/odstąpił od umowy również z powodu okoliczności, które nie są przez wykonawcę zawinione. W rzeczonym wyroku Izba stwierdziła, iż istota wykładni prounijnej polega na interpretacji przepisu prawa polskiego w sposób zgodny z prawem unijnym, biorąc pod uwagę dorobek prawa unijnego i przekładając standard unijny na praktykę krajową. Oznacza to, iż ustalenie wzorca unijnego nie jest możliwe w oparciu o przepisy prawa polskiego. Nie jest więc trafne twierdzenie odwołującego, iż poszukiwanie znaczenia pojęć, którymi posługuje się dyrektywa, winno być przeprowadzone w oparciu o polskie przepisy prawa i w konsekwencji, jak proponuje odwołujący, interpretacji wykroczenia zawodowego należy dokonać przez pryzmat przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej, zawartych w Prawie budowlanym. Powyższe nie może uzyskać aprobaty przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, organ stosujący prawo nie dokonuje wykładni prawa unijnego, a wykładni prawa krajowego z uwzględnieniem standardów unijnych. Po drugie, nie sposób sobie wyobrazić, żeby prawo unijne miało taką treść jaką wyznacza porządek krajowy. Przeczy to bowiem podstawowym zasadom prawa unijnego, o których była mowa wyżej. Konkludując, skoro ustawodawca unijny wyznaczył zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania, to ustawodawca krajowy nie jest uprawniony do rozszerzenia tychże podstaw. Wynik wykładni przepisu prawa krajowego, iż w zakresie, w jakim wykluczenie wykonawcy jest następstwem zdarzeń niezawinionych przez wykonawcę wykracza poza standard unijny. Przy czym zdarzenia te, biorąc pod uwagę przykłady wykroczeń zawodowych, można utożsamiać z wadliwą realizacją istotnego elementu zobowiązania. Zatem oprócz winy wykonawcy, rozumianej w sposób, o którym była mowa wyżej, konieczne jest stwierdzenie w warunkach konkretnego zamówienia (co wyklucza pewien automatyzm), brak właściwej realizacji świadczenia, które z punktu widzenia ich znaczenia dla realizacji zamówienia i zaspokojenia interesu wierzyciela, ma istotne znaczenie. Skoro ustawodawca unijny stwierdzenie zawinionej wadliwości realizacji świadczenia, stanowiącego istotny element konkretnego zobowiązania czyni podstawą wykluczenia wykonawcy, to nie wydaje się, aby wprowadzony na gruncie prawa polskiego wymóg rozwiązania/wypowiedzenia/odstąpienia od umowy i niewykonania zamówienia w określonej części przekraczał wzorzec unijny w taki sposób, że byłby z nim niezgodny, bowiem te dwa elementy nie ograniczają dostępu do zamówienia w sposób szerszy, niż wynikałby z unijnego wzorca.

W dalszej części uzasadnienia Izba stwierdziła, iż ustalenie znaczenia spornego przepisu z uwzględnieniem wykładni prounijnej rodzi kolejny problem. Powstaje bowiem

pytanie, czy katalog przesłanek, których ziszczenie się warunkuje wykluczenie wykonawcy z postępowania, wymaga ustalenia przez Izbę, w przypadku zgłoszenia zarzutów w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Powodów dla przyjęcia takiego stanowiska jest kilka. Po pierwsze, nie jest możliwe zbadanie poprawności wykluczenia wykonawcy z postępowania bez stwierdzenia, że okoliczności, które uzasadniają tę decyzję w istocie wystąpiły. Po drugie, skoro ustawodawca ustanowił konkretne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a rolą Izby jest m.in. badanie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie sposób obronić tezę, iż wystąpienie tych przesłanek znajduje się poza kontrolą Izby. Po trzecie, choć wśród przesłanek wykluczenia znajdują się czynności prawne lub określone kategorie prawa cywilnego, to brak podstaw do twierdzenia, iż ich stwierdzenie znajduje się poza kognicją Izby.

Na powyższy wyrok skargi złożyli odwołujący się, co poskutkowało uwzględnieniem złożonych skarg w dniu 29 października 2012 r. przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Szczegóły wyroku zostaną przedstawione poniżej przy okazji omawiania wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1050/12.

W wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1050/12) Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy NDI SA w Sopocie. Izba postawiła pytanie co do zakresu badania wystąpienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 1a przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zdaniem Izby nie można postawić sztywnej granicy, w obrębie której Izba jest uprawniona do badania słuszności czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż każdy przypadek wykluczenia wykonawcy na podstawie wzmiankowanego przepisu należy rozpoznawać oddzielnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. W niniejszym przypadku Izba uznała, że zakres badania przez KIO wyznacza zakres kognicji sądu powszechnego, czyli Izba uprawniona jest do badania podstaw czynności wykluczenia o tyle, o ile nie narusza ono kompetencji sądu powszechnego.

Dokonując badania materiału dowodowego w dopuszczalnym zakresie Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że wyłączną winę za zwłokę w wykonywaniu prac związanych z budową autostrady A4 ponosi odwołujący się. Izba uznała, że nie można ustalić, czy w rozpoznawanym przypadku zaszły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. W szczególności brak jest podstaw, by stwierdzić, że zamawiający istotnie odstąpił od umowy z odwołującym się ani też, że odstąpienie to nastąpiło z powodu okoliczności, za które odwołujący się ponosi odpowiedzialność. W tej sytuacji Izba uznała,



że zamawiający, wykluczając odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia, naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Izba zbadała również, czy wykluczenie odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia nie naruszało przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej: dyrektywą klasyczną). Izba uznała, iż użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykłe niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się jako poważne wykroczenia zawodowe. Stanowisko swe Izba poparła zdaniem Komisji Europejskiej, przytaczając motyw 43 preambuły dyrektywy klasycznej, wymieniający przykładowe wykroczenia zawodowe, za które uznaje się nieprzestrzeganie przez wykonawcę ustawodawstwa krajowego, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej skutek równoważny. Zdaniem Komisji brzmienie dyrektywy sugeruje, że podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych dotyczących wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. A zatem „poważne wykroczenie zawodowe” nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy.

Przyjmując zatem, w ślad za przedstawionymi powyżej argumentami, iż niewykonanie umowy nie jest poważnym wykroczeniem zawodowym, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej, Izba stwierdziła, że wykluczenie odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje w sprzeczności ze wskazanym przepisem dyrektywy.

Powyższy wyrok Izby został zaskarżony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zamawiającego. Wyrokiem z dnia 29 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił obie skargi. Sąd rozpoznał jednocześnie skargi wykonawców na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w prawie KIO 707/12, KIO 729/12, wskazując w obu sprawach analogiczne argumenty.

Sąd stwierdził, iż dyrektywa klasyczna zawiera zamknięty katalog przyczyn, których zaistnienie może, ale nie musi skutkować wykluczeniem wykonawcy, co oznacza, że w procesie implementacji państwo członkowskie nie mogło tego katalogu rozszerzyć. Mogło mniej, ale nie więcej. W ocenie Sądu art. 24 ust. 1 pkt 1a nie mieści się w katalogu podstaw do wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy. Trzeba mieć na uwadze, że zgodnie z preambułą do dyrektywy udzielenie zamówienia publicznego podlega poszanowaniu zasady traktatu, tj. zasady swobodnego przepływu towarów, swobody świadczenia usług, równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemności, uznawalności,

proporcjonalności i przejrzystości. Sąd podkreślił, że niezgodność pomiędzy treścią dyrektywy a przepisem prawa polskiego jest widoczna *prima facie*. Wykładnia pronunijna nie zwalnia sądu z obowiązku przestrzegania prawa polskiego. Sąd stwierdził, że okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie niesolidności kontrahenta. Jednocześnie sąd uznał, iż Izba jest kompetentna do rozstrzygnięcia, czy w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a.

W wyroku z dnia 18 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2149/12) Izba oddaliła odwołanie. Izba wskazała, iż ze względu na oświadczenie odwołującego złożone na rozprawie, że kwestie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności skutkujące odstąpieniem Zamawiającego od przedmiotowych umów są przedmiotem sporu przed sądem powszechnym (postępowanie prowadzone przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie pod sygn. akt I C 1297/10), skupił się on jedynie na kwestii związanej ze skutecznością złożenia oświadczenia woli w zakresie odstąpienia od umów – zatem to ta kwestia stanowiła główny element sporu podlegający merytorycznemu rozpoznaniu. Jednakże Izba uznała, iż zamawiający przedstawiając w toku rozprawy dowody wykazał, iż odpowiedzialność za odstąpienie od umowy ponosi odwołujący.

W wyroku z dnia 2 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2264/12) Izba oddaliła odwołanie. Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego dotyczące przebiegu realizacji kontraktu, tj. jego zrealizowanie w niewielkim stopniu – mniej niż 10% dla każdego z kontraktów, pomimo upływu większości (jak wskazał zamawiający 75% i 60%) ustalonego okresu ich wykonania. Odwołujący nie kwestionował tych wielkości.

W wyroku z dnia 23 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2522/12) Izba oddaliła odwołanie, uznając, że odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Podstawą powyższego było uznanie, że nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia, że przyczyną wykluczenia było rozwiązanie umowy z jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie z oboma wykonawcami. Gdyby zaakceptować pogląd odwołującego, to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp można byłoby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykluczyć jedynie wówczas, kiedy z tymi samymi wykonawcami rozwiązano umowę. Tymczasem – według Izby – brak przesłanek negatywnych, będących podstawą do wykluczenia, a opisanych w art. 24 ust. 1 ustawy musi wykazać każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W zakresie terminu rozwiązania umowy, odnosząc się do stanowiska odwołującego się, iż rozwiązanie umowy będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych może nastąpić jedynie pomiędzy trzema latami wstecz przed wszczęciem postępowania, a jego wszczęciem, Izba uznała, że rzeczywiście, przyjęto powszechnie, że przesłanki wykluczenia powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, ponieważ są dla niego sankcyjne, jednak taka interpretacja przeczyłaby *ratio legis* omawianego przepisu, przez wprowadzenie którego ustawodawca dążył do eliminacji nierzetelnych wykonawców z postępowania. Zatem uznać trzeba, że zamiarem ustawodawcy w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy było określenie początkowego terminu, w którym może nastąpić rozwiązanie będące podstawą wykluczenia – a termin końcowy, w którym to rozwiązanie może nastąpić, nie został w przepisie określony, zatem stać się to może aż do momentu podpisania umowy (tak jak do tego momentu mogą zaistnieć inne spośród przesłanek negatywnych – np. ogłoszenie upadłości wykonawcy – może mieć miejsce już po otwarciu ofert czy nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej).

Na niniejszy wyrok odwołujące się Konsorcjum wniosło skargę do Sądu Okręgowego w Katowicach. Skarga nie została jeszcze rozpoznana.

W wyroku z dnia 28 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 263/12) Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego. Izba na podstawie przeprowadzonych powyżej ustaleń stwierdziła niespełnienie podstawowej przesłanki materialnej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a, a mianowicie wystąpienia okoliczności, za które odpowiada odwołujący w związku z rozwiązaniem umowy przez zamawiającego z odwołującym.

Analiza wskazanych wyżej wyroków pozwala na wniosek, że Izba w 2012 r. w przeważającej mierze kontynuowała linię orzeczniczą ukształtowaną w roku poprzednim, polegającą na przyjęciu, iż w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy badać, czy istotnie w danej sprawie zaszły przesłanki, zawarte w analizowanym przepisie. Tylko w jednym przypadku Izba uznała, że przesłanki wykluczenia, na które powołał się zamawiający, nie odpowiadają pojęciu „poważnego wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE. Po wyroku Trybunału orzecznictwo Izby będzie musiało uwzględniać tezy w nim zawarte oraz skutki, jakie niesie ze sobą wydanie wyroku takiej treści.

Jednakowoż Izba dostrzega problemy, które mogą być spowodowane informacją zamieszczoną po ogłoszeniu wyroku Trybunału na stronie internetowej UZP, gdzie

przedstawiono wykładnię przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a, wynikającą - zdaniem Urzędu - z uzasadnienia tegoż wyroku. I tak, zgodnie ze stanowiskiem UZP, zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę z toczącego się postępowania, jeżeli w stosunku do tego wykonawcy spełnione są kumulatywnie następujące warunki:

- zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia, (pominięto treść przepisu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”),
- rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem danego postępowania w sprawie zamówienia publicznego,
- wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy,
- zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem albo odstąpieniem umowy ustali, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia (dodano treść, której brak w art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp).

Zdaniem Izby stanowisko UZP może powodować dezorientację uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających. Wyrok Trybunału stanowi jasno, iż stosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w obowiązującym kształcie nie jest zgodne z prawem unijnym, co powinno doprowadzić *de facto* do jego zmiany. Tymczasem przepis nadal funkcjonuje w polskim systemie prawnym, a jego nowelizacja, w świetle stanowiska UZP, wydaje się być wątpliwa. Żaden z wykonawców nie może być pewien, czy w jego przypadku zamawiający zastosuje wprost niezgodny z prawem unijnym przepis ustawy, czy też przepis w brzmieniu proponowanym przez UZP, czy też spornego przepisu nie zastosuje w ogóle (narażając się tym samym na odwołania ze strony innych wykonawców). Izba ocenia tę sytuację jako wyjątkowo niekorzystną, zagrażającą bezpieczeństwu obrotu na rynku zamówień publicznych i powodującą destabilizację sytuacji poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniach. Osobną kwestią są wskazane wyżej konsekwencje dla Rzeczypospolitej Polskiej w związku z utrzymywaniem przepisów niezgodnych z prawem unijnym. Izba dostrzega potrzebę wszczęcia działań zmierzających do niezwłocznej zmiany lub uchylecia omawianego przepisu.

#### **IV.1.3. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp**

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ta podstawa wykluczenia związana jest z zachowaniem wykonawcy w danym postępowaniu, które to zachowanie ustawodawca kwalifikuje jako naganne. W doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, ani przez wyjaśnienie treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy usunięcie nieprawdziwej informacji w drodze korekty omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Dopuszczalne jest natomiast zastosowanie art. 26 ust. 4 czy 87 ust. 1 ustawy w celu usunięcia wątpliwości zamawiającego, czy dana informacja jest informacją nieprawdziwą.

Orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych jest jednolite co do tego, że nieprawdziwą informacją jest informacja niezgodna z rzeczywistością, sprzeczna z istniejącym stanem faktycznym. W orzecznictwie często przywoływany jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99, w którym Sąd Najwyższy wyraził przekonanie, że wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak jak jest w rzeczywistości. Nie budzi wątpliwości interpretacyjnych także to, że nieprawdziwa informacja może występować zarówno w dokumentach przedkładanych przez wykonawcę, jak i składanych przez niego oświadczeniach. Może ujawnić się zarówno w oświadczeniach czy dokumentach służących weryfikacji podmiotowej wykonawcy (np. informacje zawarte w wykazie wykonanych robót, dostaw czy usług mogą pozostawać w niezgodności z rzeczywistym zakresem zrealizowanego przedmiotu zamówienia, jego czasokresem, czy nawet tym kto realizował dane zamówienie). Przedmiotem zarzutów opartych o treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy są także wykazy osób zdolnych do realizacji zamówienia, gdzie kwestionowana jest zgodność z rzeczywistością deklarowanych oświadczeń poszczególnych osób, okresu nabytego doświadczenia, pełnionych funkcji, czy uzyskanych kwalifikacji zawodowych. Nieprawdziwe informacje mogą ujawnić się także w dokumentach składających się na merytoryczną treść oferty, np. co do właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, przyjętej technologii jego wykonania itp. W orzecznictwie nie budzi również wątpliwości rozkład ciężaru dowodowego przy podnoszeniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Problemem orzeczniczym jest natomiast to, czy dla wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest wystąpienie różnic pomiędzy wypowiedzią (oświadczeniem wiedzy) a rzeczywistością, czy też przy ocenie zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy należy brać pod uwagę okoliczności złożenia takiej informacji, a przede wszystkim stan zawinienia po stronie wykonawcy.

W orzecznictwie Izby w 2012 r. wystąpiły w tym zakresie dwa stanowiska prawne wskazane w wyroku z dnia 21 lutego 2012 r. o sygn. akt KIO 264/12.

Stanowisko pierwsze wskazuje na to, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W orzeczeniach podkreśla się, iż fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia. Wreszcie wskazać należy, iż w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy chronione jest dobro jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów.

Takie stanowisko zajęła Izba w wyroku z 9 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 213/12), dodatkowo wskazując, że dyrektywy ze swojej istoty skierowane są do państw członkowskich Unii, które muszą je implementować do swoich systemów prawnych i co do zasady (poza pewnymi wyjątkami związanymi z brakiem implementacji lub nieprawidłową implementacją) nie obowiązują one bezpośrednio w systemie prawnym państw. Art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi brzmi: „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy” (sekcja 2. Kryteria kwalifikacji podmiotowej). Ostatni akapit tego ustępu wskazuje wyraźnie, że „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”. Polski ustawodawca określił te warunki uznając, że „winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” jest ten, kto „złoży nieprawdziwe informacji mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Oznacza to, że winą wykonawcy jest samo złożenie nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma znaczenia, z jakich okoliczności ten fakt wynikał, a już w szczególności, czy była to wina umyślna, czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy. Co jest zresztą słuszne, bo

trudno wyobrazić sobie prowadzenie przez zamawiającego śledztwa mającego ustalić stopień świadomości lub zawinienia wykonawcy w momencie składania danego oświadczenia. Natomiast „poważne wprowadzenie w błąd” następuje wtedy, gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Tak też wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 478/12), w wyroku z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1452/12). Stanowisko to pojawiło się także w wyroku z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2262/12), gdzie wyodrębnić można dodatkowo następujące tezy:

- surowość sankcji wykluczenia jest mechanizmem kształtującym uczciwą konkurencję,
- interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie powinna sprzyjać zachowaniom wykonawców sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji.

Z poglądem tym współbrzmi art. 297 § 1 k.k. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie wiąże przesłanek wykluczenia z winą wykonawcy. Złożenie nieprawdziwych informacji, nawet jeśli nastąpiło skutkiem omyłki jest brakiem nieusuwalnym, podobnie jak błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Prezentowane stanowisko pojawia się także w wyrokach z dnia 18 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 40/12, z dnia 2 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 566/12, z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 760/12, z dnia 11 maja 2012 r. sygn. akt KIO 862/12, z dnia 24 maja 2012 r. sygn. akt KIO 956/12, z dnia 18 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1172/12.

Stanowisko drugie wskazuje, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej, powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy SIWZ zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało,

w konsekwencji, na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości niedających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy.

Takie stanowisko zajęła Izba m. in. w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 49/12), gdzie wskazano, że należy rozróżnić przesłankę wykluczenia wykonawcy w powodu złożenia nieprawdziwych informacji od przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tj. nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca wprost w art. 26 ust. 3 Pzp przewidział sytuacje, w których wykonawca przedkłada wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia zawierające błędy. Błędy pisarskie nie są wystarczające do stwierdzenia nieprawdziwych informacji. Podobnie w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 62/12), gdzie wskazano, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywał na odwołującym.

W wyroku z dnia 6 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1571/12) Izba wskazała, że interpretacja przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwanej „dyrektywą klasyczną” (prowspółnotowa wykładnia prawa). Z przepisu tego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podobnie Izba w wyroku z dnia 13 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2368/12) wskazała, że w razie stwierdzenia niezamierzonego założenia nieprawdziwej informacji – wobec zastosowania już art. 26 ust. 3 Pzp do wykazu – należałoby co najwyżej zastosować wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2, a nie pkt 3 Pzp i odrzucić ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.



W tym kierunku także kształtowało się orzecznictwo Izby w następujących wyrokach: z dnia 22 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 267/12, z dnia 26 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 711/12, z dnia 27 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 698/12, z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 773/12, z dnia 28 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1257/12, KIO 1262/12, z dnia 29 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1242/12; KIO 1253/12, z dnia 16 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1376/12, z dnia 20 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1410/12.

Sądy okręgowe rozstrzygające skargi na orzeczenia Izby zapadłe w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (w tym 3 skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) przyjęły następującą interpretację :

Nie można zaakceptować poglądu, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy winno nastąpić automatycznie bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji. Przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Ponadto nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Przepisy prawa krajowego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) ww. Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji. Ocena czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Taki sposób wykładni potwierdza także przepis art. 26 ust. 3, który nakazuje wystąpienie z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, które zawierają błędy oraz art. 87 ust. 2, który nakazuje poprawę omyłek

w treści oferty. Analiza tych przepisów prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo, że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością.

Powyższe stanowisko zostały zaprezentowane w wyrokach: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12.

Problematyka wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji każdorazowo wymaga, poza ustaleniem rozbieżności pomiędzy treścią informacji a rzeczywistością, także oceny wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Zatem badanie zasadności zarzutów oparte jest każdorazowo na indywidualnej ocenie sytuacji faktycznej i prawnej zaistniałej w postępowaniu. W świetle zaprezentowanego orzecznictwa sądów okręgowych zaczyna kształtować się pogląd o konieczności analizy przez zamawiającego w toku postępowania stanu świadomości wykonawcy w chwili składania oferty i przesądzenia przez niego, czy dana informacja niezgodna z rzeczywistością została złożona w celu świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Niewątpliwie występuje w tym przypadku istotne zagadnienie prawne związane zarówno z prymatem prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, jak i przewagi wykładni celowościowej nad wykładnią językową przepisów krajowych.

#### **IV.2. Potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w postępowaniach wieloetapowych**

W 2012 r. interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy w zakresie postępowań wieloetapowych rodziła problemy orzecznicze. Zagadnienie prawne, jakie było przedmiotem rozważań Izby w bieżącym okresie sprawozdawczym sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie: czy wykonawca biorący udział w postępowaniu wieloetapowym, na etapie wstępnej selekcji wykonawców może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, nie tylko w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w minimalnym zakresie wymaganym przez zamawiającego, warunkującym niewykluczenie go z postępowania, ale także w celu wzmocnienia swojej pozycji, jako wykonawcy spełniającego w najwyższym stopniu warunki udziału w postępowaniu.

Problem ten pojawiał się już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i był wskazywany w informacjach rocznych za rok 2010 w części III pkt 1.2. jak i za rok 2011

w części III pkt 3. Ma on szeroki wydźwięk społeczny, z uwagi choćby na podnoszoną argumentację o potencjalnym zagrożeniu nieuczciwymi praktykami rynkowymi w postaci tzw. handlu referencjami. Wskazuje się także na brak akceptacji społecznej dla kwalifikowania do etapu składania ofert wykonawców nieposiadających własnego doświadczenia, lub posiadających je w znacznie mniejszym stopniu niż wykonawca niezakwalifikowany, opierający się wyłącznie o własny potencjał. Kwestionuje się również powoływanie się przez kilku wykonawców odrębnie w tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne na zasoby tego samego podmiotu trzeciego.

W orzecznictwie Izby wykształciły się zasadniczo w tym zakresie następujące stanowiska: pierwsze – wskazujące na dopuszczalność posługiwania się zasobami innego podmiotu dla uzyskania lepszej pozycji w ramach wstępnej selekcji wykonawców, i drugie – nie uznające takiej możliwości.

W orzeczeniach Izby z 2012 r., dopuszczających posługiwanie się cudzymi zasobami w ramach prekwalifikacji podnoszona jest następująca argumentacja prawna :

W wyroku z dnia 6 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 133/12) Izba wskazała, że przepisy art. 51 ust. 1a oraz ust. 2 ustawy Pzp, nie różnicują oceny spełnienia warunków w oddzieleniu na potencjał własny wykonawcy i potencjał udostępniony. Zatem wprowadzanie takiego rozróżnienia, w dodatku na etapie badania wniosków – stanowi naruszenie wymienionych norm, jak i zasad postępowania, w szczególności równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie reguł uczciwej konkurencji.

W wyrokach: z dnia 5 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12), z dnia 15 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 858/12, KIO 861/12), z dnia 18 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1032/12), z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1409/12, KIO 1428/12), podnosi się dodatkowo, że:

- Ustawodawca, wprowadzając treścią art. 26 ust. 2b Pzp możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, nie wyłączył stosowania tego przepisu w przetargu ograniczonym, bowiem nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1-4 Pzp, nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się tym samym podmiotem przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek.

- Umieszczenie art. 47 i 48 dyrektywy klasycznej w sekcji 2 „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, nie oznacza, że przepis ma wyłącznie zastosowanie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu minimalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Implementowane przepisy dyrektywy ustawodawca krajowy umieścił w ustawie w Dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia” w rozdziale 1 „Zamawiający i wykonawcy”. Zatem należy uznać, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp ma zastosowanie nie tylko wyłącznie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu nie tylko minimalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełnienia tych warunków.
- Przepis art. 26 ust. 2b Pzp prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowań i jego rozumienie nie może prowadzić do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). Taka wykładnia komentowanego przepisu nie daje się pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego.

Pogląd przeciwny został wyrażony w wyrokach Izby: z dnia 17 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 232/12, KIO 243/12), z dnia 5 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 331/12, KIO 333/12), z dnia 29 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1010/12, KIO 1034/12, KIO 1035/12, KIO 1037/12, KIO 1038/12), w których podnosi się następujące argumenty:

- Art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu, gdzie dwukrotnie akcentuje się niezbędny charakter udostępnianych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W ocenie Izby zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia, jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia, a o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Znaczenie

normatywne regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącej wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, sprowadza się zatem do stwierdzenia, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, gdy sam bezpośrednio nie dysponuje takimi zasobami. Brak posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego uniemożliwia bowiem takiemu wykonawcy samodzielne uczestnictwo w postępowaniu. Niezbędny charakter zasobów udostępnianych wyznacza zarazem granicę zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert.

- W zakresie kwalifikacji technicznych lub / i zawodowych wykonawcy, zgodnie z regulacją zawartą w art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej, wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Podobnie przedmiotową kwestię reguluje dyrektywa sektorowa, która w art. 53 ust. 5 wskazuje, że jeżeli kryteria kwalifikacji obejmują wymogi odnoszące się do możliwości technicznych lub zawodowych wykonawcy, wówczas w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju istniejących pomiędzy nimi powiązań prawnych. Wykonawca musi udowodnić, że będzie dysponował wspomnianymi zasobami przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając w tym celu np. zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia wspomnianych zasobów. Okoliczność, że dyrektywa sektorowa nie posługuje się użytym w dyrektywie klasycznej pojęciem „niezbędnych zasobów” nie oznacza, iż zamysłem prawodawcy było odmienne uregulowanie tej kwestii w zamówieniach sektorowych. W ocenie Izby brak tego określenia nie wyznacza dla zamówień sektorowych odrębnej linii orzeczniczej, gdyż brak rzeczowego uzasadnienia dla takiego stanowiska. Także polski ustawodawca implementując dyrektywy, nie ustanowił w tym zakresie

odrębnych reguł dla zamówień sektorowych. Brak jest zatem przekonujących argumentów, że wykładnia prounijna winna skłaniać do przyjęcia szerokiej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ustawodawca unijny także dopuszczalność odwołania się do zasobów podmiotów trzecich ustanowił nie jako regułę, lecz możliwość z której można skorzystać w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia i tylko w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia.

- Sama okoliczność, że zamawiający zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu opis, iż wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów nie może mieć waloru przesądzającego o zasadach, wedle których dokonuje on następnie oceny wniosków. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia.
- Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, został wprowadzony nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku, a więc został wprowadzony później, niż art. 51 ust. 1-4 ustawy Pzp. Dlatego też interpretacja tego przepisu nie może wypaczać celu przepisów wprowadzonych wcześniej.

Dodatkowo w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1201/12) wskazano, że odmienne pojmowanie regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje się przeczyć zarówno celowi tej regulacji, jak i wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stawiłoby w uprzywilejowanej sytuacji tych wykonawców, którzy wykazali się swego rodzaju kreatywnością, przedkładając dodatkowo liczne zobowiązania do oddania im odpowiedniego zasobu tylko w celu podniesienia punktacji. Nieograniczone stosowanie możliwości dysponowania zasobami podmiotów trzecich w trybie negocjacyjnym dewaluowałoby sens prowadzenia postępowania przetargowego w takim trybie, gdyż jego celem ma być wyłonienie wykonawcy o możliwie najlepszych własnych kwalifikacjach, a nie dysponującego największymi udostępnionymi przez podmioty trzecie zasobami. Nie sposób bowiem uznać, że wykonawca, który w ogóle lub w wymaganym zakresie, nie posiada własnego doświadczenia i wymagane doświadczenie pozyskał od innych podmiotów, daje lepszą rękojmię wykonania zamówienia niż wykonawca, który własne doświadczenie posiada.

W wyroku z dnia 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 1563/12) podniesiono ponadto, że nie sposób uznać, iż wykonawca, który w ogóle nie posiada własnego doświadczenia lub posiada go w stopniu niewystarczającym, daje lepszą rękojmię należytego wykonania zamówienia niż wykonawca posiadający doświadczenie własne. Brak jest racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje zamawiającemu lepsze wykonanie

zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie jaką nabył wykonawca w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień. Miarą wiarygodności firmy jako uczestnika obrotu gospodarczego jest jego własne doświadczenie, jak i własny, posiadany potencjał ludzki, techniczny czy ekonomiczno-finansowy.

Problem braku spójnego stanowiska Izby wynika z rodzaju przyjętej wykładni art. 51 ust. 2, 57 ust. 3, art. 60d ust. 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 2b ustawy. Przepisy art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 i 60d ust. 3 ustawy posługują się pojęciem spełniania warunków udziału w postępowaniu i najwyższych ocenach spełniania tych warunków, również do warunków udziału w postępowaniu odnosi się art. 26 ust. 2b ustawy, zatem zwolennicy wykładni językowej wskazują na jej prymat nad innymi rodzajami wykładni, zaś przeciwnicy wskazują na konieczność oparcia się o wykładnię celowościową przepisów dotyczących postępowań dwuetapowych i na cel, jakim jest zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców wyłącznie do podmiotów dających najwyższe gwarancje należytego wykonania zamówienia, i podnoszą, że zastosowanie wykładni językowej prowadzi do oczywistej i rażącej niesprawiedliwości, to jest do zakwalifikowania do składania ofert wykonawców nieposiadających własnego doświadczenia, potencjału technicznego, czy zabezpieczenia finansowego, co jest absurdalne z punktu widzenia porządku społecznego, jak również na to, że art. 26 ust. 2 b ustawy jest przepisem wyjątkowym i musi być ściśle interpretowany i odnoszony do warunków udziału w postępowaniu *sensu stricto*, a nie do wymogów podmiotowych formułowanych przez zamawiających na potrzeby preselekcji wykonawców. O tym, że celem wprowadzenia art. 26 ust. 2b ustawy nie było korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w ramach prekwalfikacji świadczą też skargi projektodawcy zmiany ustawy w zakresie wprowadzenia art. 26 ust. 2b do ustawy, tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Rozbieżność orzecznicza zaistniała zatem z uwagi na niejednoznaczność przepisów ustawy, a przecież *clara non sunt interpretanda*.

W ramach kontroli instancyjnej sądy okręgowe przyjęły zasadność pierwszego z prezentowanych stanowisk (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r. sygn. akt II Ca 373/12 dot. wyroku Izby z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt XIX Ga 461/12 dot. wyroku Izby z dnia 22 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1201/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 936/12 dot. wyroku Izby z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 333/12, wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt II Ca 757/12 dot. wyroku Izby z dnia 7 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1563/12). W uzasadnieniach wyroków sądy zwróciły uwagę na następujące zagadnienia prawne :

- Fundamentalne jest dokonanie wykładni 26 ust. 2 b ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy sięgnąć do wykładni gramatycznej tego przepisu, gdyż wykładnia językowa ma pierwszeństwo przed wykładnią systemową i funkcjonalną. W sytuacji, gdy rezultat wykładni językowej daje jasny rezultat, zbędne jest odwoływanie się do pozostałych metod wykładni (por. wyr. NSA z 5.08.04 r., FSK 372/04, OSNSAiWSA 2005/1/17). Ponadto za przyjęciem prymatu wykładni językowej przemawia także i ta okoliczność, że adresaci konkretnych norm prawnych winni działać w zaufaniu do tego co zostało napisane w tekstach aktów prawnych, a nie do tego, co ustawodawca chciał osiągnąć poprzez wprowadzenie do porządku prawnego określonej normy prawnej. Odstąpienie od metody wykładni językowej jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy jej rezultat prowadzi do sprzeczności z inną obowiązującą normą prawną, powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, czy też wniosek wypływający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia porządku społecznego lub logiki. Wtedy to należy sięgnąć do wykładni systemowej, a gdy ta nie usuwa wątpliwości interpretacyjnych koniecznym staje się odwołanie do wykładni funkcjonalnej.
- Gramatyczne znaczenie zdania pierwszego art. 26 ust. 2b ustawy polega na tym, że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich – nieuczestniczących w postępowaniu przetargowym, które to podmioty na podstawie łączących go z wykonawcą stosunków prawnych tenże potencjał zobowiązały mu się udostępnić na potrzeby określonego zadania. Z treści tego przepisu nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie, tj., że można skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania tzw. „minimalnych” warunków udziału w postępowaniu. Takie ograniczenie nie znajduje się w zdaniu drugim tego przepisu, który mówi o „zasobach niezbędnych”, co sugeruje, że chodzi o minimalne wymogi uczestnictwa w postępowaniu przetargowym.
- Przymiotnik „niezbędny” nie jest synonimem przymiotnika „minimalny”. To drugie oznacza najmniejszą wartość czegoś, a na gruncie analizowanego przepisu oznaczałoby spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu według najniżej dopuszczalnych granic określonych przez wykonawcę, bez spełnienia których następuje skutek wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Słowo „niezbędny” oznacza natomiast nieodzowny, konieczny, potrzebny. Znaczenie zatem pojęciowe obu wyrazów jest różne. Wykładnia językowa zdania drugiego daje podstawę do twierdzenia, że nie chodzi o spełnienie warunków granicznych, minimalnych, których przekroczenie *in minus* powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego, ale o udowodnienie, że wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotów trzecich do realizacji



określonego zadania – w razie, gdy zostanie wybrana przez zamawiającego jego oferta. Ustalenie znaczenia określonej normy prawnej, szczególnie złożonej, wielozdaniowej nie może polegać na wyrwaniu z kontekstu jednego zdania i dokonaniu jego interpretacji w oderwaniu od pozostałej części jej zawartości. To samo dotyczy pominięcia przy wykładni normy prawnej części jej tekstu. Tego rodzaju interpretacja przepisu naruszałaby zakaz wykładni *per non est*.

- Należy odrzucić koncepcję, że przepis ten dopuszcza jedynie skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego na spełnienie warunków „minimalnych” uczestnictwa w postępowaniu i nie daje możliwości wykazania tego potencjału w granicach przekraczających podstawowe warunki określone przez zamawiającego. Art. 22 i 23 Pzp dotyczące warunków, które winien spełnić wykonawca o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawierają pojęcia „warunki minimalne”. Tego rodzaju określenie jest wytworem doktryny i judykatury, która z tym z niespełnieniem wymogów uczestnictwa w postępowaniu wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Żaden natomiast przepis nie zakazuje konkretnemu wykonawcy wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w rozmiarze większym, niż jest to adekwatne do konkretnego zamówienia.
- Należy odróżnić w sposób dychotomiczny warunki udziału w postępowaniu, gdyż określają one art. 22, 23 i art. 26 Pzp, od opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Przepisy art. 48 ust. 2 pkt 6 i 10 Pzp nie zakazują w jednakowy sposób dokonywać oceny wniosków wykonawców, którzy posiłkują się zasobami podmiotów trzecich. Ustalenie zasad oceny należy tylko i wyłącznie do zamawiającego. Prawidłowe określenie oceny spełniania warunków i nadanie warunkom ma znaczenie dla zakwalifikowania przez zamawiającego wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert. Ze względu na fakt, że liczba wykonawców składających wnioski na ogół jest większa, niż liczba później zaproszonych do składania ofert wykonawcą, zamawiający w ogłoszeniu winien sprecyzować, spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie ich w większym lub mniejszym stopniu. Czymś innym jest zatem spełnienie warunków udziału w postępowaniu od dokonania oceny wniosków i nadania im konkretnej kolejności, pod warunkiem, że w ogłoszeniu poda się sposób i kryteria oceny.
- Wskazana wykładnia art. 26 ust. 2b Pzp może być także wzmocniona względami celowościowymi. Przepis ten został wprowadzony do porządku prawnego Pzp na mocy art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.

1591) z dnia 22 grudnia 2009 r. Jak wynika z motywów legislacyjnych przepis ten wprowadzono celem umożliwienia większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie przepis ten wdrażał postanowienia art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 Dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Z treści Dyrektywy nie wynika, że wykazanie zdolności ekonomicznych bądź technicznych może nastąpić tylko i wyłącznie na potrzeby wykazania podstawowych warunków, od których uzależnione jest uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu. W obu przepisach „zasoby niezbędne” to takie, które według oceny zamawiającego warunkują wykonanie przez wykonawcę przedmiotu obejmującego zamówienie publiczne.

- Ustawodawca w całej ustawie Pzp posługuje się jednym pojęciem „warunki udziału w postępowaniu” bez rozróżnienia na warunki minimalne i dalsze warunki punktowane. Skoro przyjęto postanowienia dyrektywy i nie wprowadzono w art. 26 ust 2b Pzp żadnych ograniczeń co do zakresu powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich w każdym z postępowań przetargowych objętych prawem zamówień publicznych, to nieuprawnione jest wprowadzanie dodatkowych, niewyrażonych w powołanym przepisie ani w ogłoszeniu o zamówieniu ograniczeń uprawnień wykonawcy.

Podsumowując, w orzecznictwie Izby konkurują dwa poglądy prawne wynikające przede wszystkim z braku rozróżnienia pojęcia „warunki udziału w postępowaniu” w ramach podstawowych wymagań zamawiającego stawianych wykonawcom na potrzeby udziału w postępowaniu, a w celu oceny kwalifikacji wykonawców w celu zapewnienia konkurencji pomiędzy najlepszymi wykonawcami. Ułomność takiej konstrukcji prawnej ujawniła się po wprowadzeniu przez ustawodawcę instytucji udostępnienia zasobów przez inny podmiot. Instytucja udostępnienia zasobów miała umożliwić wykonawcom, którzy nie spełniają samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, ale mogą korzystać z potencjału innych podmiotów np. w ramach holdingu, grupy kapitałowej, udział w postępowaniu bez konieczności wspólnego ubiegania się o zamówienie. Jednak prekwalfikacja wykonawców przy postępowaniach etapowych ma prowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców wyłącznie do tych, którzy posiadają najlepszą wiedzę i doświadczenie, najlepszy sprzęt czy najbardziej wykwalifikowaną kadrę, tym samym nie chodzi tu o dostęp do zamówienia na poziomie podstawowym, ale konkurencję najlepszych podmiotów. Z tego względu

dopuszczenie do składania ofert wykonawców, którzy sami nie są najlepsi, ale przez posługiwanie się cudzymi zasobami przechodzą prekwalfikację budzi wątpliwości i prowadzi do interpretacji art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 i 60d ust. 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 2b ustawy z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru art. 26 ust. 2b ustawy oraz użytego w nim pojęcia niezbędnych zasobów. W orzecznictwie sądów okręgowych wykształcił się jednolity kierunek wykładni oparty o wykładnię językową, a więc dopuszczającą posługiwanie się potencjałem innego podmiotu na potrzeby prekwalfikacji art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 i 60d ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy, co niewątpliwie będzie brane pod uwagę przez Izbę przy rozstrzyganiu analogicznych spraw w kolejnym roku.

#### **IV.3. Skutki uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania**

Przepisy art. 186 ust. 2-4 ustawy, w zestawieniu z normami art. 186 ust. 6 dotyczącymi kosztów postępowania odwoławczego ponoszonymi przez strony w opisanych w przepisie przypadkach, wyczerpują właściwie całość regulacji ustawowej w przedmiocie instytucji uwzględnienia odwołania wniesionego do Izby. Przy czym zaznaczyć należy, iż waga i znaczenie ww. rozwiązań prawnych związane są z ich bezpośrednim wpływem na kształt i przebieg postępowania odwoławczego, a także na rozkład ponoszonych w jego trakcie kosztów (uwzględnienie odwołania niejako zastąpiło występującą uprzednio w ramach środków ochrony prawnej instytucję uwzględnienia protestu wykonywaną w postępowaniu reklamacyjnym toczącym się pomiędzy stronami bez ingerencji władzy publicznej i bez kosztów ponoszonych przez jego uczestników). Natomiast w trakcie omawianego w niniejszej *Informacji* okresu, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaznaczyły się co najmniej dwie doniosłe kwestie związane z interpretacją i stosowaniem ww. przepisów: (1) wykonanie przez zamawiającego czynności zgodnie/niezgodnie z żądaniami uwzględnionego w całości odwołania, (2) częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w trakcie roku 2012 Izba wielokrotnie stawiała przed koniecznością odpowiedniego zinterpretowania norm sformułowanych w przepisach art. 186 ust. 2 i 3 ustawy (*in fine*) i utrzymania jednolitego orzecznictwa w tym zakresie. Wskazane regulacje ustawowe stanowią, iż w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania i umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Nie wymaga dodatkowego omówienia notoryjny fakt, iż w wielu wypadkach zamawiający uwzględniają odwołania w sposób nieprzemyślany i błędny – np. w związku z brakiem czasu na weryfikację zarzutów, w obawie poniesienia kosztów postępowania odwoławczego, czy w związku z zaistnieniem szeregu innych, pozamerytorycznych okoliczności tego typu. Po czym uchylają się od wykonania czynności w sposób wskazany w żądaniach uwzględnionego odwołania.

Tymczasem, w związku z dosłownym brzmieniem przepisów wskazującym na obowiązek zamawiającego wykonania określonych czynności w postępowaniu, zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 (*in fine*) był często formułowany w odwołaniach wnoszonych przez wykonawców, a także stawał się podstawą prawną dla formułowanych w tym zakresie żądań. W przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a następnie wykonania przez zamawiającego czynności nowych lub powtórzonych niezgodnie z żądaniem odwołania, odwołujący żądali nakazania zamawiającemu wykonania żądań odwołania uprzednio uwzględnionego w sposób wskazany w dyspozycji ww. przepisów tylko w oparciu o tę normę, nie powołując w tym zakresie żadnych dodatkowych zarzutów (dotyczących niezgodności czynności zamawiającego z innymi materialnymi normami Pzp odnoszącymi się do postępowania o udzielenie zamówienia). Niejednokrotnie, w przypadku niezasadnego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, uwzględnienie żądań ponownego odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy, prowadziłoby do nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Konieczne stało się więc odejście w orzecznictwie od samonarzucającej się w tym zakresie, literalnej wykładni ww. przepisów oraz taka ich wykładania i zastosowanie, które uwzględnią cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego.

I tak, w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 217/12), Izba wyraziła pogląd o niedopuszczalności zadośćuczynienia żądaniom uwzględnionego odwołania, gdyby prowadziło to do niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Również według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2296/12), pomimo stwierdzenia, że fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania nie budzi żadnych wątpliwości, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. Także w wyroku z dnia 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2804/12) Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołując się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości,

a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu.

Jak wynika z powołanego orzecznictwa, czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, a tym samym orzekaniu Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie. Jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, takiej kontroli podlegać nie będą – odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Samo wskazanie w przepisie art. 186 ust. 3, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze środków ochrony prawnej. Przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny, niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 3 Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą (i w jego sferze wywołuje skutki prawne), nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. W takim ujęciu ograniczenie się do literalnej wykładni art. 186 ust. 2 i 3 dokonywanej przez odwołujących łączyłoby się zatem z naruszeniem innych przepisów ustawy.

W podsumowaniu przyjąć więc można, iż w orzecznictwie Izby przesądzano, że przepisy art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, nie stanowią i nie mogą stanowić samoistnej, materialnoprawnej podstawy do nakazania zamawiającemu wykonania czynności zgodnie z żądaniami uprzednio uwzględnionego odwołania. Podkreślono natomiast ich znaczenie

w zakresie środków ochrony prawnej – w przypadku wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania. W takiej sytuacji odwołania były odrzucane na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy (np. postanowienie Izby z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2450/12).

Powyższe może posłużyć jako przykład udanego łagodzenia przez orzecznictwo literalnej treści przepisu, wskazującej na wykonywania czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania.

Odmienne przedstawia się natomiast kwestia wypełnienia luk prawnych związanych z brakiem przewidzenia i wskazania w ustawie instytucji częściowego uwzględnienia odwołania i opisanie w przepisach jego skutków.

W tym miejscu należy przedstawić poruszane w orzecznictwie Izby zagadnienie procesowego znaczenia uwzględnienia przez zamawiającego jedynie części zarzutów odwołania – jego wpływu na zasadniczy kształt zapadającego w wyroku rozstrzygnięcia (uwzględnienia bądź oddalenia odwołania), a tym samym wpływu na rozstrzygnięcie o kosztach ponoszonych przez działające w postępowaniu odwoławczym strony. Przepisy regulujące koszty postępowania odwoławczego nie rozróżniają bowiem sytuacji pośrednich, tj. innych niż uwzględnienie odwołania w całości, sprzeciw od uwzględnienia w całości odwołania, a w konsekwencji zniesienie lub zasądzenie całości kosztów postępowania od jednej strony w przypadku umorzenia, oddalenia lub uwzględnienia odwołania przez Izbę.

Przed omówieniem stanowisk wyrażanych w tym zakresie w orzecznictwie, należy podkreślić różnice i odrębności stanów faktycznych będących przedmiotem oceny w wyrokach Izby. Szczególnie sytuację, w której zamawiający, uwzględniając część zarzutów odwołania, jednocześnie powtarza (koryguje) czynności, których odwołanie dotyczy, i po drugie sytuację, w której jedynie oświadcza, iż uznaje część zarzutów odwołania i deklaruje, że powtórzy w tym zakresie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do pierwszej z ww. sytuacji, w zakresie sentencji wyroku i rozstrzygnięcia o kosztach, orzecznictwo Izby w roku 2012 pozostaje jednolite. W związku z potwierdzaną w bieżącym orzecznictwie (np. wyrok z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt KIO 2037/12, KIO 2047/12, wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2628/12), a także opisywaną w *Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2011*, możliwością autokorekty przez zamawiającego niezgodnych z prawem czynności, w przypadku faktycznego dokonania takich korekt przez zamawiającego, ich skutki procesowe rozpatrywane są w świetle art. 192 ust. 2 Pzp. Niezależnie od zasadności

zarzutów dotyczących danej czynności, w przypadku jej uprzedniego skorygowania przez zamawiającego, Izba oddala odwołania w związku z brakiem wpływu danego naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania (tak np. wyrok z dnia 27 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1710/12).

Natomiast w orzecznictwie niejednoznacznie jest oceniane znaczenie tzw. deklaratoryjnego uwzględnienia części zarzutów odwołania bez wykonania czy powtórzenia związanych z zarzutami czynności zamawiającego. Przedmiotem kontrowersji w tym zakresie jest szczególnie procesowe znaczenie tego typu oświadczenia zamawiającego.

Ponadto wątpliwości budzi wynikający z regulacji art. 186 ust. 2 i 3 Pzp dopuszczalny zakres oceny przez Izbę skuteczności oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu całości zarzutów odwołania ze względu na jednocześnie wyrażony przez zamawiającego, odmienny stosunek do żądań odwołania lub postawę procesową zamawiającego przeczącą oświadczeniu w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Powyższe sprowadza się do kontrowersji w przedmiocie możliwości odmówienia przez Izbę umorzenia postępowania odwoławczego, pomimo wyraźnej deklaracji zamawiającego, iż zarzuty odwołania uwzględnia i w konsekwencji obciążenia zamawiającego kosztami w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę.

Na przykład w postanowieniu z dnia z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2226/12), uznano, iż dla umorzenia postępowania zasadnicze znaczenie ma fakt wyrażenia przez zamawiającego niebudzącego wątpliwości oświadczenia woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Natomiast w wyroku z dnia 22 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2080/12, KIO 2085/12), Izba uznała, że zamawiający nie dokonał uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania, pomimo złożonego oświadczenia takiej treści. Argumentacja i stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie, a przede wszystkim argumentacja w zakresie wnioskowanych dowodów i ich roztrząsanie, doprowadziły Izbę do przekonania, że zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania jedynie kierując się względami strategii przyjętej na potrzeby postępowania odwoławczego, w szczególności w zakresie kosztów postępowania. W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie uwzględnił wszystkich zarzutów odwołania, zaś wniesiony przez przystępującego sprzeciw oceniła jedynie jako stanowisko procesowe przystępującego

nakierowane na oddalenie odwołania. Nie zaistniały zatem okoliczności, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy, a w konsekwencji nie znalazł zastosowania art. 186 ust. 4 ustawy.

Również w wyroku z dnia 3 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 120/12, KIO 147/12), odmówiono skuteczności oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w związku z wdaniem się przez zamawiającego w merytoryczny spór z zarzutami odwołania. W konsekwencji odwołanie uwzględniono, a jego kosztami obciążono zamawiającego.

Zasadniczy podział w stanowisku Izby w przedmiocie zastosowania art. 186 Pzp zarysowuje się w odniesieniu do zakresu zarzutów mogących stanowić podstawę wydawanego rozstrzygnięcia, tj. w przedmiocie orzekania o części zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.

Skutki częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, jak też dodatkowo istotna kwestia możliwości wniesienia częściowego sprzeciwu względem częściowego uwzględnienia odwołania, stanowiły przedmiot rozważań Izby poczynionych w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 510/12). W rozpatrywanych w ww. wyroku okolicznościach faktycznych sprawy, zakreślając granice rozpoznania zarzutów odwołania, Izba wzięła pod uwagę ich częściowe uwzględnienie przez zamawiającego w zakresie dotyczącym zasadności odrzucenia oferty odwołującego, a także fakt wniesienia przez przystępującego częściowego sprzeciwu w zakresie obejmującym uwzględnione zarzuty. W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty uwzględnione przez zamawiającego, względem których spór pomiędzy jakimikolwiek uczestnikami postępowania nie występuje, należy pozostawić bez rozpoznania, a wniesienie sprzeciwu względem częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania jest dopuszczalne.

Izba wskazała tu m.in., że przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Nie odnoszą się jednak odrębnie do takiej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie określają także w szczególności sposób konsekwencji procesowych decyzji zamawiającego o uwzględnieniu niektórych zarzutów odwołania (uwzględnienie odwołania w części). Ustawodawca natomiast w sposób szczegółowy wskazał na skutek procesowy (umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę), gdy zamawiający w całości uwzględni zarzuty odwołania (art. 186 ust. 2-4 Pzp). Zgodnie z powołanymi przepisami zamawiający może uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co powinno skutkować – jeśli nie zostanie wniesiony sprzeciw – umorzeniem postępowania przez Izbę. Nie jest znana ustawie instytucja częściowego umorzenia postępowania. W praktyce jednak – podobnie jak w niniejszej sprawie – zamawiający



uwzględniają jedynie część zarzutów odwołania. Przy czym Izba wskazała tu na możliwe, różne oceny konsekwencji takiej czynności

Jak stwierdzono dalej, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie zamawiającego lub odwołującego). Według stanowiska składu orzekającego wyrażonego w ww. uzasadnieniu, w sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba – jak już wyżej wskazano – nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, jednak orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie *ratio legis* ustawy. W sytuacji, gdy zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględnia choćby częściowo zarzuty odwołania, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, co do których między stronami istnieje spór. Inna interpretacja ustawy, w szczególności uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu, co do prawidłowości czynności (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Zatem w sytuacji, gdy na moment zamknięcia rozprawy, spór między stronami nie istnieje, zarzuty w tym zakresie w odwołaniu podnoszone należy pozostawić bez rozpoznania.

W konkluzji ww. rozważań stwierdzono, iż konsekwencją przyjętego stanowiska jest przyjęcie, że rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie zarówno w sentencji orzeczenia, jak i adekwatnie, w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Przedmiotem oceny Izby była w zastanych okolicznościach sprawy (sygn. akt KIO 510/12) również kwestia sprzeciwu przystępującego względem częściowego uwzględnienia odwołania – wniesienie takiego sprzeciwu zostało uznane za dopuszczalne i skuteczne. Izba konstatawała, że przepisy ustawy nie odnoszą się wprost do instytucji sprzeciwu od uwzględnienia odwołania w części – ustawa reguluje w sposób szczegółowy instytucję uwzględnienia zarzutów odwołania w całości oraz wniesienie sprzeciwu od tej czynności przez przystępującego po stronie zamawiającego, jak również skutki procesowe tych czynności (art. 186 ust. 2-4 Pzp). Niemniej jednak za nieuzasadniony uznano wniosek,

że na gruncie ustawy dokonanie takiej czynności przez przystępującego jest nieuprawnione i nie wywiera skutków prawnych.

Ponadto, uniemożliwienie przystępującemu zgłoszenia sprzeciwu co do częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, prowadziłoby do pozbawienia go możliwości obrony jego praw i interesów sprowadzających się do utrzymania pierwotnej decyzji zamawiającego. Odmówienie mu możliwości zakwestionowania decyzji zamawiającego o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, nie daje się pogodzić z celem art. 186 Pzp, według którego przystępujący po stronie zamawiającego, w którego interes decyzja uwzględniająca zarzuty odwołania godzi, taką ochronę powinien uzyskać.

W konsekwencji Izba, powołując się na wykładnię celowościową art. 186 Pzp, doszła do przekonania, że w sytuacji częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania skutkującego negatywnymi konsekwencjami dla przystępującego, wykonawca ten był uprawniony do wniesienia częściowego sprzeciwu. Przyjęcie innej interpretacji oznaczałoby, że przystępujący, mimo iż działał z należytą starannością w toku postępowania odwoławczego, nie miałby żadnej możliwości, aby chronić swój interes, co z pewnością nie było zamiarem racjonalnie działającego ustawodawcy. Przy czym w związku z faktem, iż decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była według przystępującego prawidłowa, zatem prawo wniesienia odwołania od tej czynności (odrzućenia oferty) mu nie przysługiwało. Przystępujący nie mógłby także prezentować swojego stanowiska w niniejszym postępowaniu odwoławczym, gdyż czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp (art. 185 ust. 5 Pzp). Zatem warunkiem przedstawienia przez przystępującego stanowiska przeciwnego do zamawiającego w zakresie dotyczącym oferty odwołującego było wniesienie sprzeciwu. Również w takim przypadku, w związku z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp przystępujący nie mógłby wnieść odwołania względem czynności wykonanych zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania. Wskazany przepis dotyczący odrzucenia odwołania nie odnosi się tylko do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, lecz posługuje się pojęciem „uwzględnienia zarzutów odwołania”, zatem także uwzględnienia częściowego.

Natomiast w tej sytuacji o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238), w sposób następujący: *Jak wynika z powołanych przepisów Izba, w przypadkach nieuregulowanych w sposób odmienny, orzeka o kosztach postępowania*

uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zatem, wobec uwzględnienia przez Izbę zarówno zarzutów odwołania rozpoznanych w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego [...], jak i prawie wszystkich pozostałych zarzutów odwołania, Izba obciążyła kosztami określonymi w § 3 pkt 1 (wpis w wysokości 15 000 zł) oraz 2 b) (wynagrodzenie pełnomocników wg załączonej do akt sprawy faktury – w maksymalnej wysokości 3 600 zł) powołanego rozporządzenia, przystępującego [...] oraz zamawiającego w częściach równych.

Również w wyroku z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2438/12, Izba uznała, iż wobec uwzględnienia przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy części zarzutów odwołania (zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zadeklarował, iż powtórzy ocenę ofert i udostępni odwołującemu oferty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), spór pomiędzy stronami w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy. Według stanowiska wyrażonego w ww. orzeczeniu, skoro ustawodawca nie zakazał zamawiającemu w trakcie postępowania odwoławczego uwzględniania części zarzutów odwołania, to tym samym zamawiający nie może być „karany” za dokonanie takiej czynności, co często dalszy spór pomiędzy stronami czyni bezprzedmiotowym. Tym samym jeżeli zamawiający przed otwarciem rozprawy uznaje część zarzutów podniesionych w odwołaniu, to za podstawę orzekania winny być przyjęte tylko te zarzuty, które są nadal przedmiotem sporu. Żaden przepis Pzp nie nakłada na Izbę obowiązku rozpoznawania zarzutów, co do których spór pomiędzy stronami na skutek określonych czynności zamawiającego podjętych przed otwarciem rozprawy *de facto* wygaś. Dlatego też przyjmowanie za podstawę orzeczenia Izby zarzutów uwzględnionych przed rozprawą przez zamawiającego należy uznać za sprzeczne z celem art. 191 ust. 2 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby stwierdził, że z chwilą uznania przez zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to, że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów, Izba biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży zamawiającego.

Natomiast odmienne stanowisko niż w wyżej przytoczonych wyrokach zajęła Izba w wyroku z dnia z dnia 28 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2482/12). W uzasadnieniu ww. wyroku wskazano, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego, ani pominięcia rozpoznania i orzeczenia

o zarzutach, które odwołujący postawił i cały czas popiera. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym takim przypadku wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp, która stanowi, iż w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba związana zasadą legalizmu orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach. Generalnie więc negatywnie należy odnieść się do stosowania przepisów proceduralnych i kompetencyjnych jedynie *per analogiam*, szczególnie w celu kreowania nieznanych ustawie instytucji procesowych lub wyprowadzania z danych czynności skutków, których przepisy nie przewidują.

Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego uznania zasadnych zarzutów odwołania, poza znaczeniem w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów (przyznania okoliczności procesowo istotnych dla stwierdzenia zasadności zarzutów), nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy. A przyznanie tego typu zostanie uwzględnione przez Izbę w trakcie orzekania, o ile nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej ustawie, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów (w tym kontekście i znaczeniu, uznanie poszczególnych zarzutów odwołania podobne jest raczej do prawno-karnego przyznania się do popełnienia zarzucanego czynu, niż cywilnego uznania powództwa).

Dodatkowo wskazano, iż skoro uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego, nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp), dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę i nakazanie dokonania stosownych czynności,

spowoduje, iż zamawiający będzie miał obowiązek dokonania zasądzonych żądań odwołania. Deklaratoryjne uznanie części zarzutów (deklaratoryjne w znaczeniu zapowiedzi dokonania stosownych modyfikacji specyfikacji i ogłoszenia zgodnie z żądaniami odwołującego), przy jednoczesnym pominięciu rozstrzygnięcia tych zarzutów przez Izbę i braku zasądzenia związanych z tym żądań, nie gwarantowałoby wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez zamawiającego zarzutów i żądań odwołania, a także wniesienia nowego odwołania względem czynności lub zaniechań czynności, które zamawiający swoim przyznaniem deklarował, a których nigdy nie wykonał ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania w drodze środków ochrony prawnej.

Tożsamy pogląd wyrażono w wyroku z dnia 24 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 302/12), gdzie również wskazano, że ustawa nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego, a Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości lub wycofania odwołania przez odwołującego. Natomiast żadne przepisy ustawy nie zwalniają Izby z obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziszczyły się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 Pzp (odrzuć odwołania) i które nie zostały wycofane przez odwołującego. W konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów kwalifikować należy jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Tym samym powyższe nie stoi na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu uwzględnionych zarzutów i uczynienia ich, w przypadku potwierdzenia się ich zasadności, przedmiotem orzeczenia i sentencji.

Kwestię dopuszczalności wniesienia wskazanego wyżej, tzw. częściowego sprzeciwu, tj. sprzeciwu względem uwzględnienia części zarzutów odwołania poruszono również w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12 – oceniając to zagadnienie odmiennie niż w wyroku KIO 510/12.

W przywołanym uzasadnieniu wskazano, iż w rozpatrywanych sprawach zamawiający uwzględnił częściowo odwołania, a wobec tego uwzględnienia wykonawcy którzy odpowiednio złożyli przystąpienia w tych sprawach, wnieśli sprzeciwy. Izba uznała, iż ww. czynność zamawiającego nie stanowi uwzględnienia odwołań, o którym mowa w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, bowiem we wskazanych przepisach mówi się o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania. Fakt uznania niektórych zarzutów odwołań i podzielenia

zawartej w nich argumentacji – nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, o którym traktuje art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, od czego przysługiwałoby wykonawcom, którzy złożyli przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego prawo złożenia sprzeciwów (takie sprzeciwy, z ostrożności procesowej, w razie uznania za dopuszczalne częściowego uwzględnienia zarzutów ze skutkiem określonym w przepisach art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, złożyli).

Według wyrażonego dalej stanowiska, okoliczność przyznania przez zamawiającego zasadności niektórych zarzutów nie oznacza, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest takim stanowiskiem zamawiającego związana. Przyznane zarzuty podlegały rozpatrzeniu w pełnym zakresie oraz ich ocenie pod kątem zgodności z prawem. Odmienne ocena w tej mierze naruszałaby prawa wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – którzy w takim wypadku nie mieliby możliwości zwalczania zarzutów naruszających ich interesy, wobec braku możliwości złożenia sprzeciwu, co do takiego częściowego uwzględnienia odwołania. W razie odmiennej oceny skutków uwzględnienia części zarzutów odwołania, niezbędnym byłoby przyjęcie dopuszczalności złożenia w tym zakresie sprzeciwów przez wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, co prowadzi do tego samego skutku, w postaci obowiązku rozpatrzenia podniesionych zarzutów.

Konsekwentnie uznano, że wykonawcom, którzy złożyli przystąpienia po stronie zamawiającego w sprawach, w których zamawiający podzielił część zarzutów odwołań, przysługuje możliwość prezentowania stanowiska odmiennego do tego, jakie prezentuje strona, do której złożone zostało przystąpienie. W przeciwnym bowiem wypadku przystępujący pozbawieni zostaliby możliwości obrony w postępowaniu, co jest szczególnie dolegliwe w zakresie zarzutów kierowanych wobec ich sytuacji (zarzuty dotyczące wykluczenia tych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert), gdzie wykonawca nie ma innej, aniżeli przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, prawnej ścieżki obrony swojej pozycji w postępowaniu. Jakkolwiek bowiem przepis art. 185 ust. 5 ustawy przewiduje, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, to przy braku możliwości złożenia sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, koniecznym staje się uznanie możliwości prezentowania przez wykonawcę, który przystąpił

do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stanowiska odmiennego od tego, w którym zamawiający przyznaje zarzuty w zakresie godzącym w interes przystępującego.

Również w zakresie orzekania o kosztach postępowania w ww. wyroku nie uwzględniono faktu złożenia „częściowych sprzeciwów” wobec uwzględnienia przez zamawiającego niektórych zarzutów w odwołaniach. Mimo że zarzuty w powyższym zakresie się potwierdziły, co oznacza że zamawiający trafnie podzielił stanowiska odwołujących, co mogłoby mieć znaczenie dla obciążenia kosztami przystępujących, którzy prezentowali stanowiska odmienne i złożyli sprzeciwy wobec uwzględnienia części zarzutów, gdyby dotyczyło to uwzględnienia całości zarzutów odwołań. Przepisy ustawy, a także rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, nie przewidują jednak obciążenia kosztami postępowania wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w innej sytuacji, aniżeli złożenie sprzeciwu w razie uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania ani rozstrzygnięcia o kosztach na zasadzie słuszności, stosownie do tego, czy zamawiający albo wykonawca dał powód do prowadzenia sporu w danym zakresie.

Jak wynika ze zreferowanych powyżej uzasadnień orzeczeń Izby, w związku z kazuistyką przepisów dotyczących kosztów, oraz *numerus clausus* instytucji procesowych, do których w świetle obowiązujących przepisów koszty postępowania zostały przypisane, zasadniczym problemem stron postępowania odwoławczego oraz wyzwaniem stojącym przed orzecznictwem, pozostaje kwestia rozkładu kosztów postępowania, w sytuacji wniesienia odwołania, na które składają się pospołu zasadne i niezasadne zarzuty (i takie żądania). Właśnie dla racjonalizacji orzekania w sprawie odwołań tego typu, przy których jednocześnie strony wykazują pełną dobrą wolę osiągnięcia porozumienia w sprawie czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, w orzecznictwie Izby wypracowano instytucję umorzenia postępowania bez obciążania kosztami jego uczestników – w przypadku częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i niepodtrzymywania przez odwołującego zarzutów nieuwzględnionych. Przyjmowane jest w takiej sytuacji, iż *de facto* nastąpiło uwzględnienie odwołania w całości, a koszty postępowania na podstawie adekwatnych przepisów zostają zniesione. Dla przykładu można wskazać tutaj postanowienie Izby z dnia 23 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 64/12) oraz postanowienie z dnia 21 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 284/12).

W świetle omówionych wyżej zagadnień związanych z interpretacją i zastosowaniem przepisów art. 186 Pzp, w podsumowaniu tej części *Informacji*, należy wskazać, iż w odniesieniu do niektórych z nich, takich jak np. brak regulacji prawnej częściowego

uwzględnienia odwołania i rozkładu kosztów z tym związanych, satysfakcjonujące wypełnienie tego typu luk prawnych przez jakiegokolwiek orzecznictwo wydaje się niemożliwe. Należy w tym zakresie postulować raczej interwencję ustawodawcy, niż *de facto* prawotwórczą rolę orzecznictwa.

#### **IV.4. Charakter orzeczenia sądu okręgowego wydanego w postępowaniu skargowym**

Przed wejściem w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), to jest przed dniem 24 października 2008 r., sporadycznie występowały sytuacje, w których sądy okręgowe rozpoznające skargi na orzeczenia Izby uchylały orzeczenia Izby i przekazywały sprawę do ponownego rozpoznania przez Izbę, mimo tego, że ustawa nakładała na sądy obowiązek orzeczenia co do istoty sprawy. Po nowelizacji dodano do art. 198 ust. 2 ustawy (obecnie art. 198 lit. f ust. 2 zd. 3 ustawy) normę, że przepisu art. 386 § 4 Kpc nie stosuje się. W uzasadnieniu projektu rządowego (druk nr 471) wskazano, że przewidziana w projekcie zmiana w art. 198 ust. 2, polegająca na określeniu, że sąd w przypadku uwzględnienia skargi zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie, przy czym nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 Kpc, służy zapewnieniu jednolitości orzeczeń wydawanych przez sądy w sprawach wszczętych wniesieniem skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jednocześnie zmiana ta jest spójna z przepisem art. 191 ust. 1 ustawy w zakresie rodzajów rozstrzygnięć podejmowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wprowadzenie zastrzeżenia o braku możliwości stosowania przez sądy art. 386 § 4 Kpc wynika z potrzeby jednoznacznego wyeliminowania możliwości przekazywania przez sądy okręgowe spraw do ponownego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sytuacji braku merytorycznego rozpatrzenia odwołania przez Izbę. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują trybu ponownego rozpoznania odwołania przez Izbę. Zdarzają się jednak przypadki, że niektóre sądy okręgowe, korzystając z ogólnego odesłania w ustawie Pzp do stosowania przy rozpoznawaniu skarg na orzeczenia Izby przepisów Kpc o apelacji, opierają się o art. 386 § 4 Kpc i wydają orzeczenia o przekazaniu sprawy do ponownego rozpatrzenia, gdy sprawa nie była rozpatrywana przez Izbę merytorycznie. Niezbędne jest zatem jednoznaczne wyeliminowanie dopuszczalności takiego rozstrzygnięcia.

Po tej nowelizacji i w świetle powyższego uzasadnienia wydawało się, że ustawodawca jednoznacznie rozstrzygnął, że rozpoznaniu przez sąd okręgowy w ramach postępowania skargowego podlegają zarówno postanowienia wydawane przez Izbę, jak i wyroki, i w każdym z tych przypadków sąd okręgowy uwzględniając skargę zmienia



orzeczenie (zarówno wyrok, jak i postanowienie) i rozstrzyga wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. Ujawniony w uzasadnieniu projektu cel ustawodawcy wskazywał przede wszystkim na brak możliwości wydania orzeczenie uchylającego postanowienie Izby nierozpoznającego istoty sprawy, bez jednoczesnego rozpoznania przez sąd okręgowy tej istoty. Jednakże praktyka orzecznicza wskazała na to, że wyłączenie jedynie art. 386 § 4 Kpc przy postępowaniu skargowym, nie uwzględniło wszystkich możliwych rozstrzygnięć wydawanych przez sądy okręgowe w oparciu o stosowane w postępowaniu skargowym odpowiednio przepisy Kpc o apelacji. Wskazuje na to postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 27 lipca 2011 r. (sygn. akt V Ga 87/11), którym Sąd postanowił uchylić postanowienie Izby z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1179/11) i nie obciążać stron kosztami postępowania odwoławczego. Zaskarżonym postanowieniem Izba odrzuciła odwołanie wykonawcy z uwagi na uchybienie terminu na wniesienie odwołania. Sąd Okręgowy doszedł do odmiennych ustaleń i zważył, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu, ale nie rozpoznał istoty sprawy. Sygnalizowanie powyższego problemu orzeczniczego w informacji rocznej za rok 2012 jest uzasadnione faktem, iż dopiero w styczniu 2012 r. Izba miała możliwość zapoznania się z wykładnią postanowienia Sądu Okręgowego w Olsztynie. Odwołujący złożył bowiem wniosek o wykładnię przedmiotowego postanowienia i wykładnia taka została dokonana przez Sąd w dniu 6 grudnia 2011 r., zaś treść postanowienia w tym zakresie została doręczona do Izby w dniu 5 stycznia 2012 r.

Z uzasadnienia postanowienia z dnia 6 grudnia 2011 r. Sądu Okręgowego w Olsztynie wynika, że ani orzeczenie Izby (sygn. akt KIO 1179/11), ani orzeczenie Sądu z dnia 27 lipca 2011 r. nie dotyczą meritum sprawy, a jedynie spraw formalnych. Zdaniem Sądu, postać orzeczenia sądowego przez zwrot „uchylić zaskarżone postanowienie” wskazuje, że jest to orzeczenie reformatoryjne (zmieniające), a nie kasatoryjne (uchylające do ponownego rozpoznania). Sąd wskazał, że nie zastosował art. 386 § 4 Kpc, gdyż ten dotyczy apelacji, a dla potrzeb postępowania zażaleniowego przepisy o postępowaniu apelacyjnym stosuje się odpowiednio (art. 397 § 2 Kpc). Uchylenie postanowienia Izby będącego rozstrzygnięciem formalnym nie ma, zdaniem Sądu, charakteru kasatoryjnego, a reformatoryjny i obowiązkiem Izby będzie merytoryczne rozpoznanie odwołania, albowiem nie będzie czyniła tego ponownie, lecz po raz pierwszy.

W wyniku takiej wykładni postanowienia odwołujący wniósł o rozpoznanie przez Izbę odwołania, a także o skorzystanie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z możliwości zaskarżenia przedmiotowego postanowienia skargą kasacyjną. Zarówno UZP, jak i Prezes Krajowej Izby Odwoławczej prezentowali stanowisko zgodne z przedstawionym

wyżej uzasadnieniem projektu rządowego, iż przepisy ustawy nie przewidują możliwości rozpoznania przez Izbę odwołania po uchyleniu orzeczenia Izby przez sąd okręgowy, ani możliwości wznowienia postępowania. Podobne stanowisko zaprezentował także profesor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie – dr hab. Ryszard Szostak w opinii prawnej z 25 listopada 2012 r. na temat charakteru rozstrzygnięcia sądowego zapadłego wskutek rozpoznania skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący nie podzielił powyższej argumentacji i zawiązał Izbę do próby ugodowej przed Sąd Rejonowy dla Warszawy – Mokotowa (sygn. akt II Co 2772/12). Postępowanie sądowe z zawiązania spowodowało ujawnienie się zmiany poglądu Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie możliwości rozpoznania przez Izbę odwołania w sytuacji uchylenia postanowienia Izby przez sąd II instancji. W piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Prezes Urzędu zajął stanowisko, zgodnie z którym w świetle dokonanej przez Sąd Okręgowy w Olsztynie wykładni postanowienia z 27 lipca 2011 r., przedmiotowe postanowienie winno – stosownie do art. 365 § 1 w związku z art. 391 § 1 Kpc i w związku z art. 198 a ust. 2 ustawy skutkować rozpoznaniem odwołania wniesionego w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 1179/11.

Stanowisko to jednak pomija odrębny charakter postępowania odwoławczego przez Izbą, do którego nie mają zastosowania przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w szerszym zakresie, niż wynika to z dyrektywy art. 185 ust. 7 ustawy, a więc części Kpc o sądzie polubownym (arbitrażowym). Nadto brak jest oceny skutków prawnych dla wykonawcy wdrożenia prezentowanego przez Prezesa Urzędu stanowiska, a to w świetle art. 179 ust. 1 i art. 192 ust. 2 w związku z art. 191 ust. 1 ustawy, z mocy których odwołanie podlega oddaleniu, jeśli wykonawca nie ma lub nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a także odwołanie podlega oddaleniu nawet w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli to naruszenie nie miało lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania dodatkowo w sytuacji, gdy Izba ma wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, który na obecnym etapie jest taki, że umowa o zamówienie publiczne została zawarta z innym wykonawcą i wykonana.

Wskazane rozbieżności w zakresie interpretacji art. 198 lit. f ustawy w orzecznictwie sądu okręgowego, stanowisku Izby oraz przedstawicieli doktryny i organu administracji państwowej wskazują na istotny problem dotyczący działalności Izby, który może skutkować w przyszłości podnoszeniem roszczeń odszkodowawczych wobec Skarbu Państwa. Jako postulat *de lege ferenda* zgłosić należy wyłączenie stosowania art. 386 Kpc w całości w zakresie sposobów rozstrzygania postępowań skargowych przez sądy okręgowe. Uregulowanie art. 197f jest uregulowaniem kompleksowym, a zatem z mocy art. 198a ust. 2

ustawy brak jest podstaw do odpowiedniego stosowania przepisów Kpc o apelacji. Tym samym art. 198f ust. 2 zd. 3 powinno brzmieć przepisu art. 386 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

## Podsumowanie

W pięcioletnim okresie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej miały miejsce liczne zmiany przepisów prawa dotyczących zamówień publicznych. Zmiany te wywierały istotny wpływ nie tylko na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, ale także na działalność orzeczniczą Izby dokonującej interpretacji znowelizowanych przepisów oraz na organizację jej pracy i funkcjonowanie. Ujawniały się również, nasilające się szczególnie w roku ubiegłym, przedstawiane w *Informacji*, problemy związane z organizacyjnym usytuowaniem Izby.

Natomiast rok 2012, wolny od znaczących zmian w obowiązujących przepisach, przyniósł utrzymanie tendencji sygnalizowanej w *Informacji* za rok 2011, tj. systematyczne wypracowywania przez Izbę spójnego podejścia do istotnych zagadnień merytorycznych, jak też utrwalenia przyjętych rozwiązań proceduralnych.

Ponadto w roku 2012 utrzymano krótszy od ustawowego terminu czas rozpoznawania spraw odwoławczych. Taki stan rzeczy z całą pewnością wpływa na efektywność obowiązującego systemu środków ochrony prawnej, co zostało dostrzeżone przez Komisję Europejską, która bardzo wysoko oceniła sprawność polskich procedur odwoławczych.

Wśród zagadnień orzecznich o istotnym znaczeniu w 2012 r. należy wskazać omówione w *Informacji* kwestie związane z wykluczeniem z postępowania wykonawców nierzetelnych oraz wykonawców składających nieprawdziwe informacje. Dla pierwszego z tych zagadnień szczególnie istotny jest zapadły w grudniu 2012 r. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wydany w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r. Wskazany wyrok, mimo jego mocy wiążącej tylko w sprawie, której dotyczyło pytanie prejudycjalne, ma doniosłe znaczenie dla przyszłych orzeczeń dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania, zarówno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 1 tej ustawy w obecnym brzmieniu. Dodatkowo – co istotne – orzeczenie Trybunału potwierdziło status Krajowej Izby Odwoławczej jako sądu w rozumieniu prawa wspólnotowego.