

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2013 r.**

Warszawa 2014 r.

SPIS TREŚCI:

WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW UŻYWANYCH W INFORMACJI.....	5
WPROWADZENIE	7
CZĘŚĆ 1 - OGÓLNA INFORMACJA O FUNKCJONOWANIU KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2013 R.....	9
1. PODSTAWY PRAWNE FUNKCJONOWANIA IZBY	9
2. KRAJOWA IZBY ODWOŁAWCZA W 2013 R. – JEJ SKŁAD OSOBOWY I POZIOM WYNAGRODZENIA CZŁONKÓW IZBY.....	10
3. ORGANY IZBY	11
4. RZECZNIK DYSCIPLINARNY	11
5. DZIAŁALNOŚĆ POZAORZECZNICZA IZBY	11
5.1. <i>Edukacja, szkolenia i współpraca z mediami</i>	<i>11</i>
CZĘŚĆ 2 - DZIAŁALNOŚĆ MERYTORYCZNA IZBY I ZWIĄZANE Z NIĄ DANE STATYSTYCZNE ZA 2013 R.....	13
1. ROZPOZNAWANIE ODWOŁAŃ.....	13
1.1. <i>Statystyka odwołań.....</i>	<i>13</i>
1.2. <i>Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania.....</i>	<i>15</i>
1.3. <i>Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych</i>	<i>15</i>
1.4. <i>Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań.....</i>	<i>15</i>
1.5. <i>Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania</i>	<i>15</i>
1.6. <i>Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa KIO</i>	<i>16</i>
1.7. <i>Rodzaje rozstrzygnięć</i>	<i>17</i>
1.8. <i>Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie</i>	<i>17</i>
1.9. <i>Zdania odrębne</i>	<i>18</i>
1.10. <i>Powołanie biegłego</i>	<i>18</i>
1.11. <i>Prawomocność orzeczeń.....</i>	<i>18</i>
 <i>Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.</i>	 <i>2</i>

1.12.	Terminowość rozpoznawania odwołań	18
1.13.	Ogłaszanie orzeczeń	20
1.14.	Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby	20
2.	ROZPOZNAWANIE WNIOSKÓW O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY	21
3.	ROZPOZNANIE ZASTRZEŻEŃ OD WYNIKÓW KONTROLI PREZESA UZP	22
3.1.	Rodzaje wydanych opinii	22
3.2.	Skargi na podjęte uchwały	23
CZĘŚĆ 3 - DZIAŁALNOŚĆ ORZECZNICZA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ - ZAGADNIENIA PROBLEMOWE		25
1.	WYBRANE PROBLEMOWE ZAGADNIENIA WYNIKAJĄCE Z ORZECZNICTWA IZBY.....	27
1.1.	Konsekwencje wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 w orzecznictwie Izby – art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.....	27
1.2.	Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	31
1.3.	Orzecznictwo dotyczące odbioru i zagospodarowania odpadów.....	34
	Wstęp	34
	Tryb postępowania	35
	Zamówienia wspólne	35
	Specyfikacja istotnych warunków zamówienia	36
	Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu	42
	Kryteria oceny ofert	44
	Etap badania i oceny ofert	45
	Wnioski.....	47
1.4.	Orzecznictwo związane z rynkiem usług pocztowych	48
1.5.	Nielegalne porozumienia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawa odrzucenia oferty	53
1.6.	Skutki upływu terminu związania ofertą i braku zgody na przedłużenie tego terminu jako przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	60
	Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.	3

1.7.	<i>Złożenie nieprawdziwych informacji jako przesłanka wykluczenia w świetle przepisów Dyrektywy klasycznej oraz orzecznictwa sądów okręgowych.....</i>	71
1.8.	<i>Postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przedmiot zarzutów w ramach środków ochrony prawnej rozpoznawanych przez Izbę.....</i>	76
	Umowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.....	76
	Poszukiwanie wzorców kontroli	80
	Argumenty zwolenników oraz przeciwników kreowania przez Izbę postanowień umownych	85
	Nakazanie przez Izbę modyfikacji postanowień projektu umowy	93
	Konkluzja.....	95
2.	WNIOSKI O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY – WYBRANE ZAGADNIENIA	96
2.1.	<i>Odmowa uchylecia zakazu zawarcia umowy.....</i>	97
2.2.	<i>Uchylenie zakazu zawarcia umowy</i>	98
2.3.	<i>Umorzenie postępowania</i>	103
2.4.	<i>Konkluzje.....</i>	103
3.	UCHWAŁY W SPRAWIE ZASTRZEŻEŃ OD WYNIKÓW KONTROLI PREZESA UZP – WYBRANE ZAGADNIENIA	104
	CZĘŚĆ 4 – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDÓW OKRĘGOWYCH W SPRAWACH SKARG WNIESIONYCH NA ORZECZENIA IZBY W 2013 R.	114
	PODSUMOWANIE.....	121
	ZAŁĄCZNIK – WYBRANE ORZECZENIA SĄDÓW OKRĘGOWYCH.....	123

Wykaz ważniejszych skrótów używanych w Informacji

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa 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. Urz. UE. L Nr 134, str. 114)
K.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121)
K.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101)
ustawa Pzp lub Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ostatnie miejsce publikacji zależnie od daty wszczęcia omawianego w danym miejscu postępowania – Dz. U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047 i 1473)
u.c.p.g.	ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399)
rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – zależnie od daty wszczęcia omawianego w danym miejscu postępowania
rozporządzenie w sprawie kosztów	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Krajowa Izba Odwoławcza

rozporządzenie w sprawie regulaminu	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 87, poz. 220)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
TSUE lub Trybunał	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)
TK	Trybunał Konstytucyjny
SN	Sąd Najwyższy
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
SO	sąd okręgowy
Urząd lub UZP	Urząd Zamówień Publicznych
Prezes Urzędu lub Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
specyfikacja lub SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
RIPOK	regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych
PSZOK	punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych

Wprowadzenie

Niniejsza *Informacja* obejmuje swoim zakresem działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.

Pierwsza część *Informacji* dotyczy ogólnych podstaw funkcjonowania Izby w 2013 r., z uwzględnieniem w szczególności podstaw prawnych jej funkcjonowania, realizowanych zadań oraz składu osobowego KIO, a także działalności pozaorzecznicznej związanej m.in. z podnoszeniem kwalifikacji zawodowych oraz z uczestnictwem w wydawniczej działalności UZP.

W części drugiej *Informacji*, dotyczącej funkcji orzeczniczych realizowanych przez KIO, przedstawione zostały dane statystyczne, co do rozpoznawanych odwołań, wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym wydaniem orzeczenia przez KIO oraz zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa UZP, a także skarg wnoszonych na orzeczenia Izby.

Część trzecia *Informacji*, dotyczy merytorycznej działalności Izby, w której przedstawione zostały problemowe zagadnienia, w zakresie których rozstrzygała KIO w 2013 r., i które wymagały odrębnego zaznaczenia w *Informacji*. W tej materii zwrócono uwagę m.in. na znaczenie oraz implikację wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r., którym dokonano wykładni przepisu art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy klasycznej w związku z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, przedstawiając jednocześnie istotne w tym zakresie wskazówki interpretacyjne, oraz na tematykę zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Omówiono również obszernie orzecznictwo dotyczące odbioru i zagospodarowania odpadów i usług pocztowych. Powrócono także do tematu związanego z rażąco niską ceną oraz kwalifikacją nieprawdziwych informacji, których złożenie jest jedną z przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy, a także zwrócono uwagę na kwestie odnoszące się do udostępniania potencjału podmiotu trzeciego i skutków upływu terminu związania ofertą, które to problematyki znalazły odzwierciedlenie także w uchwałach Izby podjętych w okresie sprawozdawczym.

W ostatniej, czwartej części *Informacji* przedstawiona została analiza skarg na orzeczenia Izby, ze szczególnym uwzględnieniem tych skarg, które w 2013 r. były wnoszone – zgodnie z art. 198b ust. 4 Pzp – przez Prezesa UZP.

Informacja została oparta na:

- dokumentacji postępowań odwoławczych i wydanych w ich wyniku orzeczeniach Izby;
- dokumentacji postępowań kontrolnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu, do wyniku których złożono zastrzeżenia rozpoznawane przez Izbę oraz uchwałach Izby dotyczących zastrzeżeń wydanych w tych sprawach;
- dokumentacji postępowań w sprawie rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy;
- skargach na orzeczenia Izby oraz wyrokach sądów okręgowych wydanych w sprawie tych skarg;
- danych statystycznych UZP.

CZĘŚĆ 1 -

Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.

1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana w 2007 r. ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹, jako organ o charakterze stałym, właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych (art. 172-198 ustawy Pzp), jak również do rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym wydaniem orzeczenia przez KIO (art. 183 ust. 2 ustawy Pzp) oraz rozpoznawania zastrzeżeń do wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu (art. 167 ust. 3 i nast. ustawy Pzp).

W wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r.,² TSUE stwierdził, że Izba – jako organ ustanowiony na podstawie ustawy Pzp, mając wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, gdy wykonuje kompetencje w tym zakresie – jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE³. Trybunał w powołanym orzeczeniu, wskazując na fakt, że na podstawie innych przepisów omawiany organ jest również upoważniony do pełnienia funkcji o charakterze konsultacyjnym (opiniodawczym), podkreślił jednocześnie, że te dodatkowe funkcje są bez znaczenia do kwalifikacji KIO jako organu o charakterze sądu.

Warto zwrócić uwagę na nowelizację ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴, której przepisy weszły w życie w dniu 20 lutego 2013 r., służyła przede wszystkim – tak jak podkreślano w uzasadnieniu do projektu tej ustawy – wdrożeniu do polskiego prawa postanowień dyrektywy obronnej 2009/81/WE, koordynującej procedury udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz niektórych postanowień Dyrektywy klasycznej, dyrektywy sektorowej 2004/17/WE i orzecznictwa TSUE.

Wzmiankowana powyżej nowelizacja ustawy Pzp, z uwagi na newralgiczny charakter przedmiotu zamówienia związany z ochroną interesów i bezpieczeństwa państwa, spowodowała ustanowienie w procedurze odwoławczej, podobnie jak w procedurze udzielania zamówień publicznych, reguł specjalnych umożliwiających stworzenie gwarancji

¹Dz.U.2007.82.560.

²Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact.

³Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

⁴Dz. U. poz. 1271.

ochrony informacji niejawnych, których nieuprawnione ujawnienie byłoby co najmniej niekorzystne z punktu widzenia interesów państwa lub mogłoby spowodować szkodę. To z kolei wywołało potrzebę podjęcia, także przez Izbę, działań organizacyjnych umożliwiających zapewnienie gwarancji ochrony informacji niejawnych.

2. Krajowa Izba Odwoławcza w 2013 r. – jej skład osobowy i poziom wynagrodzenia członków Izby.

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby, powoływani i odwoływani przez Prezesa Rady Ministrów. Regulacje prawne dotyczące członków Izby zostały zawarte w art. 173-176 Pzp.

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

Zgodnie z art. 173 ust. 1 ustawy Pzp w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Faktycznie jednak stan liczebny Izby jest znacznie niższy. W 2013 r. stan osobowy Izby wynosił 36 członków.

W 2013 r. zostało rozpoczęte czwarte postępowanie kwalifikacyjne⁵, w wyniku którego wyłoniono dodatkowych czterech kandydatów. Procedura została zakończona przed dniem 31 grudnia 2013 r.⁶, jednakże podjęcie przez nowych członków Izby funkcji nastąpiło w lutym 2014 r.

Wynagrodzenie członków Izby ustalane jest na podstawie kwoty bazowej wskazanej w ustawie budżetowej na dany rok, na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw⁷ oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 r. w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej⁸. Od 2008 r. wynagrodzenie nie było podwyższane, co stanowiło konsekwencję braku zmiany podstaw ustalania wynagrodzenia, jak i jego wysokości, w związku z „zamrożeniem wynagrodzeń” w sferze budżetowej.

⁵W dniu 28 maja 2013 r. Prezes Rady Ministrów ogłosił postępowanie kwalifikacyjne dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej.

⁶Uchwała Komisji Kwalifikacyjnej z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie ustalenia oceny końcowej postępowania kwalifikacyjnego, a ślubowanie powołanych członków KIO nastąpiło w dniu 17 lutego 2014 r.

⁷Dz.U.1999.110.1255 ze zm.

⁸Dz.U.2007.128.885.

3. Organy Izby

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

- Prezes,
- wiceprezes,
- zgromadzenie ogólne.

Prezes i wiceprezes Izby powoływani są przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję.

W okresie objętym *Informacją* nastąpiła zmiana na stanowisku Prezesa KIO. Z dniem 13 czerwca 2013 r., w związku z rezygnacją z tej funkcji uprzednio urzędującego Prezesa Izby, Klaudii Szczytowskiej-Maziarz, na stanowisko to został powołany Paweł Trojan. Funkcję wiceprezesa Izby sprawowała Anna Chudzik.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby.

4. Rzecznik dyscyplinarny

Zgodnie z art. 175 ust. 5 ustawy Pzp w Izbie działa rzecznik dyscyplinarny, który powoływany jest przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu na trzyletnią kadencję. Rzecznik ten pełni swoje obowiązki do czasu powołania nowego rzecznika.

W 2013 r. funkcję tę – drugą kadencję – pełniła Lubomira Matczuk-Mazuś.

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

W okresie sprawozdawczym wobec żadnego z członków KIO nie zostało wszczęte postępowanie dyscyplinarne.

5. Działalność pozaorzecznicza Izby

5.1. Edukacja, szkolenia i współpraca z mediami

Podnoszenie kwalifikacji przez członków Izby jest jednym z instrumentów pozwalających na wypracowanie spójnych stanowisk przy podejmowaniu rozstrzygnięć przez Izbę w kluczowych dla systemu zamówień publicznych kwestiach, z uwzględnieniem norm prawa europejskiego. Dlatego też w 2013 r. Izba uczestniczyła w szkoleniach, które prowadzili wybitni specjaliści nauk prawnych, sędzia oraz specjalista z zakresu informatyki. Tematyka szkoleń obejmowała:

- „Metody wykładni prawa i rozumowań prawniczych w praktyce stosowania prawa w Polsce”,
- „Interoperacyjność i otwartość systemów informatycznych w problematyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej” – Polskie Towarzystwo Informatyczne,
- „Ekonomiczna analiza prawa w stosowaniu ustawy prawo zamówień publicznych”,
- „Niezawisłość sędziowska a jednolitość orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej”.

W okresie sprawozdawczym zespół złożony z członków Izby i przedstawiciela Urzędu, pod kierownictwem i redakcją członka Krajowej Izby Odwoławczej, opracował kolejne trzy zeszyty orzecznicze propagujące wiedzę w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp, wśród uczestników rynku zamówień publicznych. Zeszyty przedstawiają orzeczenia Izby oraz sądów okręgowych wydane w okresie od kwietnia 2012 r. do marca 2013 r.

W Izbie, w celu zapewnienia stałej współpracy z mediami, w tym przekazywania informacji o działaniach KIO, działa rzecznik prasowy. W 2013 roku funkcję rzecznika prasowego Izby pełniła Małgorzata Stręciwilk.

CZĘŚĆ 2 -

Działalność merytoryczna Izby i związane z nią dane statystyczne za 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza wypełnia ustawowe funkcje, zgodnie z odpowiednimi regulacjami wynikającymi z art. 172-198 Pzp, rozpoznając:

- odwołania wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 ust. 1 ustawy Pzp);
- zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa UZP (art. 167 ust. 2, art. 171a ustawy Pzp);
- wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 2 ustawy Pzp).

Działalność orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej uregulowana została w art. 179 - 198 Pzp, rozporządzeniu w sprawie regulaminu oraz w rozporządzeniu w sprawie kosztów.

W Izbie obowiązuje również, wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. „Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej”, regulujący najważniejsze aspekty organizacji pracy KIO i – w braku regulacji ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby, w tym wyroków, postanowień, czy uchwał.

1. Rozpoznawanie odwołań

Rozpoznawanie wnoszonych przez wykonawców odwołań jest podstawowym zadaniem Izby.

W 2013 r. Izba rozpoznawała odwołania wnoszone w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych nie tylko w 2012 i 2013 r., ale również, w trzech przypadkach, dotyczące dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych w roku 2009.

1.1. Statystyka odwołań

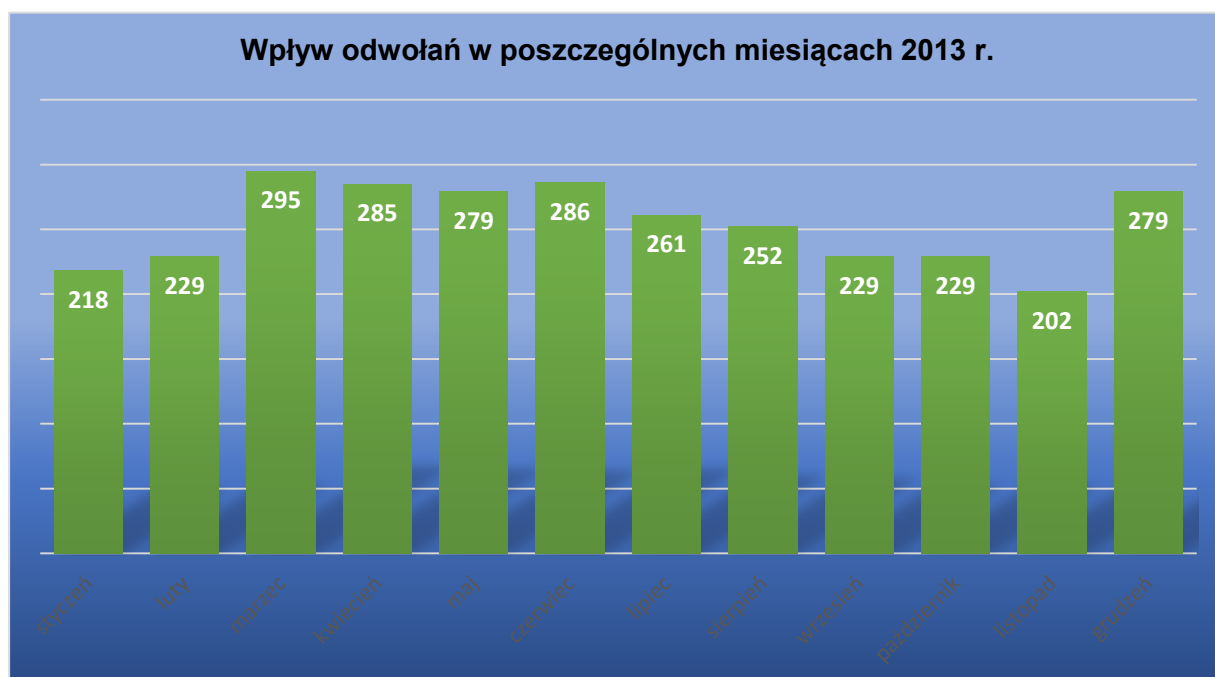
W okresie sprawozdawczym wpłynęły 3044 odwołania, w tym 3041 odwołań do Prezesa Izby (99,90%), a 3 odwołania (0,1%) – od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

protestu – do Prezesa UZP, a więc dotyczyły one postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych według stanu prawnego sprzed wejścia w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r.⁹

Powyższe oznacza, iż wciąż utrzymuje się tendencja corocznego zwiększania liczby odwołań. Dla porównania można wskazać, iż w 2012 r. wpłynęły – 2942 odwołania, w 2011 r. – 2820 odwołań, w 2010 r. – 2823 odwołania¹⁰, w 2009 r. – 1985 odwołań, zaś w 2008 r. – 1539 odwołań.

Dominującym sposobem wnoszenia odwołań była forma pisemna. W taki sposób wniesiono 2588, czyli 84% odwołań. Jedynie 486 odwołań (16%) zostało wniesionych w formie elektronicznej, za pośrednictwem skrzynki podawczej ePUAP¹¹. Generalnie można zauważyć, iż z każdym rokiem liczba odwołań wnoszonych elektronicznie zwiększa się – w 2012 roku z tej formy skorzystano w 432 przypadkach (niemal 15%), w roku 2011 – w 11% odwołań, a w 2010 roku – jedynie w odniesieniu do 4,5% odwołań.

Wpływ odwołań w poszczególnych miesiącach 2013 r. kształtował się następująco:



W świetle powyższych statystyk można zauważyć, że największą liczbę odwołań odnotowano w drugim kwartale 2013 r. (850), a najmniejszą – w czwartym kwartale okresu sprawozdawczego (710). W kwartale pierwszym i trzecim wpłynęło po 742 odwołania.

⁹Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2009.223.1778).

¹⁰Na mocy ww. ustawy zniesiono instytucję protestu.

¹¹Na mocy ww. ustawy wprowadzono możliwość wnoszenia odwołań w formie elektronicznej, spełniającej wymogi wynikające z przepisu art. 180 ust. 4 ustawy Pzp.

1.2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Statystyka wskazuje, że dominują odwołania wniesione w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza progi unijne – w tej grupie progowej wniesiono 2359 (77,5%).

Z kolei w podziale na przedmiot zamówienia najwięcej odwołań dotyczyło usług – 44%, dostaw dotyczyło 35% odwołań, a robót budowlanych 21%.

1.3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań odwoławczych zgłoszono 2788 przystąpień, w tym 2047 po stronie zamawiającego (73,42%), a 741 po stronie odwołującego (26,58%).

1.4. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

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

W 2013 r. w składzie jednoosobowym rozpoznano 2255 odwołań (81%), a w składzie trzynosobowym – 533 odwołania (19%).

1.5. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

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

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 611 (tj. 20 % w stosunku do liczby wszystkich rozpoznanych odwołań). Do łącznego rozpoznania kierowano od 2 do 14¹² odwołań.

¹²Dotyczy opisu warunków udziału w postępowaniu, którego przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów na terenie Wrocławia.

1.6. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa KIO

Należy zwrócić uwagę, iż liczba 3044 odwołań odnosi się do tych spośród nich, których wpływ do Izby został zarejestrowany w roku sprawozdawczym. Różni się ona od liczby odwołań rozpoznanych przez Izbę (składy orzekające lub Prezesa Izby w ramach art. 187 ust. 3 Pzp) w roku 2013, tj. 3055, która obejmuje 193 odwołania wniesione pod koniec roku 2012 r. Natomiast do rozpoznania w roku 2014 pozostały 182 odwołania wniesione pod koniec 2013 roku.

Dla porównania można wskazać, że w roku 2012 Izba rozpoznała 2873 odwołania (w tym 108 odwołania z 2011 r.), a w roku 2011 – 2789 odwołań (w tym 82 odwołania z 2010 r.).

685 odwołań wniesionych w 2013 r. (22,5%) zawierało braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Liczba ta corocznie systematycznie spada – w roku 2012 konieczność wezwania wykonawców do uzupełnienia odwołania nastąpiła w 767 przypadkach (29%), a w roku 2011 w 866 przypadkach (31%).

Spośród 3055 odwołań rozpoznanych w 2013 r. zwróconych zostało 259 odwołań (8,48%), w tym przez Prezesa Izby z powodu nieuiszczenia wpisu – 109 odwołań, z powodu nieuzupełnienia braków formalnych – 145 odwołań. Składy orzekające zwróciły 2 odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu oraz 3 odwołania z powodu nieuzupełnienia braków formalnych.

Dla porównania – w 2012 r. zostało zwróconych 290 odwołań (10%). Najczęstszą wówczas przyczyną zwrotu odwołania był brak wpisu. W 15 przypadkach wpis został uiszczony w niepełnej wysokości, w 26 przypadkach – po terminie na jego uiszczenie, a w 6 – na nieprawidłowy rachunek bankowy.

Najczęstszym brakiem formalnym w 2013 r., powodującym zwrot odwołania był:

- brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 111 odwołań;
- brak podpisu z KRS lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie osób wnoszących odwołania (innego niż pełnomocnictwo) – 42 odwołania;
- brak pełnomocnictwa – 35 odwołań;
- braki w treści odwołania wskazane w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp – 33 odwołania,

W odwołaniach, w których wzywano do uzupełnienia braków formalnych, najczęściej występował jednocześnie więcej niż jeden rodzaj braków formalnych.

1.7. Rodzaje rozstrzygnięć

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby podlegało 2796 odwołań (91,52%), w wyniku czego:

- 505 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (18,06%);
- 473 postępowania zostały umorzone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (16,92%);
- 114 odwołań zostało odrzuconych (4,08%);
- 732 odwołania zostały uwzględnione (26,18%);
- 972 zostały oddalone (34,76%¹³).

Spośród wydanych 1704 wyroków – orzeczenia uwzględniające odwołanie stanowiły 42,96%, a 57,04% wyroki oddalające odwołanie.

W 2012 r. było to odpowiednio w kolejności: 14% (371), 17% (439), 5% (123), 28% (720), 36% (930). W roku 2011 odpowiednio w kolejności: 12% (329), 15% (412), 6% (174), 25% (704), 31% (859). Zatem w kolejnych latach nie występują znaczące różnice w rodzaju wydawanych orzeczeń.

Należy zwrócić uwagę na ustabilizowanie się liczby odwołań odrzucanych, co niewątpliwie wynika z faktu, że od roku 2010, w którym odrzucono aż 10% odwołań, nie było zmian przepisów w tym zakresie.

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

W jednym przypadku skutkiem uwzględnienia odwołania było nałożenie na zamawiającego kary finansowej¹⁴ i w jednym skrócenie okresu obowiązywania umowy¹⁵. Także w jednym przypadku Izba orzekła o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego¹⁶.

Przedstawione dane pozwalają stwierdzić, że wyroki, które odnoszą się do stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po zawarciu umowy wciąż stanowią nieznaczący odsetek spraw rozpatrywanych przez Izbę.

¹³Procentowy udział rozstrzygnięć dotyczy liczby 3055 odwołań rozpoznanych przez Izbę w 2013 r.

¹⁴Wyrok KIO z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt KIO 2137/13.

¹⁵Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1560/13.

¹⁶Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1584/13.

1.9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 4 zdania odrębne. Zdania odrębne składane są w pojedynczych przypadkach – w roku 2012 zgłoszono zdania odrębne do 7 orzeczeń, a w 2011 r. do 8.

1.10. Powołanie biegłego

W 2013 r. składy orzekające postanowiły skorzystać z opinii biegłego w 10 postępowaniach odwoławczych i w związku z tym wydano 11 postanowień o powołaniu biegłego; w jednym z postępowań powołano dwóch biegłych, z dwóch dziedzin.

Ze względu na to, że powołanie biegłego znacząco przedłuża czas rozpoznania odwołania (w praktyce o kilkadziesiąt dni), w 2013 r. zostało zakończonych jedynie 7 z tych 10 postępowań.

W największej liczbie postępowań zostali powołani biegli z dziedziny informatyki. Dwóch biegłych powołano z dziedziny ekonomii oraz dwóch z dziedziny kryminalistycznego badania dokumentów. Izba powołała także jednego tłumacza przysięgłego języka hiszpańskiego.

Koszt opinii biegłego kształtował się w przedziale od ok. 1.500,00 zł do prawie 36.000,00 zł.

1.11. Prawomocność orzeczeń

W 2013 r. w oparciu o regulację art. 195 ust. 2 Pzp oraz § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu, Prezes Izby stwierdził prawomocność 38 orzeczeń – w jednym przypadku w związku z nałożeniem przez Izbę na zamawiającego kary finansowej, w pozostałych - na wniosek strony.

1.12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W roku 2013 średni czas oczekiwania na wyznaczenie terminu rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron wynosił 11 dni, natomiast średni czas oczekiwania na orzeczenie – 16 dni. Najkrócej trwające postępowanie odwoławcze (3 dni) zakończyło się jego umorzeniem. Najdłużej trwające postępowanie odwoławcze (96 dni) związane było z koniecznością uzyskania opinii biegłego.

W 2012 r. posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 8 dniu od dnia wniesienia odwołania, zaś orzeczenia ogłaszane przez Izbę – średnio w 14 dniu od dnia wniesienia odwołania. W roku 2011 było to odpowiednio: 7 i 12 dni, w roku 2010 – 14 i 18 dni, a w roku 2009 (kiedy Izba składała się z 23 członków) – 30 i 32 dni.

Co do zasady zachowywany był zatem 15-dniowy instrukcyjny termin na rozpoznanie odwołań, wskazany w art. 189 ust. 1 Pzp, także w sytuacjach potrzeby podjęcia dodatkowych czynności¹⁷, które Izba zobowiązana była wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie), czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (również wymagające upływu do 3 dni). Bardzo często znaczenie w tym zakresie miały również względy organizacyjne, tj. ograniczona liczba sal rozpraw (7 sal).

Ponadto, zasada szybkości postępowania konfrontowana jest w praktyce z rosnącym, także w ramach regulacji Prawa zamówień publicznych, stopniem skomplikowania przepisów prawnych, zawartością danej sprawy, jej wagą lub precedensowym charakterem. Niejednokrotnie rozpoznawane sprawy dotyczą postępowań o złożonym, wieloaspektowym i specjalistycznym przedmiocie lub bardzo wysokiej wartości zamówienia. Nierzadko, odwołania zawierają szeroko rozbudowany wachlarz zarzutów, bądź wymagają one łącznego rozpoznania (nawet – jak uprzednio wskazano – w liczbie 14)¹⁸. Wskazane okoliczności, w tym m.in. waga i skomplikowanie rozpoznawanych spraw, skutkują niekiedy koniecznością rozpoznania odwołania na kilku posiedzeniach (kolejno wyznaczanych terminach).

Na terminowość rozpoznawania spraw w roku 2013 niewątpliwym wpływ miały również postanowienia o powołaniu biegłego. Średni czas trwania spraw z udziałem biegłego wynosił bowiem 59 dni, przy czym najkrócej trwało postępowanie w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 556/13 – 28 dni, najdłużej w sprawie o sygn. akt KIO 1923/13, KIO 1927/13, KIO 1946/13 – 96 dni.

Trzy postępowania odwoławcze ze względu na udział biegłego nie zostały zakończone w okresie ujętym w *Informacji*.

¹⁷Zmiany wprowadzone ustawą 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), która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r.

¹⁸Sprawa prowadzona pod sygn. akt KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13, KIO 562/13, KIO 602/13, KIO 603/13, KIO 610/13, KIO 611/13, KIO 612/13, KIO 613/13, KIO 604/13, KIO 605/13, KIO 607/13, KIO 609/13.

1.13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 196 ust. 2 ustawy Pzp, Izba w sprawie zawilej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. W 916 przypadkach, co stanowi ponad 53% z ogólnej liczby wydanych wyroków, Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia.

1.14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W okresie, którego dotyczy *Informacja*, wniesiono 144 skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 5,15% liczby spraw odwoławczych zakończonych w 2013 r. (w 2012 r. odpowiednio wskaźniki te wyniosły 152 skarg (6%), a w 2011r. – 148 skarg (5%). Podział tej liczby, według podmiotów wnoszących skargę, przedstawia się następująco:

- 83 (58%) wniesione przez odwołujących (w roku 2012 – odpowiednio 97 i 64%);
- 41 (28,5%) wniesione przez zamawiających (w roku 2012 – odpowiednio 31 i 10%);
- 11 (7,5%) wniesione przez przystępujących (w roku 2012 – odpowiednio 14 i 9%),
- 9 (6%) wniesione przez Prezesa UZP (w roku 2012 – odpowiednio 10 i 7%).

Na podstawie przekazanych KIO orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 19 marca 2014 r.), że w 2013 r., sądy rozpoznały 105 skarg na orzeczenia Izby (zarówno z roku 2012 jak i 2013), w tym:

- 39 skarg zostało odrzuconych (37,14%), w tym 25 z powodu braku opłaty od skargi;
- 16 postępowań zostało umorzonych (15,24%);
- 2 skargi skutkowały uchynieniem wyroku (1,90%);
- 14 skarg skutkowało zmianą wyroku (13,33%);
- 33 skargi zostały oddalone (31,43%).

Analiza danych statystycznych wskazuje na utrzymujący się, znaczny odsetek skarg na orzeczenia Izby odrzucanych przez sądy okręgowe, przy czym w zdecydowanej większości przypadków (25 spośród 39 skarg) jest to spowodowane brakiem uiszczenia opłaty sądowej wymaganej od skargi.

Stosunkowo niewielki udział merytorycznych rozstrzygnięć sądów okręgowych, będący wynikiem liczby wniesionych skarg utrzymuje się od czasu podwyższenia wysokości wpisu od skargi na orzeczenia Izby¹⁹.

¹⁹Art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 594 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o kosztach sądowych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

Warto zwrócić uwagę, że kwestia wysokości opłaty sądowej od skargi na orzeczenie KIO była przedmiotem skarg konstytucyjnych, w których skarżący (wykonawcy wnoszący odwołania w 2011 r.) wnieśli o zbadanie zgodności art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z art. 2 Konstytucji RP, art. 32 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, oraz art. 78 Konstytucji RP²⁰.

Dla porównania:

- w 2012 r. wniesionych zostało 152 skarg, czyli w stosunku do 6% orzeczeń Izby, w tym: 97 skarg (64%) zostało wniesionych przez odwołujących; 31 skarg (20%) – przez zamawiających; 14 skarg (9%) – przez przystępujących oraz 10 skarg (7%) – przez Prezesa UZP.
- w 2011 wniesiono 148 skarg (5% odwołań rozpoznanych w 2011 r.), w tym: 81 skarg (55%) zostało wniesionych przez odwołujących; 37 skarg (25%) – przez zamawiających; 27 skarg (18%) – przez przystępujących oraz 3 skargi (2%) – przez Prezesa UZP.

Szczegółowa analiza orzecznictwa sądów okręgowych w zakresie skarg wniesionych przez Prezesa UZP znajduje się w Części 4 *Informacji*.

2. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

W 2013 r. 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%).

²⁰W wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt SK 25/11 TK stwierdził, że wskazany art. 34 ust.2 ustawy o kosztach sądowych (...) w zakresie, w jakim określa opłatę stosunkową od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, z art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. Niemniej jednak w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 12/13 TK stwierdził, że art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, Nr 152, poz. 1016 i Nr 197, poz. 1307, z 2011 r. Nr 92, poz. 531, Nr 106, poz. 622, Nr 149, poz. 887, Nr 163, poz. 981 i Nr 240, poz. 1431, z 2012 r. poz. 1101, z 2013 r. poz. 429 oraz z 2014 r. poz. 24 i 40) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Graficzne przedstawienie powyższych danych prezentuje następujący wykres.



Wnioski rozpoznawane były w terminie określonym w art. 183 ust. 4 Pzp, tj. nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia.

Omówienie wniosków zamieszczono w Części 3 pkt 2 *Informacji*.

3. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

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

3.1. Rodzaje wydanych opinii

W 2013 r. Izba wydała w formie uchwał 121 opinii, w tym:

- 97 nie uwzględniających zastrzeżeń,
- 12 uwzględniających zastrzeżenia w całości,
- 12 uwzględniających częściowo zastrzeżenia.

Udział poszczególnych rozstrzygnięć w ogólnej liczbie uchwał przedstawia poniższy wykres:



W okresie objętym sprawozdaniem odnotowano ok. 11% wzrost liczby wydanych przez Izbę opinii w stosunku do lat poprzednich (2012 r. – 108 opinii, 2011 r. – 110 opinii), przy jednoczesnym utrzymaniu na ubiegłorocznym poziomie procentowego udziału opinii niewzględniających zastrzeżeń zamawiających (w 2012 r. takie rozstrzygnięcie zapadło w 79% rozpoznawanych spraw). Natomiast w 2013 r., w stosunku do lat ubiegłych, zauważalnie (o ok. 33%) spadła liczba opinii uwzględniających zastrzeżenia (w 2012 r. było to 15%, zaś w 2011 r. – 14% wszystkich wydanych wówczas opinii). O ponad połowę – w stosunku do 2012 r. – wzrosła natomiast liczba opinii częściowo uwzględniających zastrzeżenia zamawiających (w 2012 r. takie rozstrzygnięcie zapadło w 6% ogólnej liczby uchwał Izby).

Zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, tj. w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania.

3.2. Skargi na podjęte uchwały

W 2013 r. sądy administracyjne wydały 3 postanowienia, utrzymując w nich dotychczas wyrażone stanowisko, co do braku możliwości zaskarżenia uchwały Izby²¹.

²¹Wyrażone np. w postanowieniu NSA z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt II GSK 1189/11.

I tak, w postanowieniu z dnia 12 września 2013 r.²² NSA potwierdził, że wydanie przez Izbę opinii w trybie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, nie stanowi określonych w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r. poz. 270 ze zm.), kategorii aktów bądź czynności, których zaskarżenie podlega właściwości rzeczowej sądów administracyjnych.

Również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, postanowieniami z dnia 27 listopada 2013 r.²³ oraz z dnia 14 maja 2013 r.,²⁴ odrzucił skargi dotyczące opinii Izby od zastrzeżeń zamawiającego dotyczących wyniku kontroli uznając, że nie podlegają one kognicji sądów administracyjnych.

W orzecznictwie sądów administracyjnych podkreślano, że opinia Izby stanowi wyłącznie ocenę zasadności zastrzeżeń od wyników kontroli i jest fazą postępowania poprzedzającą zakończenie kontroli przez Prezesa UZP, od której ustawa Pzp, ani nie przewiduje środków odwoławczych, ani nie odsyła do regulacji ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267).

²²Postanowienie NSA z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt II GSK 1576/13.

²³Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. V SA/Wa 2036/13.

²⁴Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 583/13.

CZĘŚĆ 3 - Działalność orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej - zagadnienia problemowe

Ta część *Informacji* obejmuje istotne, zdaniem Izby, zagadnienia problemowe, które ujawniły się w roku 2013 w orzecznictwie *sensu largo* Izby.

Pierwsza grupa zagadnień została oparta na orzeczeniach Izby wydanych w postępowaniu odwoławczym.

Drużga z kolei dotyczyła rozpoznanych wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym wydaniem przez Izbę orzeczenia.

Trzecia – wynikała z uchwał podjętych w następstwie rozpatrzenia zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa UZP.

Zwrócono również uwagę na nowe zagadnienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, regulowane znowelizowanymi przepisami ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi²⁵, które weszły w życie w 2013 r. Niewątpliwie zasadnicze skutki tej nowelizacji będą możliwe do oceny – z punktu widzenia orzeczniczego Izby w roku 2014 – do postępowań wszczętych w 2013 r., po dacie wejścia w życie omawianych przepisów. Jednakże w wyniku tej nowelizacji w roku 2012 i 2013 zostały wydane bądź znowelizowane rozporządzenia do ustawy Pzp:

- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa²⁶,
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych²⁷,
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej²⁸,
- rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów,

²⁵ Dz.U.2012.1271.

²⁶ Dz.U.2012.1361.

²⁷ Dz.U.2012.1372.

²⁸ Dz.U.2012.1360.

- rozporządzenie w sprawie regulaminu,
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lutego 2013 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych²⁹,
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania³⁰.

Kolejne zmiany ustawy Pzp, które weszły w życie w okresie sprawozdawczym dotyczyły następujących kwestii.

Pierwsza ze zmian, która weszła w życie z dniem 11 września 2013 r., wynikająca z uchwalonej w dniu 26 lipca 2013 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw³¹, upraszcza procedurę udzielania zamówień z wolnej ręki na dostawy dokonywane na giełdzie towarowej oraz rozszerza wyłączenie przedmiotowe stosowania ustawy Pzp przez zamawiających sektorowych, o zamówienia na dostawy paliw gazowych lub ciepła.

Druga z kolei, która zaistniała z dniem 24 września 2013 r., wynikająca z ustawy z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych³², dotyczy rozszerzenia zakresu wyłączeń w art. 4 Pzp i obejmuje zamówienia udzielane przez Ministra Sprawiedliwości lub jednostki organizacyjne Służby Więziennej przywieziennym zakładom pracy prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej.

Trzecia natomiast ze zmian, która nastąpiła z dniem 24 grudnia 2013 r., wynika z ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych³³. Nowelizacja ta dotyczy zagadnienia podwykonawstwa w zamówieniach publicznych i jest odpowiedzią – jak wynika z uzasadnienia projektu nowelizacji – na coraz częstsze przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane na rzecz podwykonawców. Stąd też jej podstawowym celem jest uregulowanie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych w taki sposób, aby zagwarantować podmiotom nie mającym statusu wykonawcy

²⁹Dz.U.2013.279.

³⁰Dz.U.2013.1530.

³¹Dz.U.2013.984.

³²Dz.U.2013.1047.

³³Dz.U.2013.1473.

(podwykonawcom i dalszym podwykonawcom) pełnej i terminowej zapłaty należnego im wynagrodzenia.

Zauważalny wpływ na wykonywane przez Izbę funkcje orzecznicze miała także niewątpliwie zmiana ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach³⁴ i fakt, że od 1 lipca 2013 r., gminy stały się odpowiedzialne za prawidłowe funkcjonowanie systemu odbierania odpadów. Liczba wszczętych przez gminy w latach 2012-2013 przetargów na odbiór (i zagospodarowanie) odpadów spowodowała, iż niewątpliwie był to relatywnie częsty przedmiot odwołań w okresie objętym Informacją.

1. Wybrane problemowe zagadnienia wynikające z orzecznictwa Izby

1.1. Konsekwencje wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 w orzecznictwie Izby – art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp

TSUE w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. wydanym w trybie prejudycjalnym w sprawie C-465/11 dokonał wykładni przepisu art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy klasycznej w związku z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, zawierając w szczególności wskazówki interpretacyjne w odniesieniu do pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w powołanym przepisie Dyrektywy klasycznej. Nie orzekał natomiast w przedmiocie zgodności polskiej ustawy Pzp z unijnymi przepisami w dziedzinie zamówień publicznych, uznając, że byłoby to niedopuszczalne w tym trybie. W ocenie Trybunału, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można uznać za wykroczenie zawodowe. Trybunał zauważył też, że przepis art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy klasycznej, upoważniając zamawiającego do udowodnienia wykroczenia zawodowego wykonawcy dowolnymi środkami, nie wymaga stwierdzenia takiego uchybienia prawomocnym orzeczeniem, zaznaczając jednocześnie, że wykluczenie wykonawcy, który nie wywiązał się z wcześniejszych zobowiązań umownych, nie powinno mieć charakteru automatycznego, lecz powinno być poprzedzone zindywidualizowaną oceną konkretnego przypadku celem ustalenia, czy niewywiązanie się z zobowiązań umownych przez wykonawcę zamówienia publicznego jest wynikiem jego zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa. A zatem, wykluczenie wykonawcy jest dopuszczalne na podstawie art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy klasycznej, o ile zamawiający jest w stanie, w oparciu o dowolne środki dowodowe, po przeprowadzeniu analizy określonego stanu faktycznego, wykazać, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, obejmującego również

³⁴Dz.U.1996.132.622.

niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia, o ile niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia było wynikiem zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa ze strony danego wykonawcy.

Zgodnie ze wskazywanym art. 24 ust.1 pkt 1a Pzp zamawiający jest zobowiązany wykluczyć tego 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 roku 2013 do Prezesa KIO wpłynęło 18 odwołań, w których zarzut dotyczył wykluczenia (bądź jego braku) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp Wyroki wydano w 6 sprawach, albowiem 3 odwołania zostały zwrócone przez Prezesa Izby, 4 odrzucone przez Izbę, a w przypadku 5 odwołań – zostały one uwzględnione przez zamawiających.

Jednocześnie w jednej ze spraw³⁵ Izba uwzględniając odwołanie i nakazując unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonanie czynności zaproszenia odwołującego do złożenia oferty powołała się na powagę rzeczy osądzonej, ze względu na wcześniejszy wyrok zarówno Izby, jak i sądu okręgowego (stwierdzono naruszenie powagi rzeczy osądzonej, ponadto za bezprzedmiotowe uznano rozpoznawanie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, ponieważ działania i zaniechania zamawiającego z naruszeniem hipotezy i dyspozycji tego przepisu potwierdziły wcześniej orzekające w przedmiotowym postępowaniu KIO oraz sądy) i tym samym odwołanie nie było rozpoznawane, co do meritum.

Wśród pięciu pozostałych wyroków, dwie sprawy dotyczyły tych samych podmiotów i podobnego stanu faktycznego³⁶. Spór dotyczył podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, w świetle wykładni tego przepisu uwzględniającej omawiane orzeczenie TSUE. W zakresie tych spraw Izba wyraziła podobne poglądy, odnoszące się do znaczenia użytego w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp pojęcia „wartość umowy” uznając, że jest to kwota wskazana przez stosowne postanowienie umowy oraz nie zgodziła się z poglądem wykonawcy, że w świetle orzeczenia Trybunału, przy ocenie przesłanek wykluczenia, należy pominąć przesłankę dotyczącą wartości – 5% niezrealizowanego zamówienia. Izba uznała także, że świadczenie przez wykonawcę urządzeń o niższych parametrach jakościowych niż

³⁵Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 790/13.

³⁶Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2216/13 i KIO 2221/13 oraz wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r., sygn. akt. KIO 2354/13.

zadeklarowane w ofercie i niespełniających wymagań zamawiającego, może być uznane za poważne wykroczenie zawodowe profesjonalnego wykonawcy.

W kolejnych wyrokach Izba, oceniając konkretne stany faktyczne:

- odniosła się do rozwiązania umowy („odstąpienia” – najpierw przez wykonawcę, następnie przez zamawiającego)³⁷ ze względu na brak dysponowania przez zamawiającego częścią nieruchomości, na której miały być wykonywane roboty budowlane, uznając za uzasadnione odstąpienie od umowy przez wykonawcę ze względu na nieprzekazanie przez zamawiającego terenu budowy w całości (w części należącej do innego podmiotu). Izba nie uznała za skuteczne następczego odstąpienia zamawiającego od tej umowy oraz nie podzieliła stanowiska, że odstąpienie przez niego od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- wskazała na okoliczność, że odwołujący nie zrealizował w całości przedmiotu zamówienia, gdyż nie uzyskał dla robót budowlanych pozwolenia na budowę; wobec braku odpowiednich postanowień w rozwiązanej umowie Izba stwierdziła, że zamawiający nie udowodnił, aby rozwiązanie umowy było spowodowane „poważnym wykroczeniem zawodowym” oraz że wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości tej umowy³⁸;
- uznała, uwzględniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, że zamawiający nie wykazał, aby odwołujący dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy (dostawy inkubatora) wykroczenia, będącego dowodem braku profesjonalizmu, przez nieterminową realizację umowy ze względu na kilkudniowe opóźnienie dostarczenia zamówionych przedmiotów odwołującemu przez producenta³⁹. W ocenie składu z uwagi na termin realizacji zamówienia, który przypadał na koniec roku budżetowego, wskutek jego niedotrzymania zamawiający utracił dotację celową na zakup przedmiotu umowy; tym niemniej w okolicznościach sprawy nie można uznać, aby odwołujący nie był starannym kontrahentem i aby można mówić o jego świadomym zawinionym działaniu lub zamiarze uchybienia, czy stosunkowo poważnym niedbalstwie, o których stanowi art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Należy dodatkowo zwrócić uwagę na wyrok SO w Katowicach⁴⁰, dotyczący wyroku Izby z 2012 r.⁴¹, w którym to Sąd, odmiennie niż uczyniła to KIO, przyjął, iż nie zachodziły

³⁷Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2897/13.

³⁸Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 345/13.

³⁹Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 852/13.

⁴⁰Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt XIX Ga 750/12.

przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp Sąd wskazał, że istotnym warunkiem skuteczności wykluczenia wykonawcy jest wyraźnie wskazany czynnik czasu, a mianowicie, by rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest chwila publikacji ogłoszenia o zamówieniu, zatem nie można podzielić stanowiska, że rozwiązanie lub wypowiedzenie umowy, czy odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne, może nastąpić w każdym czasie, a w szczególności w czasie trwania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Sąd podzielił w ww. wyroku stanowisko UZP z dnia 17 grudnia 2012 r.⁴², w myśl którego rozwiązanie (wypowiedzenie lub odstąpienie) od umowy jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonania przez niego lub niewłaściwego wykonania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.

Konsekwencją powyższego jest obciążanie zamawiającego powinnością wykazania winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, której wynikiem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, uprawniające do rozwiązania, wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, iż użyte przez Sąd pojęcie „rażącego niedbalstwa” nie jest adekwatne do wskazanego przez Trybunał określenia „stosunkowo poważne niedbalstwo”.

⁴¹Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2522/12.

⁴²http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:2361;skutki_wyroku_ets_w_sprawie_c-465/11_forposta_i_abc_direct_contact_dla_stosowania_art._24_ust._1_pkt._1a_ustawy_prawo_zamowien_publicznych.html

1.2. Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Zasady dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (tzw. „zamówienia obronne”) zostały uregulowane w Rozdziale 4a dodanym w Dziale III ustawy Pzp⁴³ – art. 131a i nast. i dotyczą dostaw, usług i robót budowlanych z obszaru obronności i bezpieczeństwa.

Odrębności, na które warto zwrócić uwagę z punktu widzenia kognicji Izby dotyczą kręgu podmiotów zobowiązanych do stosowania tych przepisów oraz przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie dodać należy, że w tych przepisach uwzględniono również sytuacje związane z udzielaniem tzw. mieszanych zamówień – takich, w których łączy się zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z zamówieniami klasycznymi lub sektorowymi lub z zamówieniami, do których ustawa Pzp nie ma zastosowania.

Omawiane zamówienia – z uwagi na newralgiczny charakter przedmiotu zamówienia związany z ochroną interesów i bezpieczeństwa państwa – powodowały ustanowienie w procedurze odwoławczej, podobnie jak w procedurze udzielania zamówień publicznych, reguł specjalnych umożliwiających stworzenie gwarancji ochrony informacji niejawnych, których nieuprawnione ujawnienie byłoby co najmniej niekorzystne z punktu widzenia interesów państwa lub mogłoby spowodować dla niego szkodę.

W 2013 r. wpłynęło 6 odwołań, które strony postępowania odwoławczego zakwalifikowały jako „zamówienia obronne”, z których – według danych UZP – dwa odwołania podlegały zwrotowi z uwagi na braki formalne, w jednym przypadku Izba odrzuciła odwołanie, a trzy rozpoznano merytorycznie, przy czym tylko w jednym z nich rozstrzygany spór odnosił się do przepisów Działu III, Rozdział 4a ustawy Pzp.

Wydając postanowienie w przedmiocie odrzucenia odwołania Izba powołała przepis art. 189 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli w sprawie nie mają zastosowania przepisy Pzp.⁴⁴ W tym przypadku Izba wskazała na art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej Pzp podnosząc, że w stosunku do postępowań wszczętych, a niezakończonych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe. Zdaniem Izby, Zamawiający wykazał, że przedmiotem postępowania są usługi dotyczące sprzętu znajdującego się w „Wykazie zadań o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności kraju” – załączniku Nr 1 do Decyzji nr 6/MON z 9 stycznia 2012 r. w sprawie zadań

⁴³Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U.2012.1271).

⁴⁴Postanowienie KIO z dnia 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 822/13.

o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa i obronności państwa (zmienionej Decyzją nr 165/MON z 31 maja 2012 r.). W oparciu o to zamawiający wywodził, że nie mogą być stosowane do tego postępowania przepisy Pzp zarówno w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, jak i ustawy znowelizowanej, odpowiednio na podstawie – art. 4 pkt 3 lit. f oraz art. 4 pkt 5b Pzp Izba stwierdziła także, że usługi, których dotyczy odwołanie, uprzednio i aktualnie są wyłączone spod reżimu ustawy. Izba dostrzegła również, że przepisy dyrektywy obronnej nie nadają się do bezpośredniego zastosowania w zakresie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, albowiem nie zawierają regulacji stanowiących podstawę do formułowanych zarzutów.

W wyroku z dnia 1 lipca 2013 r.⁴⁵, dotyczącym „usługi czarteru samolotów dla najważniejszych osób w państwie” zamawianej przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, przedmiotem sporu były m.in. warunki udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania przez wykonawcę certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego trzeciego stopnia potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „tajne” oraz poświadczeń bezpieczeństwa osobowego o klauzuli „tajne” dla personelu pokładowego i „zastrzeżone” dla personelu naziemnego. Izba uznała kwestionowane wymagania za uzasadnione oraz proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia, wskazując przy tym m.in. na art. 131e ust. 1 i art. 131f ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż przy wykonywaniu tego rodzaju usługi wykonawca i jego personel mogą uzyskać wiadomości o sprawach stanowiących informacje niejawne, kluczowych z punktu widzenia interesów, czy bezpieczeństwa państwa. Wskazała także, że, zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych, zdolność do ochrony informacji niejawnych jest warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych w związku z wykonywaniem umów.

W wyroku z dnia 5 sierpnia 2013 r.⁴⁶ Izba nie rozpatrywała zarzutów odwołania stwierdzając, że odwołujący nie ma legitymacji do wnoszenia odwołania wymaganej przepisem art. 179 ust. 1 Pzp. W tym przypadku Izba uznała, że wnoszący odwołanie wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody przez działanie zamawiającego. W odwołaniu kwestionował on bowiem wybór oferty najkorzystniejszej, nie kwestionując jednocześnie zasadności odrzucenia jego własnej oferty.

Z kolei wyrok z dnia 16 września 2013 r.⁴⁷ dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku dla ZWI i ambulatorium w kompleksie wojskowym Kraków–Pyrzowice, a spór koncentrował się wokół wykluczenia odwołującego w

⁴⁵Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1392/13.

⁴⁶Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1757/13.

⁴⁷Wyrok KIO z dnia 16 września 2013 r., sygn. akt KIO 2117/13.

oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, który to przepis nie jest związany w regulacjami Działu III Rozdziału 4a ustawy Pzp.

Także wyrok z dnia 9 grudnia 2013 r.⁴⁸ nie porusza tematyki związanej z nowymi przepisami „obronnymi”, gdyż dotyczy jedynie braku wskazania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów dotyczących pełnego potwierdzenia referencjami wskazanymi w wykazie robót, w jakim zakresie dokumenty te należy uzupełnić.

W konkluzji wymaga podkreślenia, że kwalifikacja sprawy jako „zamówienie obronne” przez stronę postępowania odwoławczego, nie jest wiążąca dla Izby i nie nakłada obowiązku stosowania szczególnych regulacji zawartych w Dziale III, Rozdział 4a ustawy Pzp.

⁴⁸Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2723/13.

1.3. Orzecznictwo dotyczące odbioru i zagospodarowania odpadów

Wstęp

W dniu 1 stycznia 2012 r. weszła w życie u.c.p.g.⁴⁹, która nałożyła na gminy na obligatoryjny nakaz przejęcia przez gminy obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie zagospodarowania odpadami komunalnymi. Gminom pozostawiono prawo do decydowania, czy przejmą obowiązki właścicieli nieruchomości w zakresie odbierania odpadów komunalnych wyłącznie z gospodarstw domowych, czy też przejmą również obowiązek zawierania umów na odbieranie odpadów komunalnych między przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne a firmami prowadzącymi działalność na terenie danej gminy (tzw. nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy).

Ze względu na kognicję Krajowej Izby Odwoławczej najistotniejszą zmianą wynikającą z tej nowelizacji było wprowadzenie mechanizmu, zgodnie z którym gminy mają wyłaniać w drodze przetargu podmioty prowadzące działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub odbierania i zagospodarowania tych odpadów. Jednocześnie ustawodawca nie zdecydował się na uprzywilejowanie spółek z udziałem gminy w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych, co powoduje, że firmy te muszą konkurować na takich samych zasadach tj. w drodze udziału w przetargu, aby pozyskać świadczenie tej usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie odwołań dotyczących „zamówień zagospodarowanie i odbiór/odbieranie odpadów” rozstrzygała już pod koniec 2012 r., kiedy pierwsze gminy wszczęły postępowania na zagospodarowanie i odbiór odpadów bądź na sam odbiór odpadów, zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g.

W 2013 r. Izba rozstrzygała 254 odwołania w tym przedmiocie, co stanowi 8% ogólnej ilości odwołań rozpoznawanych w 2013r., przy czym większość gmin, których postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były podstawą wnoszonych odwołań, zdecydowała się na wszczęcie postępowań na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Sam odbiór odpadów stanowił przedmiot około 19% ogólnej liczby skarżonych postępowań. Prezentowane poniżej orzecznictwo ma na celu zobrazowanie wagi i liczby zagadnień szczegółowych, jakie były przedmiotem rozpoznawania przez Izbę, związanych wyłącznie z charakterem zamówienia na zagospodarowanie i odbiór/odbieranie odpadów.

⁴⁹Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2011.152.897).

Tryb postępowania

Krajowa Izba Odwoławcza została zobowiązana do rozpoznawania odwołań w postępowaniach przetargowych na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów na mocy art. 6g ust. 1 u.c.p.g., który stanowi, że do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w ustawie u.c.p.g. stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004r. – Pzp”. Regulacja ta wskazuje, że u.c.p.g. jest *lex specialis* do ustawy Pzp i ustawę Pzp stosuje się wprost, o ile u.c.p.g. danej kwestii nie rozstrzyga. Na tle takiego odesłania ustawowego w praktyce Izba zetknęła się z następującym problemem – na gruncie u.c.p.g. ustawodawca posłużył się pojęciem „przetargi” (tak art. 6d, 6e i 6g u.c.p.g.), nie zawarł jednak definicji legalnej tego pojęcia na potrzeby u.c.p.g., nie zdecydował się także na posłużenie pojęciem znanym na gruncie ustawy Pzp tj. „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego”, zatem powstała wątpliwość, jakie tryby przewidziane w ustawie Pzp mogą mieć zastosowanie do postępowań, których przedmiotem jest odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów. Izba stanęła na stanowisku, że użycie pojęcia „przetarg” na gruncie u.c.p.g. wskazuje na odesłanie wyłącznie do trybów podstawowych udzielania zamówień tj. przetargu nieograniczonego i ograniczonego.⁵⁰

Zamówienia wspólne

Kolejnym zagadnieniem powodującym problemy orzecznicze na etapie przed upływem terminu składania ofert było to, czy możliwe jest w oparciu o art. 6c i 6d u.c.p.g. przeprowadzenie jednego postępowania dla kilku gmin w ramach związku czy porozumienia międzygminnego. Taką możliwość również Izba uznała za dopuszczalną z uwagi na to, że przepisy u.c.p.g. nie przewidują własnej regulacji w tym zakresie, zaś ustawa o samorządzie gminnym pozwala gminom na realizację ich zadań także w ramach związku czy porozumienia międzygminnego. W tej sytuacji Izba we wskazanym wyżej wyroku⁵¹ przyjęła dopuszczalność takiego rozwiązania wskazując właśnie na zawarte przez gminy wchodzące w skład jednego regionu gospodarki odpadami komunalnymi porozumienie, co do wspólnej strategii postępowania z odpadami. Odwołujący w tym zakresie powoływali się na regulację art. 6d ust. 2 i 3 u.c.p.g. dotyczącą możliwości podziału gminy na sektory, jako wyczerpującą i jednocześnie wskazującą na wolę ustawodawcy ustanowienia zakazu wspólnego udzielania zamówienia.

⁵⁰ Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13 i KIO 832/13, tak też W. Radecki „Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz.”

⁵¹ Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13 i KIO 832/13.

W doktrynie podkreśla się jednak, że przepis ten ma charakter fakultatywny i w tej sytuacji zdaniem Izby nie było podstaw do uznania, że stanowi on normę prawną wykluczającą możliwość zastosowania art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 64 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Przedmiot zamówienia

W myśl art. 6d ust. 4 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności:

- 1) wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;
- 2) rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości;
- 3) standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska;
- 4) obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem;
- 5) szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Omawiana regulacja jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 36 ustawy Pzp i zawiera wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a także wymagania związane z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ramach postępowań na odbiór i zagospodarowanie lub odbiór odpadów.

Wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych

W związku z powyższym, w zakresie wymagania wskazanego przez ustawodawcę w pkt 1 cytowanego przepisu, problemem była ocena czy wymogiem dotyczącym przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) zamawiający ma prawo wskazać w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretny RIPOK. Podnoszono bowiem preferowanie w taki sposób wykonawców prowadzących instalacje

przetwarzania odpadów o statusie RIPOK, co godziło, w ocenie odwołujących, w zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Izba oceniając przedstawione zagadnienie prawne rozstrzygnęła, że w przypadku postępowań, których przedmiotem jest wyłącznie odbiór odpadów zamawiający ma prawo wskazać konkretną instalację RIPOK wynikającą z uchwały sejmiku województwa dla regionu, do którego należy zamawiający. Natomiast takie wskazanie nie jest dopuszczalne, gdy zamawiający określił przedmiot zamówienia jako zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Izba jednocześnie wskazywała, że z u.c.p.g. wynika obowiązek dla przedsiębiorców odbierających odpady do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych i pozostałości z sortowania do RIPOK właściwych dla danego regionu, ewentualne przekazanie odpadów do innych instalacji jest możliwe wyłącznie w sytuacjach wynikających z art. 9l u.c.p.g., to jest w sytuacji, gdy w danym regionie nie ma RIPOK, RIPOK ma awarię lub z innych przyczyn nie może przyjmować odpadów⁵².

Zasadniczo wymóg podania rodzajów odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości nie rodził problemów orzeczniczych, choć sporadycznie pojawiła się wątpliwość, czy zamawiający realizując ten wymóg u.c.p.g. oraz biorąc pod uwagę treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ma obowiązek podać kody odpadów segregowanych, których odbioru oczekuje. Izba stanęła na stanowisku, że przepisy nie nakładają na zamawiającego takiego obowiązku.⁵³

Standard sanitarny wykonania usługi

Kolejnym elementem, który zamawiający ma obowiązek opisać w SIWZ jest standard sanitarny wykonania usługi. Problemy orzecznicze jakie pojawiły się w związku z tym wymaganiem dotyczyły następujących zagadnień:

- nałożenia na wykonawców obowiązku utrzymania w czystości pergoli oraz terenu wokół pergoli i zastrzegania z tego tytułu kar umownych – Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia jest jasno zdefiniowany.⁵⁴
- nakładania sezonowo na wykonawców obowiązku świadczenia usługi mycia i dezynfekcji pojemników, podnoszono zarzuty związane z trudnością wyceny tego

⁵² Wyroki KIO: z dnia 4 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2829/13, z dnia 12 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 738/13, z dnia 15 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 743/13, z dnia 23 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 818/13, z dnia 30 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 874/13, z dnia 7 maja 2013 r. sygn. akt KIO 909/13, z dnia 3 czerwca 2013 r. sygn. akt 1178/13.

⁵³ Wyrok KIO z dnia 13 maja 2013r. sygn. akt KIO 989/13.

⁵⁴ Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 884/13.

wymagania oraz pojawiły się problemy związane z oceną kwalifikacji tego elementu usługi na potrzeby ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT – Izba uznała takie świadczenie za pomocnicze w stosunku do usługi odbioru odpadów i opodatkowane tak jak usługa podstawowa.⁵⁵

- obciążania wykonawców obowiązkiem osiągnięcia określonych poziomów recyklingu i odzysku odpadów i zastrzegania z tego tytułu kar umownych – Izba wielokrotnie uznawała dopuszczalność nałożenia na wykonawców obowiązku osiągnięcia wymaganych wskaźników recyklingu, wskazując jednocześnie, że nie zwalnia to gminy z odpowiedzialności, o której mowa w art. 9z ust. 2 u.c.p.g. W tym zakresie Izba uznawała także dopuszczalność zastrzegania kar umownych jako instrumentów dopingujących wykonawców do prawidłowego odbioru odpadów zbieranych selektywnie.⁵⁶

Obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem

Rozstrzygane przez Izbę spory wynikające z obowiązku zamawiającego prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem dotyczyły przede wszystkim:

- konieczności składania zamawiającemu sprawozdań ich zakresu, częstotliwości i oraz stopnia szczegółowości;
- wymagań dokumentowania przypadków naruszających standard sanitarny przez właścicieli nieruchomości w pergoli i jej otoczeniu;
- obowiązku udokumentowania, w tym za pomocą dokumentacji fotograficznej, nie wypełniania przez właścicieli nieruchomości obowiązków segregowania odpadów wynikających ze złożonych deklaracji;
- obowiązku udokumentowania nieodpowiedniej ilości odpadów, w celu ustalenia odpowiedzialności właściciela nieruchomości za postępowanie z odpadami w sposób niezgodny z ustawą;
- udokumentowania powstania lub likwidacji nowych miejsc gromadzenia odpadów.

Izba w tym zakresie zajmowała stanowisko o dopuszczalności zakładania podwyższonych standardów świadczenia usługi jak np. możliwości częstszego składania

⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1544/13, KIO 1545/13.

⁵⁶ Wyroki KIO: z dnia 4 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2829/12, z dnia 11 lutego 2013r. sygn. akt KIO 159/13, z dnia 29 marca 2013r. sygn. akt KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13, KIO 562/13, KIO 602/13, KIO 603/13, KIO 610/13, KIO 611/13, z dnia 8 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 644/13, KIO 647/13, KIO 648/13, KIO 658/13, z dnia 15 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 771/13, z dnia 8 maja 2013r. sygn. akt KIO952/13, z dnia 22 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2612/13.

sprawozdań, uznawała za dopuszczalne i usprawiedliwione obiektywnymi potrzebami zamawiających nakładanie na wykonawców obowiązków związanych z dokumentowaniem faktu niesegregowania przez właścicieli nieruchomości odpadów, nieprawidłowego ich zbierania, czy zmiany miejsca powstawania odpadów wskazując na zadania własne gmin polegające na nadzorze nad realizacją u.c.p.g., a także wynikające z sankcji, jakie gminy mają wyciągać wobec mieszkańców celem wdrożenia ich do nowego systemu, a także w celu prawidłowego wykonywania kontroli nad obiegiem strumienia odpadów i niedopuszczaniem do sytuacji ich niezgodnego z ustawą składowania.⁵⁷

Jako uboczne pojawiło się zagadnienie prawne, czy zamawiający powinien z wykonawcą zawierać osobną umowę o powierzenie przetwarzania danych osobowych.⁵⁸

Szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości

Kolejne zarzuty wykonawców związane były z opisem przez zamawiającego szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i dotyczyły wymagań zamawiających związanych z nakładaniem na wykonawców następujących obowiązków:

- sporządzania i dostarczania właścicielom nieruchomości harmonogramów odbioru odpadów, możliwości ingerencji zamawiającego w treść tego harmonogramu, obowiązku uzyskiwania akceptacji zamawiającego dla harmonogramu, kar umownych zastrzeganych za nieopracowanie harmonogramu w terminie, jego nieterminowe doręczenie lub niedoręczenie – Izba zasadniczo nie kwestionowała nakładania na wykonawców tego rodzaju obowiązków, uznając, że mieszczą się one w sposobie wykonywania usługi i służą jej prawidłowej realizacji, ewentualne uwzględnienie odwołań w tym zakresie dotyczyło najczęściej niejednoznacznego opisu współdziałania stron w związku z wykonywaniem powyższych obowiązków przez wykonawcę⁵⁹;
- wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki lub/i worki w określonej ilości, pojemności czy kolorystyce; kwestionowane były m.in. obowiązki związane z jednolitą kolorystyką dla pojemników na dany rodzaj odpadu segregowanego, termin

⁵⁷ Wyroki KIO: z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13, z dnia 30 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 874/13, z dnia 29 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 884/13, z dnia 4 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, z dnia 22 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2612/13.

⁵⁸ Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2613/13.

⁵⁹ Wyroki KIO: z dnia 4 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2829/13, z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13, z dnia 29 maja 2013r. sygn. akt KIO 1106/13z dnia 22 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2612/13.

wyposażenia mieszkańców w pojemniki i worki, wymagana ilość tych pojemników czy worków. Niejednoznaczne w ocenie wykonawców były również postanowienia dotyczące zakresu zamówienia w tym przedmiocie, wskazywano na problemy z wyceną kosztu tej części usługi. Rozstrzygając wniesione odwołania Izba dopuszczała możliwość uszczegółowienia sposobu świadczenia usługi, jednocześnie Izba zwracała uwagę na konieczność jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia i wskazania minimalnej i maksymalnej ilości pojemników, które wykonawcy będą zobowiązani dostarczyć, określenia terminu tego dostarczenia w sposób umożliwiający wykonawcom wykonanie zamówienia, oraz nieograniczania dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują pojemnikami zgodnymi z uchwałą rady gminy przez zawężenie przedziału pojemnościowego pojemników⁶⁰;

- odbioru każdej ilości odpadu – Izba stanęła na stanowisku, że wykonawcy muszą odebrać każdą ilość odpadu i tę okoliczność w kalkulować jako ryzyko w cenę oferty⁶¹;
- odbioru odpadu w sytuacji utrudnionego dojazdu do posesji; wymóg uzyskiwania pozwoleń na wjazd na drogę prywatną – Izba uznała to za obowiązek wykonawcy⁶²;
- udziału w obradach rad gminnych – Izba uznała taki wymóg za uzasadniony potrzebą stałego informowania o realizacji usługi i współdziałania przy wykonywaniu usługi⁶³;
- wykonania dostawy ulotek czy folderów informacyjnych przekazanych wykonawcy przez zamawiającego.⁶⁴

Kolejnym problemem wiążącym się z treścią art. 6d ust. 1 u.c.p.g., który stanowi - wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów - było to, czy dopuszczalne jest objęcie przedmiotem zamówienia, poza odbiorem czy odbiorem i zagospodarowaniem odpadów także usługi prowadzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (tzw. PSZOK). Izba rozpatrując postawione na tym tle zarzuty uznała za dopuszczalne włączenie w zakres przedmiotu zamówienia niezależnie od tego czy postępowanie dotyczy wyłącznie odbioru odpadów czy też odbioru i zagospodarowania odpadów także usługi prowadzenia takich punktów. Izba uznała za dopuszczalne wykonanie tego zadania własnego gminy w drodze zlecenia podmiotowi trzeciemu, jakim jest wykonawca.

⁶⁰ Wyroki KIO: z dnia 11 lutego 2013r. sygn. akt KIO 159/13, z dnia 15 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 743/13, z dnia 19 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 786/13, z dnia 30 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 874/13, z dnia 22 listopada 2013r. sygn. akt KIO 2612/13

⁶¹ Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 786/13

⁶² Wyroki KIO: z dnia 19 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 786/13, z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13.

⁶³ Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13.

⁶⁴ Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13.

Izba stwierdziła, że nie ma przeszkód, by wymóg utworzenia i prowadzenia punktów odbioru odpadów był nałożony na wykonawcę odbierającego odpady komunalne, tym bardziej, że takie rozwiązanie jest racjonalne i korzystne przede wszystkim dla mieszkańców.⁶⁵ Jednak w innej sprawie Izba podzielając wcześniej wskazane stanowisko, co do dopuszczalności rozszerzenia przedmiotu zamówienia o organizację i obsługę PSZOK wskazała jednocześnie, że w takim przypadku określanie warunków udziału w postępowaniu powinno być dokonywane z ostrożnością i uwzględniać akcesoryjny charakter tej części przedmiotu zamówienia, tak aby nie dyskryminować wykonawców, którzy są zdolni wykonać jego podstawowy zakres.⁶⁶

Inne zagadnienia związane z opisem przedmiotu zamówienia

Poza wymaganiami związanymi z regulacją szczególną art. 6d ust. 4 u.c.p.g., Izba rozstrzygała także zarzuty związane z opisem przedmiotu zamówienia w oparciu o treść art. 29 ust. 1 Pzp.

Zarzuty dotyczyły przede wszystkim niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, przedstawiania szacunkowego zakresu zamówienia, wadliwego określenia zamówienia publicznego z wykorzystaniem prawa opcji, nieokreślenia strumienia odpadów, niejednoznacznego opisu dodatkowego przedmiotu zamówienia – dostawy pojemników lub worków mieszkańcom, co do ilości i rodzajów tych pojemników czy worków.

Wielokrotnie przedmiotem rozważań Izby była kwestia określenia strumienia odpadów, zakresu świadczenia w przy wyposażaniu w pojemniki i w worki, a także ram przedmiotu zamówienia w ilościach minimalnych i maksymalnych przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie prezentowano pogląd, że zamawiający zobowiązany jest do przekazania wszelkiej dostępnej zamawiającemu wiedzy co do strumienia odpadów, a także potrzeb mieszkańców, jeśli chodzi o pojemniki, z uwagi na charakter zawieranej umowy jako umowy rezultatu oraz zasadę kompletności opisu przedmiotu zamówienia. Izba często wyrażała stanowisko, że wykonawca powinien mieć zagwarantowaną minimalną ilość świadczenia oraz znać jego rozmiar maksymalny, dla prawidłowej kalkulacji oferty i wyceny własnego ryzyka.⁶⁷

Jako przykład rysującego się trendu orzeczniczego można wskazać na próbę sformułowania przez Izbę wytycznych dla zamawiającego, co do minimalnego zakresu opisu

⁶⁵ Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 766/13 i KIO 767/13

⁶⁶ Wyrok KIO z dnia 9 maja 2013r. sygn. akt KIO 919/13

⁶⁷ Wyroki KIO: z dnia 11 lutego 2013r. sygn. akt KIO 159/13, z dnia 19 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 786/13, z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 827/13, KIO 832/13, z dnia 22 maja 2013r. sygn. akt KIO 1057/13. Odmienne Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 779/13.

przedmiotu zamówienia. Izba bowiem w jednym z wyroków stanęła na stanowisku, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest podać:

1. maksymalną ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania przez wykonawców w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
2. maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie wykonawca ma dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
3. Zamawiający powinien dodatkowo wskazać, czy po osiągnięciu ilości maksymalnej odpadów przed upływem terminu na jaki zostanie zawarta umowa, umowa rozwiąże się czy też wykonawcy będzie przysługiwało prawo do zwiększenia wynagrodzenia i w jaki sposób.⁶⁸

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

Ze specyfiką zamówień na zagospodarowanie i odbiór/odbieranie odpadów wiążą się przede wszystkim warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, tj. warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz warunek zdolności technicznej.

Przedmiotem badania Izby była zatem dopuszczalność żądania wykazania się przez wykonawcę :

- określoną ilością i rodzajem pojazdów do wykonywania usługi;
- ich wyposażenia, w szczególności dla zapewnienia możliwości monitorowania ruchu pojazdów za pomocą, których wykonywana jest usługa przez zamawiającego;
- dysponowania bazą magazynowo – transportową;
- a także tytułem prawnym do nieruchomości, na której lokalizowana jest baza.

Izba badając zgodność z ustawą Pzp wymagania dysponowania określoną ilością czy rodzajem pojazdów (np. spełniający normy Euro 4 czy 5), czy dysponowania bazą magazynowo – transportową, niezależnie od tego, że są to elementy podlegające wykazaniu przez wykonawcę w ramach wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej, oceniła je jako dopuszczalne. Mogą bowiem być elementem opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Izba zwracała także uwagę na to, że na potrzeby spełniania warunku udziału w zakresie potencjału technicznego wystarczające jest wykazanie się dysponowaniem takim

⁶⁸ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13.

potencjałem, a nie posiadanie go na własność. Izba uznała, że także wymóg posiadania na dzień składania ofert PSZOK można uznać za wymóg wykazania się konkretną wiarygodnością techniczną.⁶⁹

Na tym tle powstało także zagadnienie prawne dotyczące możliwości postawienia wymagania posiadania deklaracji, promesy czy umowy przedwstępnej z RIPOK danego regionu, jako gwarancji odbioru odpadów od danego wykonawcy w przypadku uzyskania zamówienia. Izba oceniła taki wymóg jako nieprawidłowy, wskazała bowiem, że żaden RIPOK nie może zapewnić danemu wykonawcy ani wyłączności, ani „dysponowania instalacją, w tym znaczeniu, że musi przyjąć odpady od każdego podmiotu zajmującego się ich odbiorem w regionie, dopóki posiada możliwość ich zagospodarowania niezależnie od kolejności zawieranych umów (...) żadne zobowiązanie prowadzącego RIPOK ani żadne zapewnienia w ofercie nie spowodują jeszcze, że wykonawca odbierający odpady będzie je w tej instalacji zagospodarowywał w trakcie realizacji umowy”.⁷⁰ Jednak z tego wymagania część zamawiających, których specyfikacje nie zostały zaskarżone do Izby, w tym zakresie, nie zrezygnowała i na późniejszym etapie przedmiotem sporu przed Izbą była treść udzielanych przez RIPOK zobowiązań.

Zamawiający stawiali także wymóg spełniania warunku posiadania określonych uprawnień do prowadzenia działalności takich jak obowiązek uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, obowiązek wykazania się określonym zezwoleniem na zbieranie czy na zagospodarowanie odpadów, w tym zezwoleń zintegrowanych, konieczności wykazania się odpowiednim zezwoleniem dla każdego z rodzajów odpadów komunalnych określonych przez zamawiającego w SIWZ, konieczności wykazywania się zezwoleniem na transport.

Co do konieczności posiadania przez wykonawcę wpisu do działalności regulowanej, to Izba uznała, że brak takiego wpisu powoduje, że wykonawca nie może wykonywać działalności legalnie. Art. 9c ust. 1 u.c.p.g. stanowi, że: „Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”. Treść tego przepisu nie nasuwa żadnych wątpliwości, iż mamy do czynienia z reglamentacją pewnego rodzaju działalności, której wykonywanie jest uzależnione od dokonania wpisu do rejestru, który przez to nie posiada li tylko charakteru deklaratywnego (informacyjnego). Aby podmiot mógł prowadzić ww. działalność legalnie winien uzyskać stosowny wpis.

⁶⁹ Wyroki KIO: z dnia 12 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 738/13, z dnia 15 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 743/13, z dnia 23 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 818/13, z dnia 4 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1509/13.

⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13.

Zamawiający jako organ władzy publicznej, do tego zobowiązany do prowadzenia przedmiotowego rejestru, nie może akceptować prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów bez wymaganego zezwolenia, czyli uzyskania wpisu do rejestru, bowiem do chwili uzyskania wpisu działalność taka nie jest zgodna z prawem, nawet jeśli omyłkowo wpis nie został dokonany prawidłowo (zgodnie z wnioskiem przedsiębiorcy). Jednocześnie Izba uznała, że nie jest jej zadaniem w ramach środków ochrony prawnej (a wcześniej Zamawiającego – w fazie badania ofert) analiza podstaw faktycznych i prawnych wydania określonego aktu przez właściwy organ.⁷¹

Odnosnie do warunku posiadania uprawnień tj. licencji na transport drogowy Izba stanęła na stanowisku, że w oparciu o art. 33 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym przewozy drogowe na potrzeby własne mogą być wykonywane po uzyskaniu zaświadczenia potwierdzającego zgłoszenie przez przedsiębiorcę prowadzenia przewozów drogowych jako działalności pomocniczej w stosunku do jego podstawowej działalności gospodarczej. Zdaniem Izby, niewątpliwie transport odpadów komunalnych lub nieczystości to transport, który mieści się w pojęciu niezarobkowego przewozu na potrzeby własne, stąd wymóg posiadania licencji nie znajduje oparcia w przywołanych przepisach prawa. Nie zasługuje także na uznanie stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, że wymóg posiadania licencji na transport drogowy jest uzasadniony zakresem przedmiotu zamówienia, który obejmuje także zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych dostarczonych przez mieszkańców miasta do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). Odpady te, jak wskazał zamawiający w SWIZ, są wydzielone ze strumienia odpadów komunalnych i do ich przewozu również nie będzie konieczne posiadanie licencji na transport drogowy.⁷²

Kryteria oceny ofert

W postępowaniach o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie lub sam odbiór odpadów przeważającym kryterium oceny ofert było kryterium cenowe, przy czym była to zarówno ocena ceny całkowitej brutto jak i cen jednostkowych za odpady zmieszane i segregowane, jeśli to one były głównym elementem rozliczeniowym na etapie wykonywania umowy. Izba sporadycznie badała także przypadki wprowadzenia pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przykładowo Izba oceniała kryteria – podwyższonego standardu świadczenia usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych przy wykorzystaniu pojazdów o obniżonej

⁷¹ Wyroki KIO: z dnia 7 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1231/13, z dnia 10 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1525/13; z dnia sygn. akt KIO 1989/13.

⁷² Wyroki KIO: z dnia 15 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 743/13; z dnia 29 maja 2013r. sygn. akt KIO 1129/13.

emisji spalin i podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów procesów biologicznego przetwarzania. Izba wprawdzie nie uznała kryteriów w tym konkretnym przypadku za dopuszczalne przede wszystkim z uwagi na ich dyskryminacyjny charakter, gdyż zamawiający nie uwzględnił, że wszyscy wykonawcy nie będą postępować w identyczny sposób z odpadami i nie wszyscy uzyskają ten sam efekt ekologiczny. Nie mniej jednak pozytywnie został przez Izbę oceniony fakt, że zamawiający zamierzał promować podwyższoną jakość usługi, która w ocenie Izby, w tym konkretnym postępowaniu, powinna się była przekładać, na jak największy współczynnik odzysku odpadów.⁷³ Aktualnie znany jest fakt, że ten zamawiający zrezygnował z dalszych prób określenia prawidłowego kryterium pozacenowego.⁷⁴

Etap badania i oceny ofert

Po upływie terminu składania ofert do najczęstszych problemów należało:

- ocena ceny rażąco niskiej, gdzie poza problemami typowymi dla całego rynku zamówień publicznych, w ramach elementów oferty, które miały wpływ na cenę, wykonawcy wskazywali :
 - posiadanie własnych instalacji, w których będą zagospodarowywać odpady – dla tego rodzaju deklaracji Izba stwierdziła, że przy kalkulacji ceny ofertowej wykonawca ma obowiązek kalkulacji oferty zgodnie z art. 9l u.c.p.g., a więc obowiązku przekazania odebranych odpadów do instalacji RIPOK w regionie z zachowaniem zasady bliskości, a możliwości zagospodarowywania odpadów w instalacjach innych niż RIPOK, czy w instalacjach poza regionem tylko w okolicznościach wskazanych w powołanym przepisie i zgodnie z art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach, zatem Izba uznała, że nie można uznać za prawidłowo skalkulowanej oferty, która zakłada zagospodarowywanie odpadów w innej instalacji niż RIPOK dla danego regionu.⁷⁵ Przy czym Izba wskazała także na interpretację pojęcia zasada bliskości i uznała, że sporna zasada [bliskości] nie może być rozumiana, jako fizyczna odległość [ilość kilometrów] instalacji od miejsca wytwarzania odpadów. Takie postrzeżenie tej zasady prowadziłoby do

⁷³ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13.

⁷⁴ Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2013r. sygn. akt KIO 1831/13.

⁷⁵ Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2013r. sygn. akt KIO 1970/13.

naruszenia konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dawałoby bowiem, z jednej strony monopol administratorowi danej instalacji na „dyktowanie wysokich cen potencjalnym oferentom”, w związku z kosztem zagospodarowania odpadów, a z drugiej strony, taki administrator miałby możliwość uczestniczenia w postępowaniu jako oferent, co niewątpliwie mogłoby mu kreować uprzywilejowaną pozycję. Zdaniem Izby, wskazane okoliczności naruszałyby uczciwą konkurencję i pozostawałyby w sprzeczności z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym, złożenie oferty przez takiego wykonawcę [administratora czy właściciela instalacji] mogłoby być postrzegane jako czyn nieuczciwej konkurencji.⁷⁶

– osiągnięcie zysków ze sprzedaży odpadów zbieranych selektywnie.⁷⁷

- deklarowanie przez wykonawców jednostkowych wartości ujemnych dla cen jednostkowych za odbiór odpadów zbieranych selektywnie.

W tym zakresie Izba uznała za niedopuszczalne zaoferowanie ujemnej ceny jednostkowej za odbiór odpadów zbieranych selektywnie, jeśli zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe za każdą 1Mg osobno zmieszanych odpadów komunalnych i osobno odpadów zebranych selektywnie. Izba taką ofertę uznała za niezgodną z prawem, ustawą i specyfikacją.⁷⁸

- zarzuty zmowy przetargowej⁷⁹, w sytuacji gdy efektem szeregu działań podejmowanych przez dwóch wykonawców był podział rynku pomiędzy siebie i nie odbyło się to w warunkach walki konkurencyjnej (omówienie zagadnienia znajduje się w Części 3 pkt. 1.5 *Informacji*);
- udział radnego gminy jako wykonawcy w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów – Izba stanęła na stanowisku, że brak jest podstaw do wykluczenia przedsiębiorcy, który zrzekł się mandatu radnego, nawet w sytuacji, gdy brał on udział w głosowaniach nad podjęciem uchwał w sprawie gospodarki odpadami, gdyż takiego głosowania nie można uznać za czynność bezpośrednio związaną z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne.⁸⁰

⁷⁶ Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1534/13.

⁷⁷ Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1525/13.

⁷⁸ Wyroki KIO: z dnia 31 maja 2013r. sygn. akt KIO 1153/13, z dnia 29 maja 2013r. sygn. akt KIO 1159/13, z dnia 14 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1290/13 i KIO 1299/13z dnia 14 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1287/13, KIO 1332/13, z dnia 26 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1386/13, z dnia 10 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1549/13. Natomiast w sprawie sygn. akt KIO 1223/13 i KIO 1249/13 Izba uznała, że podanie wartości ujemnej dla odpadów zebranych selektywnie z uwagi na przyjęty przez zamawiającego ryczałtowy charakter ceny nie stoi na przeszkodzie uznaniu oferty za prawidłową, wówczas bowiem wartość ta nie jest ceną, a jedynie elementem kalkulacyjnym.

⁷⁹ Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2013r. sygn. akt KIO 1218/13 i KIO 1225/13.

⁸⁰ Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2013r. sygn. akt KIO 1509/13.

Wnioski

Podsumowując analizę orzecznictwa Izby związaną z tworzeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach na odbiór odpadów albo odbiór odpadów i ich zagospodarowanie, należy stwierdzić, że zamawiający mieli problemy z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia, a ocenę tego czego mogą wymagać od wykonawców komplikował także fakt, iż siatka pojęciowa tak we wzajemnych relacjach pomiędzy u.c.p.g., a ustawą Pzp jak i u.c.p.g., a ustawą o odpadach nie jest jednolita.

Jako postulat de lege ferenda Izba wskazuje właśnie na potrzebę ujednoczenia pojęć stosowanych w tych trzech aktach prawnych, aby na określenie tego samego pojęcia nie funkcjonowały różne sformułowania.

Ponadto znaczne trudności wynikały także z tego, że takiego systemu jaki stworzyła nowelizacja u.c.p.g. nie było dotychczas w Polsce, stąd większość zamawiających bazowało na danych zebranych przez wykonawców w starym systemie, które były nie pełne i dawały jedynie pogląd o szacunkowych ilościach odpadów, które przyjdzie wykonawcom odebrać i zagospodarować, stąd liczne orzeczenia Izby dotyczyły właśnie sposobu określenia strumienia odpadów i kompletności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie realizacji dostaw pojemników i worków na rzecz mieszkańców gmin. Izba wypracowała także jednoznaczne stanowisko co do możliwości wskazywania konkretnych Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych jednolicie przyjmując, że takie wskazanie dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wyłącznie odbiór odpadów.

Na etapie badania i oceny ofert częstym zagadnieniem prawnym był problem cen ujemnych. Powodem jego powstania była nieprzewidywalność wysokości zysków, jakie mają możliwość osiągać wykonawcy ze sprzedaży odpadów zbieranych selektywnie i przełożenia tego faktu ekonomicznego w ramy zamówienia publicznego. Jednak zastosowane przez zamawiających mechanizmy wzajemnych rozliczeń ujawniły problem z kalkulowaniem cen za odpady zbierane selektywnie z uwzględnieniem zysku ze sprzedaży.

1.4. Orzecznictwo związane z rynkiem usług pocztowych

Z dniem 1 stycznia 2013 r. weszła w życie nowa ustawa – Prawo pocztowe⁸¹, której zasadniczym celem była dalsza liberalizacja rynku usług pocztowych. Zmiana ta była wynikiem konieczności implementacji w prawie krajowym stosownych regulacji unijnych⁸².

Najistotniejszym skutkiem wejścia w życie opisanych regulacji było zniesienie obszaru usług, jakie mogły być do tej pory zastrzeżone dla operatora świadczącego usługi powszechne w ramach nałożonego przez państwo obowiązku. Nowa ustawa zlikwidowała bowiem instytucję zastrzeżonych usług pocztowych, do których wykonywania uprawniony był wyłącznie operator publiczny. Zrezygnowano także z instytucji operatora publicznego, którym w świetle dotychczasowych przepisów była Poczta Polska S.A. W to miejsce wprowadzono nową definicję operatora wyznaczonego, zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, który wyłaniany będzie w drodze konkursu na okres określony w ustawie. Z mocy zaś przepisów przejściowych na okres 3 lat, do pełnienia tej roli powołano Poczczę Polską S.A.

Zmiany w zakresie Prawa pocztowego znalazły odzwierciedlenie w treści ustawy Pzp. Wskutek likwidacji instytucji zastrzeżonych usług pocztowych uchylono art. 67 ust. 3 pkt 1 lit. d ustawy Pzp, mocą którego w przypadku zlecenia przez zamawiających tego rodzaju usług o wartościach przewyższających progi unijne odpadał obowiązek informowania Prezesa UZP o wszczęciu postępowań.

Liberalizacja rynku usług pocztowych otworzyła w szerszym zakresie możliwość zlecenia usług pocztowych dotychczas uznawanych za zastrzeżone w trybach konkurencyjnych. W okresie sprawozdawczym zagadnienia związane z nowym prawem pocztowym były przedmiotem rozstrzygnięć w szeregu orzeczeniach KIO. W *Informacji* zdecydowano się skupić na prześledzeniu wpływu liberalizacji Prawa pocztowego na konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście specyficznych instytucji prawa pocztowego.

Istotnym zagadnieniem z tego zakresu było rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności zawarcia w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia wymogu, aby wykonawca wyłoniony w postępowaniu zapewnił potwierdzenie nadania przesyłki rejestrowanej lub przekazu pocztowego, mające moc dokumentu urzędowego. W świetle art. 17 Prawa

⁸¹Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529).

⁸²Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/6 WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. UE L 52/3 z 27 lutego 2008 r.).

pocztowego taki status dokumentu mają tylko potwierdzenia wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego.

Postanowienia SIWZ zawierające wspomniany wymóg były kwestionowane przez operatorów pocztowych, niebędących operatorem wyznaczonym. Operatorzy ci zarzucali zamawiającym naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w ten sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba rozstrzygając w przedmiocie takich zarzutów poddawała ocenie wpływ kwestionowanych postanowień na zachowanie konkurencyjności postępowania, jak również badała, czy sporne wymogi znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

W wyroku z dnia 17 lipca 2013 r.⁸³, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez jedną z jednostek straży miejskiej, Izba stwierdziła, że „[...] bezspornie w sferze działań zamawiającego leży m.in. ochrona spokoju i porządku w miejscach publicznych, czuwanie nad porządkiem i kontrola ruchu drogowego – w zakresie określonym w przepisach o ruchu drogowym, współdziałanie z właściwymi podmiotami w zakresie ratowania życia i zdrowia obywateli, pomoc w usuwaniu awarii – technicznych i skutków klęsk żywiołowych oraz innych miejscowych zagrożeń. Realizując powyższe zadania, jak i szereg innych obowiązków, zamawiający bezspornie nie raz będzie uczestnikiem postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, Kodeksu postępowania cywilnego, Kodeksu postępowania karnego, czy Kodeksu postępowania w sprawach wykroczeń. Nie ulega wątpliwości, iż przytoczone regulacje wielokrotnie wiążą moment nadania przesyłki z wywołaniem określonych skutków prawnych. Dlatego też w ocenie Izby warunek zapewnienia potwierdzenia nadania przesyłki rejestrowanej, które spełnia wymogi określone w art. 17 Prawa pocztowego, wynika z potrzeb zamawiającego [...]”.

Z kolei w wyroku z dnia 7 października 2013 r.⁸⁴, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe dla jednostek sądów i prokuratur, Izba stwierdziła, że „[...] zamawiający nie wykazał, że kwestionowane wymaganie było konieczne (...) ze względu na jego uzasadnione potrzeby[...]”. W tym przypadku Izba wskazała, że „[...] przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie uprawniały zamawiającego do takiego ograniczenia zakresu podmiotowego wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie publiczne[...]”. Zdaniem Izby, „[...] Po pierwsze zmiany dotyczące doręczeń wprowadzone na mocy ustawy Prawo pocztowe do procedury

⁸³Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1550/13.

⁸⁴Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2184/13.

administracyjnej, sądowo administracyjnej, karnej, cywilnej i w sprawach o wykroczenia wprost wskazują na możliwość skorzystania w ramach tego typu usług z pośrednictwa operatora pocztowego, nie zaś tylko i wyłącznie z operatora wyznaczonego. Po drugie, instytucja potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego służy stronom i uczestnikom ww. postępowań celem dochowania terminów procesowych tworząc domniemanie skutkujące uznaniem, iż nadanie pisma w placówce operatora wyznaczonego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu (przepisy K.p.c. o doręczeniach) lub domniemanie dochowania terminu (przepisy K.p.a., K.p.k., K.p.w., dotyczące doręczeń). Po trzecie, (...) dokumentacja tworzona przez jednostki organizacyjne sądownictwa i prokuratury w związku z realizacją ich obowiązków w zakresie doręczeń posiada walor dokumentu urzędowego, gdyż zostaje sporządzona w określonej formie, przez określone jednostki i w ramach ich ustawowych kompetencji. Po czwarte, (...) do działalności podstawowej sądów i jednostek prokuratury odnoszą się terminy instrukcyjne, których niedochowanie nie wywołuje żadnych negatywnych skutków procesowych [...]”.

Jak wynikało z przywołanych orzeczeń, odmienne rozstrzygnięcia Izby, co do możliwości zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia kwestionowanych postanowień obowiązku zapewnienia przez wykonawcę potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego, było wynikiem wnikliwej analizy Izby, co do uzasadnionych potrzeb zamawiających w posiadaniu takiego dokumentu.

Wykazanie potrzeby w posiadaniu takiego dokumentu przez zamawiającego będącego jednostką straży miejskiej doprowadziło do uznania kwestionowanego wymogu za prawidłowy.

Z kolei w drugiej z omawianych spraw zamawiający nie był w stanie wykazać, aby sporne postanowienie było istotne z punktu widzenia jego uzasadnionych potrzeb, co skłoniło Izbę do nakazania usunięcia z SIWZ spornego postanowienia. W tym przypadku wskazano, że „[...] do działalności podstawowej sądów i jednostek prokuratury odnoszą się terminy instrukcyjne, których niedochowanie nie wywołuje żadnych negatywnych skutków procesowych [...]”. Jak wynikało z obu orzeczeń, Izba doszła do przekonania, że to właśnie uzasadnione potrzeby zamawiającego determinują zakres postępowania i mogą wpływać na krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Warto zauważyć, że w obu sprawach Izba poddała ocenie wpływ kwestionowanego wymogu na konkurencyjność postępowania.

W sprawie, w której Izba nakazała zamawiającemu rezygnację z konieczności zapewnienia przez wykonawcę spornego dokumentu⁸⁵ stwierdzono, że za uznaniem

⁸⁵Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2184/13.

omawianego wymogu za nadmierny przemawia konieczność zachowania konkurencyjności postępowania. Wskazano mianowicie, że „[...] Wymóg ten, biorąc pod uwagę skutek w postaci całkowitej eliminacji konkurencji w postępowaniu, godzący w naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, jest nadmierny i prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy wskazanymi wyżej zasadami a potrzebami podmiotu zamawiającego. Pomędzy powyższymi i stojącymi wobec siebie w opozycji cechami postępowania zachodzi swego rodzaju równowaga pozwalająca jednocześnie uczynić zadość wymaganiom zamawiającego, przy jednoczesnym respektowaniu naczelną zasad systemu zamówień publicznych [...]”.

Z kolei w sprawie, w której wymóg zapewnienia potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego uznano za prawidłowy⁸⁶, Izba podkreśliła, że rozstrzygnięcie nie oznacza, na tle tego stanu faktycznego, wyłączenia konkurencyjności postępowania. W tym przypadku Izba brała pod uwagę, że „[...]Skoro zamawiający nie zastrzegł jak należy realizować przedmiotową usługę, aby potwierdzenie nadania miało moc dokumentu urzędowego, to nie można wykluczyć realizacji tej części zamówienia z wykorzystaniem operatora wyznaczonego. Zgodnie z art. 36 ust. 1 Prawa pocztowego operator pocztowy, który zawarł z nadawcą umowę o świadczenie usługi pocztowej, może po przyjęciu przesyłki pocztowej powierzyć dalsze wykonanie usługi innemu operatorowi pocztowemu na podstawie umowy o współpracę zawieranej w formie pisemnej, przy czym powyższe nie narusza prawa operatora pocztowego, do powierzenia podwykonawcy dalszego wykonania w imieniu tego operatora usługi, na podstawie umowy zawartej w formie pisemnej[...]”.

Wyrok z dnia 7 października 2013 r.⁸⁷, dotyczący doręczania przesyłek dla jednostek sądów i prokuratur, został zaskarżony przez zamawiającego. W uzasadnieniu skargi podano, że prokurator jest (może być), jako strażnik interesu publicznego, w każdym postępowaniu cywilnoprawnym, administracyjnym i sądowno administracyjnym, uczestnikiem na prawach strony. Powyższe, zdaniem skarżącego, świadczy o tym, że zamawiając usługi pocztowe dla sądów i prokuratur wykazał uzasadnioną potrzebę w zapewnieniu sobie dokumentu urzędowego potwierdzenia nadania w placówce operatora wyznaczonego.

W kolejnym wyroku z dnia 16 grudnia 2013 r.⁸⁸, Izba rozstrzygała w przedmiocie zagadnienia istotnego z punktu widzenia konkurencyjności postępowań na usługi pocztowe.

⁸⁶Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1550/13.

⁸⁷Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2184/13.

⁸⁸Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2762/13.

W tym orzeczeniu Izba stanęła przed koniecznością odpowiedzi na pytanie, czy operator wyznaczony jest wyłącznym podmiotem zdolnym do samodzielnej obsługi korespondencji wychodzącej, przeznaczonej do doręczenia poza granicami kraju.

Rozstrzygnięcie Izby wiązało się w koniecznością dokonania wykładni art. 4, art. 5 oraz art. 178 ust. 1 ustawy – Prawo pocztowe, w myśl których:

- do świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym stosuje się przepisy ustawy, jeżeli międzynarodowe przepisy nie stanowią inaczej,
- zadania z zakresu działalności pocztowej, określone dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych, wykonuje operator wyznaczony,
- Poczta Polska pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie przedmiotowej ustawy.

Izba uznała, że fakt wskazania Poczty Polskiej S.A. (jako operatora wyznaczonego) do wykonywania zadań z zakresu działalności pocztowej, określonych dla zarządów pocztowych lub administracji pocztowych w międzynarodowych przepisach pocztowych, niewątpliwie nakłada na Poczta Polska S.A. obowiązki wynikające z tych międzynarodowych przepisów pocztowych, jednak nie oznacza zakazu świadczenia usług pocztowych w obrocie zagranicznym przez innych niż operator wyznaczony operatorów pocztowych. Zdaniem Izby również operator pocztowy, niebędący operatorem wyznaczonym, może świadczyć usługi pocztowe w obrocie zagranicznym choćby na podstawie umowy o współpracę zawartej z operatorem wyznaczonym na terenie Unii Europejskiej, który jest członkiem Światowego Związku Pocztowego.

Także ten wyrok został zaskarżony. W skardze na ww. orzeczenie Izby wniesionej przez odwołującego, skarżący podniósł, że w świetle przepisów prawa międzynarodowego, operatorem wyznaczonym przez Polskę do zapewnienia świadczenia usług pocztowych i wypełniania obowiązków wynikających z Aktów Światowego Związku Pocztowego jest Polska Poczta S.A., zaś inni operatorzy pocztowi nie mają prawa świadczyć usług pocztowych w obrocie zagranicznym.

Podsumowując, w związku z liberalizacją prawa pocztowego należy oczekiwać wzrostu liczby postępowań odwoławczych w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem będą usługi pocztowe, stanowiące znaczący element rynku. Powyższe wynika z likwidacji instytucji zastrzeżonych usług pocztowych oraz utraty przez Poczta Polska S.A. statusu operatora publicznego.

Z treści orzeczeń jakie zapadły w okresie sprawozdawczym wynika, że Izba obowiązana będzie do dokonywania wykładni specyficznych instytucji nie tylko krajowego, ale i międzynarodowego prawa pocztowego. Wykładni tych przepisów dokonywać zaś będzie w świetle jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych, jaką jest zasada uczciwej konkurencji. Kształtowaniu linii orzeczniczej sprzyjać zapewne będą rozstrzygnięcia, jakie zapadać będą przed Sądami Okręgowymi, rozpoznającymi skargi wobec orzeczeń Izby.

1.5. Nielegalne porozumienia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawa odrzucenia oferty

Zasadniczym aktem prawnym regulującym kwestie związane z ochroną konkurencji w Polsce jest ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów⁸⁹, nazywana również ustawą antymonopolową. Ustawa ta formułuje ograniczenia dla przedsiębiorców i wprowadza zakaz podejmowania przez nich działań, które mogłyby ograniczyć konkurencję, a mianowicie zakaz zawierania przez przedsiębiorców porozumień, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji – określanych jako „zmowa przetargowa”. Czyny kwalifikowane jako stanowiące przejaw nieuczciwej konkurencji określa również ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁹⁰.

Na gruncie Pzp – tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO – nielegalne porozumienia („zmowy przetargowe”) uznano za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, wskazując na jedną z przesłanek obligatoryjnego odrzucenia oferty w przypadku ujawnienia takiej okoliczności.

Zmowa przetargowa przy składaniu ofert jest przejawem zachowania wykonawców, polegającym na złożeniu przez co najmniej dwóch wykonawców ofert w postępowaniu i jedynie pozornym konkurowaniu przez tych wykonawców. Te zachowania w postępowaniach o zamówienia publiczne dotyczyły w szczególności działań, polegających m.in. na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

W orzecznictwie Izby, w ślad za stanowiskiem SN,⁹¹ podnosi się „[...]że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe[...]” oraz, że każdorazowo o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest zmowa przetargowa, może przemawiać zestawienie

⁸⁹Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

⁹⁰Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁹¹Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06.

okoliczności, których przypadkowe wystąpienie, gdyby nie współdziałanie wykonawców, nie byłoby możliwe, bowiem wystąpienie zmowy przetargowej zwykle nie znajdzie wyrazu w formalnym dokumencie, a także, że uczestnicy takiego porozumienia nie będą się do niego przyznawać ani w formalny sposób go eksponować, a jej ustalenie musi odbywać się na podstawie poszlak i zestawienia całokształtu okoliczności, które razem wzięte doprowadzą do wniosku, iż w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, pewne sytuacje nie zostałyby ukształtowane w taki sposób, gdyby nie były wynikiem porozumienia wykonawców.

W orzecznictwie tym, na podstawie podobieństw złożonych ofert, analogicznych błędów w ich treści, złożenia identycznych autorskich opracowań, KIO uznawała, że wykonawcy składający oferty działali w warunkach niedozwolonego porozumienia, uznając, że mamy do czynienia ze złą przetargową.

Takie zagadnienie w 2013 r. było rozstrzygane przez KIO w następujących orzeczeniach:

- w wyroku z dnia 15 stycznia 2013 r.⁹² Izba uznała, że w postępowaniu mającym za przedmiot konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej w podziale na dziesięć części doszło do popełnienia przez pięciu wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na dokonaniu zmowy przetargowej przy składaniu ofert, co sprowadza się w szczególności do takiego złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, aby wykonawcy ze sobą nie konkurowali; Izba w tym przypadku, po przeanalizowaniu okoliczności wskazujących na działanie wykonawców w warunkach porozumienia, takich jak: powiązania osobowe pomiędzy wykonawcami – zajmowanie przez te same osoby funkcji w organach kilku spółek; wzajemne udostępnienie przez wykonawców zasobów; wspólny adres, nr faksu i adres mailowy a także jeden sekretariat kilku podmiotów; identyczne błędy w formularzach ofertowych i kosztorysach; znaczny stopień podobieństwa cen jednostkowych w formularzach cenowych kilku wykonawców; złożenie ofert przez tych samych wykonawców w jednym terminie i tej samej godzinie, co wskazuje na złożenie ich przez jedną osobę; podpisanie dwóch ofert przez tę samą osobę, uznała zaistnienie zmowy przetargowej pomiędzy pięcioma wykonawcami. W uzasadnieniu stanowiska Izba podkreśliła, że zestaw okoliczności ustalonych w sprawie wskazuje, że nie jest możliwym, bez zaistnienia porozumienia między wykonawcami, którego przedmiotem jest złożenie przez nich ofert na różne części zamówienia w taki sposób, by nie były

⁹²Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2865/12.

one wobec siebie konkurencyjne (dotyczyły różnych części), złożenie ofert o takiej treści i kształcie. Ustalone okoliczności przemawiały za uznaniem, że celem tego porozumienia był podział lokalnego rynku (miasta Poznań) usług związanych z konserwacją i utrzymaniem zieleni miejskiej pomiędzy wykonawców ze sobą powiązanych, w istocie funkcjonujących w ramach związku gospodarczego;

- w wyroku z dnia 20 marca 2013 r.⁹³, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła ocenę zamawiającego o dopuszczeniu się przez wykonawców zmowy przetargowej w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, na podstawie podobieństw ofert (podobieństwa cen częściowych w zakresie 24 z 28 pozycji) oraz powiązań pomiędzy wykonawcami; Izba podkreśliła, że podstawą dla stwierdzenia, iż wykonawcy działali wspólnie i w porozumieniu przygotowując oraz składając swoje oferty, mając na celu uzyskanie możliwości wpływania na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy i interesom zamawiającego, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy. Udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawnokarną, na tzw. poszlakach), tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert; powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r.⁹⁴. Nieuzasadnione jest, zdaniem KIO, postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa;
- w wyroku z dnia 6 czerwca 2013 r.⁹⁵, Izba uznała działanie wykonawców w postępowaniu na świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych w podziale na cztery części zamówienia w warunkach zmowy przetargowej uznając, że efektem szeregu działań podejmowanych przez dwóch wykonawców był podział rynku; Izba podkreśliła, że wykonawcy ci zaoferowali najniższe ceny we wszystkich częściach

⁹³Wyrok KIO z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 517/13.

⁹⁴Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt III SK 6/06.

⁹⁵Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1218/13.

zamówienia, przy czym, ze względu na całokształt sytuacji, można przypuszczać, że spodziewane uzyskanie zamówienia w całości przez obie te firmy umożliwiło kalkulację cen na możliwie niskim poziomie, co uzasadniało zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

- w wyroku z dnia 23 grudnia 2013 r.⁹⁶, KIO podzieliła stanowisko zamawiającego o popełnieniu przez dwóch wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji w postaci zmywy przetargowej w postępowaniu dotyczącym naprawy i montażu oznakowania ulic; na podstawie okoliczności towarzyszących złożeniu ofert, wskazujących na działanie przez wykonawców w porozumieniu (te same nazwiska i adresy zamieszkania oraz adresy prowadzenia działalności gospodarczej obu wykonawców, prowadzenie działalności gospodarczej o identycznym charakterze; złożenie obu ofert przez tę samą osobę w tej samej dacie, identyczne oznaczenie i oklejenie kopert zawierających oferty, sporządzenie ofert w tej samej dacie i opatrzenie ich tym samym datownikiem, podobieństwa oferty w zakresie ich układu – analogiczny układ oświadczeń i dokumentów w każdej z ofert, zawarcie w każdej z ofert opieczętowanej za zgodność z oryginałem pustej, nie zawierającej treści kopii wydruku z CEIDG, identyczne błędy w złożonych przez obu wykonawców kosztorysach ofertowych, popełnienie w obu ofertach w kosztorysach tego samego błędu w postaci zdefiniowania stawki zysku jako podatku VAT, przyjęcie w kosztorysach ofertowych w ofertach obu wykonawców identycznych nakładów pracy, sprzętu czy zużycia materiałów), uznano, że wykonawcy dopuścili się zmywy przetargowej;
- w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r.⁹⁷, Izba nie dopatrzyła się natomiast czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest zmywa przetargowa w fakcie złożenia ofert przez dwóch wykonawców, z których jeden udostępnił drugiemu swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2 b Ustawy Pzp Izba podkreśliła, że w postępowaniu dotyczącym dostawy pomp i zespołów pompowych w podziale na zadania, sam fakt oferowania produktów innego wykonawcy i uzyskania jego wsparcia przy sprzedaży, czego wyrazem było zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, nie świadczył o wejściu obu wykonawców w antykonkurencyjne porozumienie, polegające na uzgodnieniu warunków ofert w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że na rynku istnieje praktyka zapewnienia przez producenta towaru wsparcia kupującemu na etapie dostawy; działanie takie nie było również, w ocenie

⁹⁶Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r. Sygn. akt: KIO 2851/13.

⁹⁷Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1872/13.

KIO, sprzeczne z prawem – udostępnienie własnych zasobów innemu przedsiębiorcy to instytucja wyraźnie dopuszczona przez prawo i opisana w art. 26 ust. 2b Pzp, a ponadto na rynku dostaw pomp, istnieje zwyczaj udostępniania własnych zasobów innym podmiotom, co potwierdziło także zachowanie innego wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w innym okresie. Izba nie uznała także za znowę przetargową złożenie ofert przez wykonawców ze sobą powiązanych na różne zadania w ramach jednego postępowania;

- w wyroku z 19 grudnia 2013 r.,⁹⁸ w postępowaniu dotyczącym utrzymania czystości, odśnieżania i likwidowania śliskości na drogach na terenie gminnym, w podziale na zadania, KIO uznała, że nawet stosując szeroką definicję porozumienia z art. 4 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która obejmuje uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez przedsiębiorców, prowadzące do koordynacji ich zachowań rynkowych i przyjęcia sposobu współpracy, którego skutkiem jest lub może być ograniczenie konkurencji, wnoszący odwołanie nie udowodnił nielegalności porozumień pomiędzy tymi wykonawcami, a które zdaniem Izby mogły być przede wszystkim efektem naturalnej gospodarczej współpracy w ramach grupy; Izba zauważyła, że co prawda dla odrębnych zadań III i IV zastosowano te same ceny jednostkowe, a w przypadku zadania II i V zastosowano ceny różne i ta okoliczność nie potwierdza, również sygnalizowanej przez odwołującego w tym postępowaniu znowy cenowej;
- w wyroku z dnia 4 lutego 2013 r.⁹⁹ KIO poddawała analizie zarzut złożenia, w postępowaniu mającym za przedmiot dostawę dla kopalń siatek okładzinowych oraz zestawów naprawczych opinki wyrobisk chodnikowych w podziale na siedem zadań, przez dwóch wykonawców ofert, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O istnieniu między konkurencyjnymi konsorcjami wykonawców znowy miało świadczyć, według odwołującego: istnienie powiązań osobowych – te same osoby w różnych konfiguracjach wchodzące w skład organów obu konsorcjów, podobieństwa nazw członków konsorcjów, powiązań osobowych podmiotów wystawiających referencje członkom konsorcjum, podobieństwo ofert złożonych przez konsorcja: ta sama treść i układ dokumentów oferty, w tym spisu treści i pełnomocnictwa (w dwóch pełnomocnictwach odniesiono się do tego samego § 2 Umowy o Współpracy), złożenie ofert na te same zadania (zadanie 1, 2, 3, 4 i 5) bez jednoczesnego złożenia

⁹⁸Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2830/13.

⁹⁹Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 149/13.

ofert na zadania nr 6 i 7, w przypadku wszystkich zadań cena oferty jednego konsorcjum wyższa niż cena oferty drugiego wykonawcy, nie załączenie w jednej z ofert informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Powyższe miało – zdaniem odwołującego – na celu zapewnienie udzielenia zamówienia jednemu z pozostałych w porozumieniu konsorcjów, przy czym w przypadku, gdyby w postępowaniu oferty złożyły wyłącznie te dwa konsorcja, to zamawiający nie przeprowadzałby aukcji elektronicznej, a jedno z konsorcjów mogłoby nie uzupełnić opinii bankowej, co z kolei skutkowałoby odrzuceniem oferty i wyborem oferty drugiego konsorcjum – oferty droższej – jako oferty najkorzystniejszej. KIO uznała, że odwołujący nie udowodnił istnienia zmywy przetargowej, a przytoczone w treści odwołania okoliczności istnienia powiązań osobowych członków konsorcjów, istnienia powiązań osobowych podmiotów wystawiających referencje członkom konsorcjum, liczne podobieństwo ofert złożonych przez wykonawców przejawiające się w tej samej treści i układzie dokumentów oferty, w tym spisu treści i pełnomocnictwa, złożenia oferty na te same zadania (zadanie 1, 2, 3, 4, i 5) i jednocześnie zrezygnowania z ubiegania się o zamówienie w zakresie zadania nr 6 i 7, gdzie w przypadku wszystkich zadań cena oferty jednego konsorcjum była wyższa niż cena oferty drugiego konsorcjum, pierwotnego nie załączenia do oferty złożonej przez jedno z konsorcjów informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, nie przesądzają o istnieniu zmywy przetargowej, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jako działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zagrażającemu lub naruszającemu interes innego przedsiębiorcy lub klienta. KIO podkreśliła że w obowiązującym porządku prawnym przedsiębiorcy działają na zasadzie swobody gospodarczej, która może doznawać pewnych ograniczeń jedynie w sytuacjach określonych ustawowo, a żadna z powołanych odwołującego okoliczności nie daje podstawy prawnej do ograniczenia zasady swobody gospodarczej, w szczególności w zakresie możliwości tworzenia przez wykonawców powiązań osobowych i kapitałowych. Izba zwróciła uwagę, że dobre obyczaje w obrocie nie zostały w żaden sposób skodyfikowane, a zachowania jedynych przedsiębiorców mogą w ocenie innych stanowić działania nieetyczne pod względem handlowym, podczas gdy te same przejawy działalności tych samych wykonawców będą traktowane przez innych, jako nie transparentne. Z tego powodu Izba nie uznała powołanych w odwołaniu okoliczności, jako łamiących dobre obyczaje w obrocie gospodarczym, uznając zarazem, że obok ustalenia braku wystąpienia przesłanki naruszenia prawa

i dobrych obyczajów nie wystąpiła również sytuacja zagrożenia i naruszenia interesu Odwołującego; przypadek potencjalnego zagrożenia i naruszenia interesu Odwołującego w rozpoznawanej sprawie nie wystąpił – według Izby – z powodu dopuszczenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, która jest jedną z najbardziej konkurencyjnych procedur, abstrahującą od tożsamości danego wykonawcy;

- w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r.¹⁰⁰, KIO uznała za nieudowodniony zarzut zmowy, w postępowaniu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, pomiędzy dwoma wykonawcami, wskazując, że został on uzasadniony przez odwołującego stwierdzeniem, że „[...]dalsza analiza ofert uzasadnia postawienie hipotezy o istnieniu pomiędzy nimi zmowy cenowej[...]”. Izba wskazała, że przy tej argumentacji należy stwierdzić, że poza postawieniem hipotezy co do zmowy cenowej pomiędzy wykonawcami, odwołujący nie przedstawił żadnych racjonalnych argumentów, ani w szczególności dowodów na poparcie tego zarzutu; podkreślono, że odwołujący twierdził w odwołaniu, że wymaga zbadania okoliczność, czy jeden z wykonawców świadomie nie złożył oferty zawierającej rażąco niską cenę, z zamiarem świadczenia usług podwykonawczych na rzecz drugiego wykonawcy w przypadku odrzucenia przez zamawiającego oferty najtańszej z uwagi na cenę nierealną i odbiegającą od standardów rynkowych. Izba stwierdziła jednak, że z uwagi na kontrydiktoryjność postępowania odwoławczego, to po stronie odwołującego spoczywa ciężar udowodnienia twierdzeń, na które się powołuje, formułując zarzuty odwołania, stosownie do art. 6 K.c.; odwołujący jest zobowiązany wykazywać fakty potwierdzające zarzuty, a wskazywanie jedynie wątpliwości nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu przez Izbę; w konsekwencji, zarzut zmowy cenowej Izba uznała za nieudowodniony przez odwołującego.

W konkluzji stwierdzenia wymaga, że za czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać, obok takiego czynu w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁰¹, także nielegalne porozumienia w znaczeniu wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określane potocznie jako „zmowy przetargowe”. Popęlnienie przez wykonawcę takiego czynu, kwalifikowanego jako czyn nieuczciwej konkurencji, stanowi powód do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

¹⁰⁰Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1282/13.

¹⁰¹Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 ze zm.).

Podstawą dla stwierdzenia, że wykonawcy działali wspólnie i w porozumieniu przygotowując oraz składając swoje oferty, mając na celu uzyskanie możliwości wpływania na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy Pzp, i interesom zamawiającego, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy, a nie bezpośrednie dowody na zaistnienie nielegalnego porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dostrzegalne jest także, że rozpoznawane sprawy dotyczące niedopuszczalnych porozumień miały za przedmiot stosunkowo często usługi sprzątnia, utrzymania zieleni, a nie dostawy. Stwierdzone przypadki nielegalnych porozumień dotyczyły niejednokrotnie postępowań, gdzie zamówienie zostało podzielone na części lub zadania, zaś wyrazem takiego porozumienia był wtedy zamiar podziału takiego zamówienia między wykonawców.

1.6. Skutki upływu terminu związania ofertą i braku zgody na przedłużenie tego terminu jako przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, jeśli nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

Z kolei przepis art. 46 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, przy czym, zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp, zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

W praktyce postępowań o zamówienie publiczne, kwestia upływu w toku postępowania o zamówienie publiczne terminu związania ofertą stanowi zagadnienie występujące relatywnie często.

Dostrzega się w orzecznictwie, że przesłanka wykluczenia wykonawcy wynikająca z nie zgodzenia się przez wykonawcę na przedłużenie okresu związania ofertą, związana

jest z regulacją art. 85 ust. 2 Pzp, to jest z opisaną w tym przepisie sytuacją, gdy zamawiający skorzystał z możliwości zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu a wykonawca nie wyraził zgody na takie przedłużenie. Przepis ten przewiduje, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Zagadnienie dotyczące skutków upływu terminu związania ofertą – mimo braku zmiany regulacji w tym zakresie – jest w praktyce różnie postrzegane, w szczególności zależnie od tego, na jakim etapie nastąpił upływ terminu związania ofertą (po wyborze oferty, ale przed podpisaniem umowy – stosownie do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r.¹⁰²), a także od tego, czy zamawiający skorzystał z przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, możliwości wystąpienia do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą, czy też tego wystąpienia zaniechał.

Orzecznictwo wypracowane w roku 2013 w odniesieniu do tej kwestii, prezentowało następujące stanowiska:

- wyrażany jest pogląd, że upływ w toku postępowania o zamówienie publiczne terminu związania ofertą – jego nieprzedłużenie przez wykonawcę – stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp¹⁰³. Odnosząc się do ostatniej części dyspozycji omawianego przepisu zwraca się uwagę, że znajduje on zastosowanie w dwóch przypadkach i w zakresie tych dwóch przypadków może zachodzić okoliczność do wykluczenia wykonawców; komentowany przepis znajduje bowiem swoje odniesienie (nie wprost) do sytuacji opisanej w przepisie art. 85 ust. 2 Pzp, i sytuacje te należy traktować identycznie. Skoro bowiem wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą samodzielnie lub na wezwanie zamawiającego, to brak wyraźnego oświadczenia wykonawcy w powyższym zakresie skutkuje taką samą sankcją, gdyż nie jest możliwa sytuacja różnego traktowania wykonawców, uzależniona od dokonania czynności przez zamawiającego. Ustawodawca dopuszczając alternatywny sposób przedłużania terminu związania ofertą nie dopuścił alternatywnego wykluczania wykonawców z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp). Sankcja przewidziana przez ustawodawcę jest bowiem jedna, dlatego też sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę)

¹⁰²Postanowienie TK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08.

¹⁰³Pogląd taki wyrażono, przykładowo, w wyroku KIO z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2537/13.

przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofertą. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu – braku związania ofertą; brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonania jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru, jako najkorzystniejszej. Izba podzieliła ugruntowane już orzecznictwo, iż odmienna sytuacja występuje, gdy oferta już wybrana przestaje wiązać, co nie wyklucza możliwości zawarcia umowy z wykonawcą składającym taką ofertę, oczywiście po wyrażeniu przez tego wykonawcy zgody, na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie¹⁰⁴;

- prezentowane było także stanowisko odmienne, wskazujące na brak możliwości wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w stosunku do wykonawcy, który nie był wzywany do przedłużenia terminu związania ofertą¹⁰⁵;
- prezentowane było również stanowisko, wskazujące na brak podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a także odrzucenia oferty, z zaakcentowaniem, że dopuszczalne jest przyjęcie poprzez inne czynności wykonawcy (przedłużenie wadium, prowadzenie postępowania odwoławczego) dalszego zainteresowania wykonawcy udziałem w postępowaniu, co nawiązuje do dorozumianego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W uzasadnieniach wyroków¹⁰⁶ Izba podkreślała, że upływ terminu związania ofertą bez jego przedłużenia na dalszy czas trwania postępowania, może być rozpatrywany jako nie skutkujący dyskwalifikacją wykonawcy z postępowania, jeśli okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym wyraża intencję uzyskania zamówienia podtrzymując zabezpieczenie oferty wadium, czy też realizując wolę swojego udziału w postępowaniu poprzez składanie środków ochrony prawnej na czynności eliminujące go z tego postępowania. Wskazuje się również, że upływ terminu związania ofertą, rodzi ten skutek, że wykonawca nie ma już obowiązku zawarcia umowy na warunkach podanych w ofercie, a jedynie jest do tego uprawniony. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości,

¹⁰⁴ Pogląd taki Izba wyraziła również w wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 776/13, a nadto w szeregu wcześniejszych orzeczeń – *vide*: wyroki KIO z dnia 7 września 2012 r., sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12, czy uchwały KIO z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO/KU 89/12 oraz dnia 5 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/KD 46/10.

¹⁰⁵ Pogląd taki wyraziła KIO w wyroku z dnia 4 września 2013 r., sygn. akt KIO 2019/13.

¹⁰⁶ Wyroki KIO z dnia: 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 655/13, 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13, 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13.

polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty; z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy; w związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp; ograniczenie związania ofertą terminem określonym w myśl art. 85 ust. 1 Pzp służy ochronie interesów wykonawcy i ma na celu zapewnienie mu możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu może on już nie być zainteresowany podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie; zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, na gruncie przepisów ustawy Pzp, jest dopuszczalne;

- w analogiczny sposób ocenione zostały przez Izbę skutki nieprzedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawcę nie wezwanego przez zamawiającego do przedłużenia tego terminu na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp KIO, odnosząc się do tej kwestii¹⁰⁷ wskazała, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, a także że w interesie zamawiającego powinno leżeć sprawne wyłonienie wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę i udzielenie mu zamówienia. W ocenie składu orzekającego, sama instytucja „związania ofertą” służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać, w innej sytuacji działania zamawiającego są obdarzone dużą dozą ryzyka, że wybrany wykonawca nie tylko uchyli się od zawarcia umowy, ale także z tego tytułu nie poniesie żadnych materialnych konsekwencji, a taka sytuacja może doprowadzić u zamawiającego do np. niewykonania zamówienia, możliwości utraty uzyskanych na realizację przedmiotu zamówienia środków finansowych, bądź potrzebę wyboru droższej oferty, a nie tej wybranej pierwotnie, jako najkorzystniejszej. Izba uznała, że to zamawiający odpowiedzialny jest za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego, to on w istocie decyduje o dacie wyboru oferty, stąd posiada możliwość kontroli, czy termin wynikający z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, upłynie przed, czy po terminie wyboru oferty. Tym samym przedłużenie tego terminu związania ofertą wykonawców leży przede wszystkim w interesie zamawiającego, gdyż zabezpiecza jego interesy; to on bowiem dzięki temu ma pewność co do stabilności

¹⁰⁷Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13.

i stałości treści złożonej oferty pomimo upływającego czasu. Izba, odnosząc się do ewentualnych skutków prawnych braku związania ofertą przez wykonawcę stwierdziła, że Pzp, nie zawiera przepisu, który wprost stanowiłby o tym, że wybór oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważny, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje bowiem o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu – jedyną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp KIO podkreśliła, że nie można mówić o braku zgody odwołującego na przedłużenie związania ofertą, która mogłaby skutkować jego wykluczeniem, albowiem zamawiający z takim wnioskiem do wykonawców w ogóle nie wystąpił i tym samym wykonawców o taką zgodę nikt nie pytał¹⁰⁸;

- wyrażany w orzecznictwie był także pogląd o braku znaczenia upływu terminu związania ofertą dla możliwości zawarcia umowy. Izba, odnosząc się do kwestii przesłanek materialno-prawnych, warunkujących merytoryczne rozpatrzenie odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp)¹⁰⁹, podkreśliła, że „[...]Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie prawa zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach

¹⁰⁸ Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 23 marca 2012 r., sygn. akt KIO 467/12 i 483/12, wskazując, iż „[...] Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nawet po upływie terminu związania ofertą, wobec braku w art. 89 ust. 1 Pzp, przesłanki pozwalającej na odrzucenie oferty z tego powodu, nie ma podstaw do nierozpatrywania takiej oferty”. Jednocześnie de lege lata żaden z przepisów ustawy Pzp, nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest [...]” oraz m.in. w uchwałach z dnia 2 listopada 2012 r., sygn. akt KIO/KD 85/12 i z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt KIO/KD 44/11.

¹⁰⁹ Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1953/13.

publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Powyższa odrębność, w ocenie Izby, przesądza, że odwołujący, pomimo, iż nie jest już związany ofertą, to jednak legitymuje się wciąż interesem w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niewątpliwie bowiem istnieje możliwość podpisania skutecznej umowy o zamówienie publiczne między odwołującym a zamawiającym, gdyż oferta odwołującego nie została odrzucona, ani nie został on z postępowania wykluczony.[...]¹¹⁰;

- w orzecznictwie KIO wskazywano również na niespełnienie przesłanek materialno-prawnych w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp (brak możliwości poniesienia szkody), w odniesieniu do wykonawcy, który poprzez własne działania lub zaniechania dopuścił do wygaśnięcia ważności swojej oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, w związku z brakiem przedłużenia okresu związania ofertą. Przykładem jest wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r.¹¹¹, w którego uzasadnieniu wskazano, że „[...]należy przeciwstawić się pogładowi, że wszelkie czynności czy instytucje ustawie nieznane, tylko z tego względu nie mogą wywierać skutków prawnych. Tego typu sytuacja występuje np. w przypadku wygaśnięcia związania ofertą, którego skutki definiować i rozpoznawać należy na gruncie norm K.c., których przepisy ustawy w tym zakresie nie modyfikują, ale pozostają z nimi w pełnej zgodności i korelacji. Oferta może więc być uznana za wygasłą czy niewiążącą, nawet bez jej formalnego odrzucania lub wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy art. 89 lub 24 Pzp W tym zakresie należy w pełni poprzeć i powielić stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 7 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1817/12 i 1822/12). Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 24 lutego 2010 r. (sygn. SK 22/08) wskazał na możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. Pogląd ten jest zgodny z aktualnym stanem prawnym, obecnie przepisy nie wymagają zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie związania ofertą (vide art. 94 Pzp). Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych odróżnić jednak należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzającej udzielenie zamówienia. Nie budzi wątpliwości Izby, że wybór oferty najkorzystniejszej (niejako jej „przybicie” przez zamawiającego) musi nastąpić w terminie związania ofertą, a

¹¹⁰Więcej na ten temat w Części 3 pkt 3 Informacji.

¹¹¹Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 109/13.

wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert.[...]”. W uzasadnieniu podkreślono również, że oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania oferta winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczanej w art. 27 Pzp; nie podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy – korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej, wykonywania czynności faktycznych lub prawnych związanych z przedłużaniem ważności wadium. Podkreślono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia woli wykonawcy winny być interpretowane z zastosowaniem dyrektyw wynikających z przepisów Kodeksu cywilnego, szczególnie art. 65 K.c., ale istnienie oświadczeń woli wykonawcy nie może być domniemywane, ani przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani przez Izbę w postępowaniu odwoławczym;

- w wyroku z dnia 21 maja 2013 r.¹¹² KIO uznała, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą (przerwa w tym terminie – złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą po upływie pierwotnego terminu oświadczenia) stanowi o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazując, że odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia na skutek tego, że nie przedłużył terminu związania ofertą, gdyż nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w tym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia;
- upływ terminu związania ofertą był oceniany także jako podstawa do uznania utraty statusu wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne, co skutkowało odrzuceniem odwołania, jako złożonego przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)¹¹³. KIO oceniła nieprzedłużenie przez wykonawcę terminu związania ofertą jako podstawę do odrzucenia odwołania, podkreślając, że „[...]Przedłużony przez odwołującego na wezwanie zamawiającego termin związania ofertą upłynął ostatecznie w dniu 18 września 2013 r., gdyż wykonawca ten nie przedłużył terminu związania ofertą na dalszy okres. W związku z powyższym, od tego dnia odwołujący (...) utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu i nie jest już uczestnikiem prowadzonego postępowania.[...]”. W konsekwencji nie została wypełniona przesłanka procesowa, dotycząca wniesienia odwołania przez podmiot uprawniony, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, co powodowało, że odwołanie nie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

¹¹²Wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1060/13.

¹¹³Postanowienie KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2288/13.

Podkreślenia wymaga, że prezentowane orzeczenia Izby, wydane w 2013 r. na gruncie zagadnienia upływu terminu związania ofertą, akcentują różnice stanów faktycznych, wynikające z czynności wykonawcy, które w konkretnych postępowaniach dawały wyraz woli dalszego uczestniczenia w postępowaniu, mimo braku wyraźnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (dorożumiane oświadczenie o przedłużeniu tego terminu), a także z tego, czy zamawiający wyczerpał możliwość wystąpienia do wykonawcy o przedłużenie tego terminu.

Dwa z orzeczeń KIO wydanych w okresie sprawozdawczym¹¹⁴ stały się przedmiotem skarg złożonych przez Prezesa Urzędu, który zakwestionował uznanie przez skład orzekający upływu terminu związania ofertą za podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Skarga dotycząca wyroku KIO z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2537/13, rozpoznana przez Sąd na początku 2014 r., akcentowała wszystkie poglądy wskazujące na niedopuszczalność wykluczenia wykonawcy z postępowania, co do którego zamawiający nie wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą, z uwzględnieniem rozważań zawartych w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r.¹¹⁵. W następstwie, Sąd Okręgowy w Lublinie wyrokiem z dnia 17 stycznia 2014 r.¹¹⁶ uwzględnił skargę i unieważnił umowę nr (...) zawartą pomiędzy zamawiającym – Zarządem (...) w L., a wykonawcą Miejską (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w L., w zakresie zobowiązań niewykonanych; oraz zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że nakazał zamawiającemu: 1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. powtórzenie czynności oceny i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty wykonawcy. W uzasadnieniu wyroku, Sąd uznał, że nie ma podstaw aby przyjąć, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego, było równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego. W ocenie Sądu, przeciwnie – art. 24 ustawy Pzp, ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Sąd uznał, że zamawiający może wykluczyć z postępowania na tej podstawie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co oznacza, że zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Dopiero brak zgody wykonawcy, bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na

¹¹⁴Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2537/13; postanowienie KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2288/13.

¹¹⁵Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10.

¹¹⁶Wyrok SO w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt: IX Ga 392/13.

wyraźne wezwanie zamawiającego powoduje, że powstają przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Sąd podkreślił, że brak zgody w myśl powołanego przepisu musi być wyraźny. W ocenie Sądu, wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r.¹¹⁷

Druga skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, od wyroku KIO z dnia 23 października 2013 r. w spr. KIO 2390/13 została rozpatrzona wyrokiem Sądu Okręgowego z 13 lutego 2014 r., w spr. o sygn. akt I Ca 495/13 w sposób odmienny. Sąd Okręgowy w Tarnowie dostrzegł, że w orzecznictwie KIO wykształciły się dwa nurty, odmiennie interpretujące możliwość dokonania, w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą. Sąd uznał, nawiązując do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 roku sygn. akt SK 22/08, że poza sporem pozostaje kwestia dopuszczalności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. Sąd uznał następnie za słuszny ten z poglądów, który zakłada, że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. W uzasadnieniu Sąd argumentował, że postępowanie przetargowe jest prowadzone na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak nie można rozpatrywać go w oderwaniu od zasad jakimi kieruje się prawo cywilne. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych należy traktować jako *lex specialis* w stosunku do regulacji zawartych w kodeksie cywilnym, a w przypadku braku unormowania konkretnej kwestii w ustawie Pzp, zgodnie z art. 14, znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądów powszechnych potwierdza cywilistyczny charakter przepisów zawartych w ustawie prawo zamówień publicznych. Wskazuje się, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym, nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować. Regulacja zawarta w art. 14 pozwala na bezpośrednie przeniesienie przepisów kodeksu cywilnego do postępowania, co w sprawach wątpliwych czy wręcz nieuregulowanych jednoznacznie, przesądza o kierunku interpretacji czy o sposobie dokonywania czynności. Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz materię związaną z wygaśnięciem związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art

¹¹⁷Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10.

66 k.c. W oparciu o ten przepis, ofertą stanowi każde oświadczenie woli stanowiące skierowaną do innej osoby stanowczą propozycję zawarcia umowy wraz z określeniem istotnych dla przyszłej umowy postanowień. Związanie zaś ofertą, polega na tym, że adresat oferty (oblat) może przez przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. W czasie, w którym oferta wiąże oferenta, zawarcie umowy zależy wyłącznie od decyzji jej adresata. Oferent nie ma więc wpływu na zawarcie umowy, choćby jego zamiar uległ po złożeniu oferty zmianie. Zdaniem Sądu, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 85 ust. 1 - 4 nie wyłącza stosowania ogólnych zasad związania oferta wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Czyni to jedynie ust. 5 tego przepisu, który odmiennie od uregulowań kodeksu cywilnego wskazuje sposób liczenia rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą, a mianowicie od upływu terminu składania ofert. Natomiast w art. 85 ust. 1 przewidziana jest modyfikacja, zmieniająca regułę z art. 66 jedynie w ramach podmiotu wyznaczającego pierwotny okres związania oferta. Następuje tu przesunięcie obowiązku oznaczenia terminu związania ofertą ze składającego ofertę na jej adresata (zamawiającego). Przewidziana została również możliwość przedłużenia terminu związania oferta na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przez wykonawcę. Zakres zmian w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego i art. 66 k.c. został jednak jasno i klarownie wskazany, a w pozostałym zakresie ogólna zasada związania ofertą wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego pozostała bez zmian. W ramach procedury przetargowej pozostaje zatem aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immamentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy kodeksu cywilnego. Sąd uznał, że wybór oferty najkorzystniejszej musi zatem nastąpić w terminie związania ofertą, a wykonawca winien być związany złożoną ofertą nieprzerwanie od dnia otwarcia ofert. Jednocześnie Sąd podjął rozważania w przedmiocie czynności zamawiającego jaka powinien podjąć, w razie upływu terminu związania ofertą, w warunkach, gdy zamawiający nie wzywał do jego przedłużenia. Sąd wskazał, że w takim wypadku podstawę odrzucenia oferty wykonawcy stanowi art. 89 ust. 1 Pzp, albowiem oferta złożona przez odwołującego z racji nieprzedłużenia terminu związania jest nieważna i w związku z tym niezgodna z ustawą, a w rezultacie wykonawca nie powinien ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Sądu, na gruncie stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wykonawcy wskazał art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Sąd podkreślił, że wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji zwrócenia się przez

zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody, a w niniejszej sprawie nie miało to miejsca.

Reasumując, kwestia skutków upływu terminu związania ofertą jest różnie postrzegana w orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów, co przemawia za potrzebą wyraźnego przesądzenia skutków upływu terminu związania ofertą przez ustawodawcę.

1.7. Złożenie nieprawdziwych informacji jako przesłanka wykluczenia w świetle przepisów Dyrektywy klasycznej oraz orzecznictwa sądów okręgowych

Jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przesłanka wskazana w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dotycząca złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Bez wątplenia funkcją wskazanego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania.

Nieprawdziwe informacje mogą być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w ofercie. Ponadto mogą to być informacje, które wykonawca przedstawi dopiero w wyjaśnieniach treści oferty.

Ustawodawca nie zdefiniował wprost w ustawie Pzp, co należy uznawać za „nieprawdziwe informacje”, dlatego sposób stosowania przedmiotowego przepisu jest dookreślany w orzecznictwie i stanowi jedno z istotniejszych zagadnień w działalności orzeczniczej.

Czynność zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak to wynika z powyższego przepisu, może mieć miejsce jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu tychże informacji (zaistniałego lub potencjalnego) na wynik postępowania.

Z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika konieczność uwzględniania przy dokonywaniu wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji zasady, że niedających się rozstrzygnąć wątpliwości (zarówno faktycznych, jak i prawnych) nie możemy tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy.

Sąd Najwyższy w wyroku z 5 kwietnia 2002 r.¹¹⁸ wskazał, iż używane na gruncie różnych aktów normatywnych pojęcie prawdy, rozumiane jest jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością (z faktami i danymi), przy czym zarzucana wykonawcy nieprawdziwość informacji nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Zagadnienia problemowe związane ze stosowaniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, były przedstawiane w informacji rocznej KIO już we wcześniejszych latach, ale pomimo

¹¹⁸Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1095/99.

wydania co najmniej kilkunastu wyroków sądów okręgowych starających się porządkować problemy występujące z właściwą interpretacją różnych stanów faktycznych, w których doszło do wykluczenia lub niewykluczenia wykonawców z tego powodu, to kwestia ta dalej budzi, szczególnie u stron postępowania, poważne wątpliwości interpretacyjne. Wynikają one w szczególności z porównania literalnej treści tego przepisu z jego interpretacją dokonaną w szeregu wyroków sądów okręgowych, która nakazuje wiązać przesłankę do wykluczenia wykonawcy ze świadomym, celowym działaniem wykonawcy.

W postępowaniach odwoławczych najczęściej wskazywano, że z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie wynika, aby znajdował on zastosowanie tylko w tych stanach faktycznych, w których złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nastąpiło celowo¹¹⁹. Stwierdza się także, iż przyjęcie poglądu o konieczności wykazania, a nawet udowodnienia wykonawcy winy umyślnej w złożeniu nieprawdziwych informacji powoduje, że akceptowanie takiego stanowiska sprawia, że walka z nieuczciwymi wykonawcami podającymi w postępowaniu nieprawdziwe informacje staje się fikcją, zaś norma art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - przepisem martwym.

W nawiązaniu do powyższego zauważa się, że orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych w tym zakresie dotychczas opierało się na dwóch dominujących interpretacjach.

Pierwsza z nich zakładała, że nie ma znaczenia, czy złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę miało charakter umyślny czy omyłkowy. W takiej sytuacji podanie nieprawdziwych informacji nie musiało być ani zawinione, ani też nie musiało wynikać z przyczyn leżących bezpośrednio po stronie wykonawcy. Taki pogląd zazwyczaj był i jest wywodzony z przyjętego założenia, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia winni wykazać się profesjonalizmem w działaniu. Tak między innymi stwierdził Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r.¹²⁰, w którym czytamy, że „[...]postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności[...]”. Również Sąd Najwyższy – odnosząc się do obowiązków podmiotów prowadzących działalność gospodarczą – w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2012 r.¹²¹ stwierdził, że „[...] wykonawca odpowiada za winę własną; polega ona na niedołożeniu należytej staranności w wykonywaniu obowiązku, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności przedsiębiorcy (art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 Pzp). Jeżeli wykonawca obowiązek wykonywa przy pomocy innych osób, ponosi

¹¹⁹Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2932/13.

¹²⁰Wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt ACa 1018/05.

¹²¹Wyrok SN z dnia 7 listopada 2012 r., sygn. akt IV CSK 121/12.

odpowiedzialność za te osoby (art. 474 K.c. w związku z art. 14 Pzp). Zaniedbania przeto osób, za pomocą których wykonawca wykonywał nałożony na niego przez zamawiającego obowiązek nie są przyczynami nieleżącymi po jego stronie[...].”

Drugi z prezentowanych w orzecznictwie poglądów, który znalazł wyraz w ostatnim orzecznictwie sądów okręgowych, związany jest z prounijną wykładnią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykładnia ta, wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji wiąże ze świadomym (umyślnym) wprowadzeniem w błąd zamawiającego. Takie stanowisko zarysowało się wyraźnie w orzeczeniach sądów okręgowych, w szczególności tych, które stanowiły następstwo skarg Prezesa UZP na wyroki KIO w 2012 r.

Dokonując skrótovej analizy części orzeczeń sądów okręgowych w tym zakresie, zauważa się, że sądy prezentują w miarę jednolite stanowisko, iż zamawiający, aby skutecznie wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, winien dokonać oceny złożenia tych informacji w oparciu o obiektywne czynniki, dokonując ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, a złożenie tych informacji było działaniem celowym skierowanym na uzyskanie zamówienia¹²². Sądy stwierdzały także dodatkowo¹²³, że dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest dowiedzenie, iż czynność podania nieprawdziwych informacji „[...]została dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa oraz, że należy dowieść, iż składający nieprawdziwe informacje wykonawca miał „świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając[...].”

Jak wyżej wskazano zarówno kwestia możliwości wykluczenia wykonawcy tylko w przypadku udowodnienia mu winy umyślnej, oraz potrzeba udowodnienia zaistnienia tego faktu, nadal budzi poważne wątpliwości.

Orzecznictwo sądów okręgowych w tym zakresie wpłynęło na linię orzeczniczą Izby, czego przykładem mogą być wyroki KIO wydane w roku 2013¹²⁴.

W wydanych orzeczeniach KIO stwierdziła, że przy dokonywaniu prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie można nie zauważać rozbieżności pomiędzy treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaimplementowanego do prawa polskiego, a art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej. Odnosząc się w tej materii do art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego

¹²²Por. wyroki: SO we Wrocławiu z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt X Ga 296/08, SO w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 i z dnia 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt XII Ga 232/11, SO w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt X Ga 128/12, SO w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11.

¹²³Por. wyroki: SO w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12 i SO Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12.

¹²⁴Wyroki KIO z dnia: 31 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 100/13, 23 września 2013 r., sygn. akt KIO 1766 i 1769/13, 5 lutego 2013 r., sygn. akt 138/13, z dnia 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 831/13, 9 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2932/13.

wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy tej sekcji dyrektywy (warto również odwołać się do tekstu ww. aktu normatywnego w języku angielskim, w którym w art. 45 ust. 2 lit. g użyty jest zwrot *is guilty of serious misrepresentation*). Zatem w świetle wykładni uwzględniającej brzmienie Dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, może mieć miejsce tylko w przypadku wykazania winy po stronie wykonawcy. Natomiast kierując się literalnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej nie można z nich wywieść wprost, że stosowanie tego przepisu ograniczone jest tylko do stanów faktycznych, w których wykonawca działa w warunkach winy umyślnej.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie posługuje się pojęciem winy, z czego należy wywieść, że polski ustawodawca nie warunkował odpowiedzialności wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji od możliwości wykazania winy tegoż wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Biorąc pod uwagę jedynie polską ustawę można by przyjmować, iż ustawodawca miał na myśli obiektywną kategorię złożenia nieprawdziwych informacji w ogóle nie uwzględniając kwestii winy. Dlatego też prezentowana w orzecznictwie sądów okręgowych i wyrokach KIO konstrukcja, że złożenia nieprawdziwych informacji można dokonać tylko z winy umyślnej nie znajduje, zdaniem wielu przedstawicieli doktryny, oparcia w treści obowiązujących przepisów prawa.

Z drugiej jednak strony należy pamiętać o tym, że nie jest dopuszczalne ograniczenie się w wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do jego literalnego brzmienia, z pominięciem brzmienia i celu przepisu Dyrektywy klasycznej, bowiem dokonywanie wykładni w zgodzie z przepisami unijnymi jest obowiązkiem organów orzekających państw członkowskich Unii Europejskiej.

Zwolennicy stanowiska negującego konieczność wystąpienia winy umyślnej wskazują, że Sekcja 2 rozdziału VII Dyrektywy klasycznej poświęcona „kryteriom kwalifikacji podmiotowej”, zawiera art. 45 zatytułowany „Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta”. Są w nim wymienione kryteria obowiązkowego wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania, natomiast w ust. 2 wymienione są kryteria fakultatywne, mogące prowadzić do wykluczenia (art. 45 ust. 2 Dyrektywy klasycznej stanowi: „[...]Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) lit. g jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji[...]). Jednakże nie zostało przesądzone, że przekazanie nieprawdziwych informacji jest zawsze kwalifikowane winą umyślną.

Wśród pojawiających się wątpliwości wynikających w szczególności ze wskazanych wyroków SO w Warszawie i Szczecinie, co do konieczności wykazania przez zamawiającego, a wręcz udowodnienia wykonawcy winy umyślnej w przekazaniu nieprawdziwych informacji, aby można było go wykluczyć z postępowania podaje się, że akceptowanie takiego stanowiska powoduje, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp staje się przepisem martwym.

Dla oceny, czy tylko wina umyślna (przy zaistnieniu drugiej przesłanki dotyczącej wpływu na wynik) może być podstawą zastosowania wobec wykonawcy sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnieść się do odpowiedzialności na zasadzie winy w prawie cywilnym, gdyż niewątpliwe jest, że Prawo zamówień publicznych jest częścią prawa cywilnego, do którego poprzez art. 14 Pzp, stosuje się wprost przepisy K.c.

W prawie cywilnym możemy wyróżnić zasadniczo trzy rodzaje odpowiedzialności: na zasadzie winy, na zasadzie ryzyka oraz na zasadzie słuszności. Dokonując oceny obowiązującego stanu prawnego z góry należy podkreślić, że żaden z przepisów K.c., nie wprowadza legalnej definicji winy.

W ramach cywilnoprawnego pojęcia winy można wyróżnić następujące jej rodzaje: umyślną – sprawca chce swoim bezprawnym zachowaniem wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie, nieumyślną (niedbalstwo i lekkomyślność) – o nieumyślności można mówić wtedy, gdy sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu (wyrządzenia szkody), ale bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie albo w ogóle nie przewiduje takiej możliwości, chociaż powinien i mógł przewidzieć.

Zasadne wątpliwości uczestników rynku zamówień publicznych budzi jednakże prezentowane w orzeczeniach SO stanowisko, zgodnie z którym uznaje się, że nie jest wystarczające jedynie uprawdopodobnienie przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji, lecz niezbędne jest udowodnienie takiego faktu. Wskazać należy, że brak jest w Prawie zamówień publicznych narzędzi, które dawałyby zamawiającemu możliwość dokonywania takich ustaleń, aby móc udowodnić wykonawcy fakt świadomego i celowego złożenia nieprawdziwych informacji. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 czy 87 ust.1 Pzp, nie ma bowiem ustawowego obowiązku udzielenia odpowiedzi na wezwanie. Brak takiej odpowiedzi, w świetle przepisów ustawy Pzp, oraz orzecznictwa, nie może być podstawą do uznania za udowodnione, twierdzeń zamawiającego w tym zakresie.

Wobec powyższego, zasadne wydaje się wnioskowanie o potrzebie zmiany uregulowań ustawy Pzp, w tym zakresie poprzez, po pierwsze, wyraźne wprowadzenie

możliwości wykluczenia wykonawcy tylko w przypadku zawinionego i celowego podania nieprawdziwych informacji, a po drugie, ustalenie procedury wyjaśniania tej kwestii, iż to wykonawca winien udowodnić zamawiającemu, że złożone przez niego informacje nie były w danych okolicznościach informacjami nieprawdziwymi.

1.8. Postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przedmiot zarzutów w ramach środków ochrony prawnej rozpoznawanych przez Izbę

Umowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Umowę, a w zasadzie jej projekt, na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne traktować należy jako element opisu przedmiotu zamówienia¹²⁵ obejmujący, zazwyczaj narzucony przez podmiot zamawiający, sposób i termin realizacji tego przedmiotu, jak również regulujący prawa i obowiązki stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego oraz cywilnoprawne konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez przyszłego wykonawcę¹²⁶. Zatem podkreślić należy, iż projekt umowy kształtuje przyszłe relacje stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego, zaś jego ocena co do ewentualnego naruszenia zasady swobody umów, ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, czy też w aspekcie niemożności realizacji świadczenia może być oceniana jedynie hipotetycznie – o ile postanowienia wzorca umowy nie naruszają wprost bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czy też nie pozostają w opozycji do zasad prawa cywilnego, czy też sformułowanych w K.c. klauzul generalnych. W takim wypadku, tj. jeżeli do wskazanych wyżej naruszeń prawa nie dochodzi, zazwyczaj podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej i zmierzający do modyfikacji postanowień projektu umowy kreuje na potrzeby odwołania pewne hipotetyczne ryzyka wskazując jednocześnie, iż postanowienia kontraktowe ich nie uwzględniają, nie niwelują niekorzystnych dla wykonawców zdarzeń lub wręcz zawierają postanowienia niekorzystne dla nich w kontekście możliwych do wystąpienia okoliczności. W tym bowiem aspekcie rysuje się problem ciężaru dowodu oraz procesu dowodzenia, na który w sposób szczegółowy, również w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp,

¹²⁵Tak też wskazano m.in. w wyroku KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12, gdzie zostało podniesione, iż „[...]umowa bowiem, stanowiąca w części element opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego związanych z realizacją świadczenia – mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy[...]”, w wyroku KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1860/10 i KIO 1864/10 oraz w wyroku z dnia 10 października 2013 r., sygn. akt KIO 2316/13 i KIO 2319/13, w którym zarzuty odnosiły się do terminu rozpoczęcia usługi i uzyskania gotowości do rozpoczęcia realizacji świadczenia.

¹²⁶Wyrok KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1860/10 i KIO 1864/10, w którym zostało wskazane, iż: „[...]Termin realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia [...]”.

wskazała Izba w wyroku z dnia 7 października 2013 r.¹²⁷. Jest to zatem rozpoznawana przez Izbę płaszczyzna, w ramach której pojawia się wiele trudności praktycznych i teoretycznych wątpliwości, oraz do której należy podchodzić z dużą dozą ostrożności, co było często podkreślane w przywołanym w *Informacji* orzecznictwie Izby.

Na przestrzeni 6 lat istnienia i funkcjonowania KIO kwestia możliwości ingerencji w postanowienia wzorów lub istotnych postanowień umownych w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej nie budziła większych doktrynalnych rozbieżności i sporów. Dopiero ostatnie lata, a w zasadzie rok 2013, stały się polem starcia przeciwników i zwolenników tego rodzaju ingerencji oraz polem do dyskusji nad zakresem kognicji Izby. Przegląd orzecznictwa, również z lat 2008 – 2012, odnoszącego się do tej problematyki pozwala na identyfikację stojących przed Izbą w tym zakresie problemów.

Wielokrotnie w orzecznictwie Izby, w szczególności w 2013 r., zwracano uwagę na trudności jakie niesie ze sobą rozpoznawanie zarzutów związanych z postanowieniami umowy. W wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r.¹²⁸ wskazano, iż w szczególności brzmienie sentencji wyroku w takich sprawach jest bardziej skomplikowane niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności zamawiającego (np. czynności wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty). Izba wskazywała również, iż z dużą dozą ostrożności należy podchodzić do możliwości ingerencji w treść postanowień umowy, a tym samym do ingerencji w przyszłe stosunki cywilnoprawne¹²⁹. Powyższe wskazuje, iż problematyka ta zaczyna być dostrzegana w orzecznictwie KIO.

Temat zarzutów odnoszących się do postanowień umowy został poddany głębszej analizie w dwóch, powszechnie cytowanych w wielu wyrokach KIO, orzeczeniach sądowych, które – jak się wydaje – nie straciły na swojej aktualności oraz trafności wyrażonych tam ocen.¹³⁰ Przedmiotem analizy sądów w obu wypadkach były postanowienia ogólnych warunków umowy oceniane w kontekście zarzutów związanych z dokonaniem przez podmiot zamawiający podziałem ryzyk odpowiedzialności stron i sposobem rozłożenia tej odpowiedzialności.

Z zestawienia tez zawartych we wspomnianych wyżej wyrokach (Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r.) na czoło wysuwa się argument, iż kluczowym elementem zasady kontraktowania jest swoboda (wola) zawarcia umowy. Powyższe zostało podniesione również w jednym

¹²⁷Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13.

¹²⁸Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13.

¹²⁹Wyroki KIO z dnia: 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2184/13, 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 i KIO 2161/13) oraz 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

¹³⁰Wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11 oraz wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08.

z orzeczeń Izby¹³¹, w którym wskazano, że o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ K.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia (określenie w projekcie umowy określonego sposobu nabycia praw autorskich – przypis autora) zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Następnie wskazać należy, iż z powyższego orzeczenia Izby nasuwa się wniosek, że sama okoliczność, iż stosunek zobowiązaniowy mógłby być ukształtowany korzystniej dla wykonawcy nie oznacza, że wykonawca ten może dążyć w ramach środków ochrony prawnej do takiej modyfikacji przyszłej umowy aby uzyskać swego rodzaju przewagę kontraktową nad podmiotem zamawiającym. Argumentacja tego rodzaju znalazła swoją kontynuację w kilku orzeczeniach Izby wydanych w 2013 r., które zostaną przywołane w dalszej części niniejszego opracowania. Nadto, jak wskazał SO w Gdańsku¹³², jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych.

Z cytowanego powyżej wyroku Izby¹³³ wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Powyższa teza stanowiła również element argumentacji w orzeczeniach wydanych przez Izbę w 2013 r. Zatem wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego, jakie ma uzyskać, kreuje określając swoje wynagrodzenie¹³⁴. W takim zakresie wskazuje się w orzecznictwie na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją, to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka, zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one w kalkulowanej w zaferowanej przez wykonawcę cenie za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę¹³⁵. Podkreśla się bowiem w orzecznictwie, iż stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przekładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia

¹³¹Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12 i KIO 247/12 i analogicznie w wyroku z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13.

¹³² Wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11.

¹³³ Vide: przypis nr 131.

¹³⁴Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

¹³⁵Tamże.

konkurencyjnej oferty.¹³⁶ Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy¹³⁷.

Nadto Izba w cytowanym już wyroku z dnia 28 lutego 2012 r.¹³⁸ podniosła, iż „[...] niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wykonawcę cenę [...]”. Powyższe argumenty świadczą o tym, że ze względu na brak w ustawie Pzp adekwatnych wzorców kontroli, tj. przepisów regulujących w sposób stanowczy czynności podmiotu zamawiającego w zakresie kreowania postanowień umownych zachodzą trudności, nie tylko natury teoretycznej, ale również natury praktycznej (związanej m.in. z prezentowaniem i gromadzeniem materiału dowodowego – która to kwestia zostanie poruszona w dalszej części niniejszego opracowania) stanowiące punkt oparcia dla analizy zasadności zarzutów podnoszonych przez wykonawców wobec postanowień umownych. Tym samym podmioty korzystające ze środków ochrony prawnej napotykają dwie zasadnicze trudności w wykazaniu zasadności tego rodzaju zarzutów, tj. trudności w dowodzeniu oraz w poszukiwaniu adekwatnych wzorców kontroli. Trudności te przekładają się zatem na rozstrzygnięcia Izby oraz sądów powszechnych, i – jak wskazano wcześniej – nie wynikają one w zasadzie z tezy o braku kognicji tychże organów do orzekania w tym przedmiocie. Zarówno bowiem Izba, jak również sądy powszechne, dość kategoryczne w ocenach tego tematu (na co wskazują przywołane na wstępie orzeczenia SO w Gdańsku i Wrocławiu), nie czują się niewłaściwe do orzekania w przedmiocie będącym tematem *Informacji*, lecz ewentualnych przeszkód w uwzględnieniu takich zarzutów upatrują w braku interesu lub wpływu na wynik postępowania, jak również upatrują w okolicznościach związanych z brakiem zróżnicowania postanowień umownych wobec poszczególnych wykonawców, w tym również niewłaściwym dowodzeniu zasadności prezentowanych zarzutów.

¹³⁶ M.in. wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2612/13.

¹³⁷ Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

¹³⁸ Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12 i 247/12.

Poszukiwanie wzorców kontroli

Jednym z podstawowych problemów w ramach środków ochrony prawnej nakierowanych na modyfikację postanowień umowy jest poszukiwanie adekwatnych wzorców kontroli czynności zamawiającego. Szczególną trudność w takich okolicznościach rodzi wykazanie, iż określone ukształtowanie postanowień umownych zamyka wykonawcy drogę do ubiegania się o zamówienie publiczne.¹³⁹ W jednym z orzeczeń KIO¹⁴⁰ zostało wskazane, iż „[...] W tym miejscu Izba w odniesieniu do pozostałych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 353¹ oraz art. 483 ustawy Kodeks cywilny w związku z czynnością zamawiającego obejmującą modyfikację SIWZ z dnia 10.02.2012 r. poprzez wprowadzenie do IPU wszystkich zapisów dotyczących komunikacji oraz tłumaczeń Izba wskazuje, iż nie doszukała się w odwołaniu wzorca kontroli, w postaci przepisów ustawy Pzp lub ustawy Kodeks cywilny, których naruszenie mogłoby doprowadzić do niemożności ubiegania się odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. [...]”. Na wskazane wyżej trudności Izba zwróciła również uwagę w przywołanym wyżej wyroku z dnia 22 listopada 2013 r.¹⁴¹

Nierzadko podmioty odwołujące podnosząc zarzuty wobec postanowień umowy nie wskazują żadnych przepisów, których ewentualne naruszenie mogłoby doprowadzić do uwzględnienia tego rodzaju zarzutów – jak miało to miejsce w przypadku odwołania wniesionego w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 738/13¹⁴², gdzie Izba wskazał, iż „W odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących postanowień treści wzoru umowy Odwołujący de facto nie wykazał naruszenia żadnego przepisu ustawy Pzp Jedyny przepis przywołany przez niego to art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który stanowi, że elementem obligatoryjnym treści SIWZ są bądź to wzór umowy, bądź jej projekt albo też istotne postanowienia umowy. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający określił wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ, zatem przywołany przepis wskazany przez odwołującego jako naruszenie, znalazł swoje wypełnienie i tym samym nie został naruszony przez zamawiającego”.

Jak wielokrotnie podkreślano poszukiwanie przez odwołujących się wykonawców wzorca kontroli w treści przepisu art. 353¹ K.c. może być skazane na niepowodzenie, gdyż zasadniczo powyższy przepis jest wskazywany jako podstawa do takiego ukształtowania stosunku umownego, gdzie występuje niejako przewaga kontraktowa jednej ze stron tego

¹³⁹ Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2612/13.

¹⁴⁰ Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

¹⁴¹ Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2612/13.

¹⁴² Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 738/13.

stosunku¹⁴³. W wielu orzeczeniach Izby to właśnie ten przepis jest wskazywany jako normatywna podstawa do swobodnego kształtowania praw i obowiązków stron umowy. Zgodnie bowiem z tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 23 maja 2013 r.¹⁴⁴, w którym przywołano wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r.¹⁴⁵: „[...] Z wyrażonej w art. 353¹ K.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługuje na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzi do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji. [...]”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż w treść zasady swobody umów wpisane jest niejako przyzwolenie na takie ukształtowanie stosunku obligacyjnego, które dopuszcza uzasadnione uprzywilejowanie jednej ze stron, dla którego to uprzywilejowania podmiotu zamawiającego dość łatwo w tym przypadku będzie można znaleźć usprawiedliwienie. Takie stanowisko znalazło swoje odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 28 lutego 2012 r.¹⁴⁶ w postaci tezy „[...] Należy zatem stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze oparcie w potrzebach Zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika jednak, z faktu, iż Zamawiający działa w interesie publicznym [...]”¹⁴⁷.

Dostrzeżenia wymaga, że na gruncie Pzp, przymusowe położenie strony, które należałoby sprowadzić do konieczności zawarcia umowy, i to umowy na określonych warunkach, nie znajduje w zasadzie zastosowania. Z przywołanego wyżej orzeczenia SN wynika, iż przymusowa sytuacja winna odnosić się nie tylko do braku możliwości dowolnego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, ale również konieczności zawarcia umowy jako takiej. W cytowanym orzeczeniu SN, na kanwie rozpoznawanego tam stanu faktycznego,

¹⁴³Wyroki KIO z dnia: 11 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2749/13, 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13 oraz z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13.

¹⁴⁴Wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt IV CSK 658/12.

¹⁴⁵Wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 478/07.

¹⁴⁶Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12 oraz KIO 247/12.

¹⁴⁷szerzej o „uzasadnionych potrzebach zamawiającego” Izba odniosła się w wyroku z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13.

istotnym elementem badanym przez Sąd w ramach rozpoznawanej skargi kasacyjnej był sam fakt zawarcia umowy o określonej treści pod presją silniejszej strony, która swoim działaniem doprowadziła do zawarcia umowy. Okoliczność ta jest o tyle istotna, iż – jak wskazuje się w licznych orzeczeniach SO i KIO – w ramach zamówień publicznych nie dochodzi do tego typu sytuacji, tj. zmuszenia wykonawcy do przystąpienia do postępowania i zawarcia umowy.

Jak wynika z uzasadnienia prawnego wyroku Izby z dnia 15 lipca 2010 r.¹⁴⁸ art. 353¹ K.c. może stanowić wzorzec kontroli, o ile zostanie on niejako uzupełniony przepisami szczegółowymi regulującymi określoną materię – może być zatem wzorcem niesamoistnym. Izba wskazała, iż: „[...] Odwołujący nie dowiódł, iż prawo do swobodnego kształtowania umów, wynikające z zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kodeksu cywilnego, zostało przez Zamawiającego nadużyte przy kształtowaniu powyżej wskazanych postanowień umowy. W ocenie Izby, z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż 30-dniowe [...]” – co wynika z charakteru przepisu art. 353¹ K.c. Okoliczności wynikające z powyższego wyroku Izby wskazują, że gdyby takie ograniczenie wynikało z przepisów, adekwatny przepis w połączeniu z treścią art. 353¹ K.c., mógłby stanowić wzorzec kontroli ze względu na samą zasadę ujętą w tym ostatnim. Tym samym, poszukując wzorca kontroli odwołujący – poprzestając na treści art. 353¹ K.c. – pominął okoliczność, iż istnieją przepisy szczególne regulujące kwestię terminów zapłaty, które nie zabraniają ustanowienia terminu 60-cio dniowego, a jedynie z tym faktem wiążą konsekwencje obejmujące konieczność zapłaty odsetek ustawowych. Wobec powyższego, w oparciu o samą zasadę swobody umów, brak było podstaw do uwzględnienia takiego zarzutu w tak ukształtowanych okolicznościach faktycznych i prawnych. Oznacza to, iż zasada wyrażona w treści art. 353¹ K.c. umożliwi nierówne rozłożenie praw i obowiązków stron stosunku umownego, gdyż jest to niejako wpisane w swobodę kontraktowania. Z tej samej zasady wynika także, iż takie rozłożenie ciężarów kontraktowych jest niedopuszczalne jeżeli na przeszkodzie temu stoją przepisy szczególne regulujące określony stosunek obligacyjny lub zasady, których respektowania wymagają przepisy ustawy Kodeks cywilny. Analogicznie wskazała Izba w wyroku z dnia 14 stycznia 2013 r.¹⁴⁹, gdzie zarzuty odwołania odniesiono do przepisów ustawy K.c., wskazując, iż postanowienia umowne są

¹⁴⁸Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1387/10.

¹⁴⁹Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2888/12.

względniejsze dla wykonawcy niż regulacje Kodeksu cywilnego, co skutkowało oddaleniem zarzutów odnoszących się do postanowień umowy.

Przepis art. 353¹ K.c. odczytywany celowościowo, tak jak miało to miejsce w przywołanym wyżej wyroku SN z dnia 23 maja 2013 r., zawiera w sobie przyzwolenie na wprowadzenie w ramach swobody kontraktowania nierówności stron stosunku zobowiązaniowego, o ile jest on wyrazem ich woli. Zatem przepis ten jednocześnie może stanowić przeszkodę przy uwzględnieniu zarzutów skierowanych wobec wzorca umowy, jeżeli brak jest przepisów szczególnych odmiennie regulujących materię kontraktową, która stała się przedmiotem tak sformułowanego zarzutu. Czym innym jest stawianie zasady swobody umów jako wzorca kontroli, gdy strony uregulowały swoje prawa i obowiązki w określony sposób, a czym innym wówczas, gdy relacje te regulowane są przepisami rangi ustawowej o charakterze *iuris cogentis*. W wyroku KIO z dnia 14 marca 2012 r.¹⁵⁰ zostało bowiem wskazane, iż „[...] Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. [...]”. W tym zatem przypadku przepis art. 353¹ K.c. posłużył do budowy argumentacji przemawiającej za ostrożnym podejściem do modyfikacji postanowień umownych w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej, choć z pozostałej części uzasadnienia powyższego orzeczenia wynika, iż dopuszczalna jest, w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej, kontrola sposobu kontraktowania przy uwzględnieniu innych wzorców. Nie zmienia to jednak faktu, jak wyżej wskazano, iż sam art. 353¹ K.c. nie jest adekwatnym samoistnym wzorcem kontroli. W powyższym orzeczeniu zostało bowiem również wskazane, iż: „[...] W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. [...]”. Z powyższego w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej wywieść zatem należy zmodyfikowaną w odniesieniu do prawa cywilnego zasadę, iż swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wynikających z ustawy, w tym ustawy Pzp, zasad współzycia społecznego oraz natury samego regulowanego stosunku – przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, ochrony szczególnie definiowanych interesów podmiotów zamawiających, charakteru środków wydatkowanych w ich ramach oraz wyższych celów, do których realizacji ma prowadzić spełnienie świadczenia umownego.

¹⁵⁰Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt KIO 399/12.

W szczególnych okolicznościach wzorcem kontroli, w ramach rozpoznawania zarzutów wobec postanowień umowy, mogą być przepisy regulujące zasady udzielania zamówień publicznych. Sytuacja taka jest możliwa do wystąpienia, na co wskazuje orzeczenie Izby z dnia 14 września 2010 r.¹⁵¹. Izba, odpowiadając w nim na pytanie, czy wskazanie przez Odwołującego na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, na skutek określenia zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uwzględnienia przedmiotowego odwołania wskazała, iż z reguły w celu potwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, wymagane jest jednocześnie wskazanie i odniesienie do przepisu szczegółowo regulującego czynności zamawiającego przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uznając termin realizacji jako element opisu przedmiotu zamówienia, oraz mając na uwadze okoliczność, że zamówienia publiczne są istotnym elementem rynku, zaś w odniesieniu do przedmiotu stanowiącego dostawę w niniejszym postępowaniu wyczerpują one w całości popyt na dane typy urządzeń (specjalistyczne urządzenia górnicze), Izba uznała, że określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania przez danego wykonawcę terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej. W przeciwnym wypadku odwołujący zostałby zmuszony do wykazania obiektywnego braku możliwości spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 387 K.c.

Biorąc powyższe pod uwagę w zakresie problematyki poszukiwania wzorców kontroli w sprawach odwoławczych mających za swój przedmiot postanowienia umów niezmiernie rzadko dochodzi do naruszenia przepisów ustawy Pzp, zaś na mocy odesłania z art. 139 ust. 1 Pzp, wzorców tych należy poszukiwać w Ustawie K.c. oraz wszelkich aktach prawnych regulujących w sposób szczegółowy problematykę umów cywilnych. Tak też wskazała Izba w wielokrotnie przywoływanym w *Informacji* wyroku z dnia 28 lutego 2012 r.¹⁵² Nadto w wyroku z dnia 22 listopada 2013 r.¹⁵³ Izba wskazała, iż do postanowień umownych nie będzie miało zastosowania odesłanie z art. 14 ustawy Pzp.

Odrębny problem rysuje się na kanwie regulacji art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp. Na etapie zarzutów odnoszących się do postanowień umowy interesu w uzyskaniu zamówienia upatruje się zazwyczaj w okolicznościach związanych z ważnością umowy¹⁵⁴

¹⁵¹Wyrok KIO z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt KIO 1860/10 i KIO 1864/10.

¹⁵² sygn. akt KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12 oraz KIO 247/12.

¹⁵³ Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2612/13.

¹⁵⁴ Wyroki KIO z dnia: 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12 oraz z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1387/10.

oraz możliwością należytego spełnienia świadczenia.¹⁵⁵ Jednakże kwestionowanie postanowień umownych, jako jedyne zarzuty zawarte w odwołaniu, ze względu na wysokość kar umownych, niejednoznaczności ryzyk kontraktowych lub nierówne traktowanie stron przyszłej umowy mogą stanowić o niespełnieniu przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tak też wskazała Izba w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r.¹⁵⁶ nie doszukując się możliwości poniesienia szkody po stronie odwołującego.

Argumenty zwolenników oraz przeciwników kreowania przez Izbę postanowień umownych

Aby dokonać identyfikacji problemów pojawiających się w ramach omawianego wycinka działalności Izby za niezbędne należy uznać zaprezentowanie wszystkich argumentów, za oraz przeciw, w przedmiocie ingerencji Izby w postanowienia umów w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego rozpoznawanych w ramach środków ochrony prawnej. Celem niniejszego opracowania nie jest przesądzenie o wyższości któregośkolwiek z zapatrywań na omawiany problem, lecz zaprezentowanie stanowisk i argumentów zwolenników oraz zdecydowanych przeciwników ingerencji KIO w kształt przyszłych kontraktów aby tak zebrany materiał mógł stanowić podstawę do przyszłej dyskusji. Jak wyżej wskazano zaprezentowane argumenty mogą stanowić jedynie początek dyskusji, której celem jest wypracowanie przez Izbę jednolitego stanowiska w tym przedmiocie.

Argumentacja przemawiająca za brakiem możliwości kreowania postanowień umów przez Izbę lub wąskiego ich ujęcia sprowadza się do przywoływania zasady swobody wyboru kontrahenta (a ściślej postulowanego brak obowiązku zawarcia umowy), możliwość wyceny ryzyk w ramach procesu ofertowania, braku możliwości oceny nieekwiwalentności świadczeń lub nierównego rozkładu ryzyk na etapie projektu umowy, charakter środków wydatkowanych w ramach zamówień publicznych, charakter podmiotów udzielających zamówień oraz cel i rolę udzielanych zamówień. Nadto wskazuje się na okoliczność, iż postanowienia umowy są identyczne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w kontekście zasad uregulowanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Wśród powyższych argumentów brak jest jakichkolwiek prawnych argumentów wskazujących na brak kognicji Izby w tym zakresie. Jeżeli bowiem przyjmiemy, iż postanowienia umowy wpisują się w szeroko rozumiany opis przedmiotu zamówienia, to kognicja KIO w tym zakresie nie może budzić wątpliwości natury prawnej.

¹⁵⁵ Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

¹⁵⁶ Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt 1238/13.

Ograniczenie zasady swobody umów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczane w doktrynie oraz orzecznictwie i są one wskazywane jako jeden z zasadniczych argumentów przeciwko możliwości kreowania postanowień umownych w ramach środków ochrony prawnej. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r.¹⁵⁷ w ramach swoich kompetencji Izba odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów. Natomiast w przypadku umów często brak jest takich szczegółowych przepisów, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ K.c. strony zawierające umowę co do zasady mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania. W tym miejscu wskazać należy na uzasadnienie wyroku KIO z dnia 20 czerwca 2012 r.¹⁵⁸ z którego wynika, że: „[...] Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. Należy zatem stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze oparcie w potrzebach Zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania [...]”. Istota postępowania umożliwia wypracowanie swoistego kompromisu pomiędzy potrzebami podmiotu zamawiającego, i tym samym takim ukształtowaniem przyszłego stosunku zobowiązaniowego aby te potrzeby najefektywniej zaspokoić, a zasadami prawa cywilnego respektującymi nie tylko wypracowane przez ustawodawcę dyrektywy wyrażone w normach prawnych ale również zasady współżycia społecznego, w tym społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa (art. 5 K.c.), ustalone zwyczaje, które mają zastosowanie w procesie wykładni oświadczeń woli (art. 65 K.c.), jak również klauzule ujęte w przepisie statuującym zasadę swobody umów (art. 353¹ K.c.). Zasada swobody umów oraz kwestie szacowania ryzyka na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne zostały szeroko omówione w wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2013 r.¹⁵⁹ W wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r.¹⁶⁰ Izba wskazała, iż „Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i różnego rodzaju warunki, w tym atmosferyczne, w których dane zamówienie będzie realizowane, wykonawcy powinni wziąć pod uwagę i uwzględnić w granicach przyjętego ryzyka realizacji przedmiotu świadczenia”. Tym samym z powyższych orzeczeń wynika, że samo ryzyko realizacji umowy nie może stanowić podstawy do uwzględnienia tego rodzaju zarzutów.

W orzecznictwie Izby postuluje się za zachowaniem równowagi pomiędzy naczelnymi zasadami, w tym zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a uzasadnionymi potrzebami podmiotu zamawiającego. Pomiędzy powyższymi i stojącymi wobec siebie w opozycji cechami postępowania zachodzi swego rodzaju

¹⁵⁷Wyrok KIO z 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13.

¹⁵⁸Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1157/12.

¹⁵⁹Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 110/13.

¹⁶⁰Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 786/13.

równowaga pozwalająca jednocześnie uczynić zadość wymaganiom zamawiającego, przy jednoczesnym respektowaniu naczelnych zasad systemu zamówień publicznych¹⁶¹. Jest to wynikiem prezentowanego w orzecznictwie postulatu ograniczenia zasady swobody umów z powołaniem na przepisy K.c., jak również regulacji ustawy Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji K.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów.¹⁶²

Na szczególną uwagę zasługuje interesujący postulat, niejako „usprawiedliwiający” nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i nakierowany na uprzywilejowanie pozycji zamawiającego. Otóż zawarta w wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013 r.¹⁶³ konkluzja wskazuje, iż ustawodawca odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Takie ujęcie nabiera szczególnego znaczenia w ramach przetargu nieograniczonego, gdzie podmiot zamawiający nie ma żadnego, poza warunkami udziału w postępowaniu, wpływu na zakres podmiotowy jego uczestników. Wówczas kieruje bowiem zapytanie ofertowe do nieograniczonego kręgu odbiorców i tym samym postanowienia umowy mają zabezpieczyć jego interesy na przyszłość w razie uznania za najkorzystniejszą oferty wykonawcy w ogóle zamawiającemu nieznanego. Rolę jaką w klasycznym (komercyjnym) obrocie handlowym pełni swoboda wyboru kontrahenta w zamówieniach publicznych po stronie zamawiającego doznaje daleko idącego ograniczenia. W tradycyjnych pozaprzetargowych relacjach handlowych oblat w pierwszej kolejności dokonuje swobodnego wyboru kontrahenta, zaś w następnej kolejności, kierując się wiedzą na temat jego profesjonalizmu, rzetelności i wiarygodności (np. jego renomy uzyskanej w ramach dotychczasowych relacji) uzgadnia szczegółową treść umowy, dopasowaną niejako do ryzyka, jakie niesie ze sobą zawarcie umowy z konkretnym podmiotem. Tego rodzaju udogodnienie nie występuje w ramach zamówień publicznych – zatem przyszły kontrakt musi niejako uwzględniać najbardziej niekorzystne scenariusze i stanowić *remedium* na brak swobody wyboru kontrahenta. Tym samym postulat modyfikacji w przepisach Pzp, zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego i specyficznych ograniczeń zasady swobody umów, postulowany m.in. we wspomnianym wyroku KIO z dnia 28 lutego 2012 r.¹⁶⁴, znajduje kolejne uzasadnienie.

¹⁶¹Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. sygn. akt KIO 2184/13.

¹⁶²Wyrok z dnia 14 marca 2012 r. sygn. akt KIO 399/12.

¹⁶³Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13.

¹⁶⁴Sygn. akt KIO 229/12.

O tym jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 14 marca 2012 r.¹⁶⁵, podnosząc w uzasadnieniu, iż w niektórych aspektach na to wprost wskazują przepisy K.c., gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jednak nawet wówczas tego rodzaju odpowiedzialność będzie podlegała ocenie w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej. Wszakże odpowiedzialność wykonawcy w ramach realizacji zamówienia publicznego nie może mieć charakteru absolutnego.

Na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne przyszły stosunek zobowiązaniowy nie jest w pełni ukształtowany i tym samym nie poddaje się obiektywnej ocenie, co do ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego oraz równości stron tego stosunku. Wszakże nie zawiera on najistotniejszych elementów właściwych dla każdej umowy, czy to umowy rezultatu (umowy dostawy lub umowy o roboty budowlane), czy też umowy starannego działania (umowy o świadczenie usług) jakimi z pewnością są: zidentyfikowany (zindywidualizowany) na podstawie oferty przedmiot świadczenia oraz cena (wynagrodzenie), które materializują się wstępnie dopiero na etapie składania ofert, zaś ostatecznie w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej. Nie mając zatem zidentyfikowanego przedmiotu świadczenia oraz wynagrodzenia za jego realizację nie sposób ocenić równowagi w relacjach stron przyszłego stosunku w zakresie ich wzajemnych praw i obowiązków. Tym samym jakakolwiek ocena przez Izbę przyszłego stosunku zobowiązaniowego na etapie odwołania wobec postanowień projektu umowy jest czysto hipotetyczna i obarczona dużym błędem uznaniowości w dokonywanej ocenie na skutek braku dookreślenia rzeczywistych podstaw faktycznych zarzutów, które podmioty dążące do modyfikacji umowy „uzupełniają” na etapie postępowania odwoławczego kreując możliwe do zaistnienia scenariusze. Wszakże aby dokonać pełnej i obiektywnej oceny umowy pod względem ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, naruszenia zasady swobody umów przez jedną ze stron tego stosunku lub oceny obiektywnej możliwości spełnienia świadczenia w ramach zarzutu z art. 387 K.c. (świadczenie niemożliwe) – gdyż tego rodzaju zarzuty przeważają w ramach środków ochrony prawnej – konieczne jest dysponowanie w pełni ukształtowanym stosunkiem zobowiązaniowym, zawierającym co najmniej w pełni identyfikowalne elementy przedmiotowo istotne umowy, a w szczególności przedmiot umowy oraz wynagrodzenie. W tym miejscu rysuje się dodatkowy problem związany z ciężarem

¹⁶⁵Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt KIO 399/12.

dowodu i samą istotą procesu dowodzenia, który to proces ma na celu wykazywanie za pomocą środków dowodowych istnienia określonych faktów. W takim bowiem wypadku, tj. w ramach nie w pełni ukształtowanego stosunku zobowiązaniowego, dochodzi do „wykazania istnienia faktów”, które mogą hipotetycznie wystąpić w przyszłości, co jest zadaniem niezwykle trudnym, o ile wręcz nie niemożliwym. Nie sposób bowiem decydować o ekwiwalentności świadczeń bez w pełni ukształtowanych praw i obowiązków stron umowy.

Istnieje praktyka sądowa, która pokazuje, iż dokonanie tej oceny nie jest całkowicie wykluczone, gdyż jest ona dokonywana choćby przez SO w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach orzekania co do wzorców umowy. Powyższe wynika z treści art. 479³⁸ § 1 zdanie pierwsze K.p.c., który stanowi, że powództwo w sprawach rozpoznawanych według tego rozdziału (Dział IVb – Postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone) może wytoczyć każdy, kto według oferty pozwanego mógłby zawrzeć z nim umowę zawierającą postanowienie, którego uznania za niedozwolone żąda się pozwem – to szczególne postępowanie służy tzw. abstrakcyjnej kontroli abuzywności wzorców umownych. Jest to jedyny, poza praktyką KIO, przypadek oceny przez organ sądowy zgodności z prawem nie w pełni ukształtowanego stosunku obligacyjnego. Należy jednak zwrócić uwagę, że obowiązuje on tylko w relacjach pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentami. Stąd też trudność w czerpaniu wzorców i zapożyczaniu instrumentów służących dokonywaniu takiej oceny w ramach środków ochrony prawnej. Nie oznacza to jednak, iż problemy praktyczne w dokonywaniu takiej oceny przez Izbę, trudności w stawianiu zarzutów przez wykonawców oraz poszukiwaniu wzorców kontroli dla takiej oceny mają prowadzić do całkowitego odstąpienia od orzekania przez Izbę w tym przedmiocie. Trudno wszakże wyobrazić sobie sytuację aby organ orzekający w ramach danego postępowania zignorował potwierdzone zarzuty wobec postanowień umownych, które obejmują np. postanowienia licencyjne możliwe do spełnienia tylko przez autoryzowanych dystrybutorów określonych produktów, wprowadzają termin realizacji umożliwiającą spełnienie świadczenia tylko przez jeden podmiot, czy wręcz warunkują konieczność spełnienia świadczenia niemożliwego.

Problematyka nieekwiwalentności wzajemnych świadczeń, rozkładu wzajemnych ryzyk i sposobu rozłożenia odpowiedzialności kontraktowej i tym samym ochrony interesów jednej ze stron umowy jest trudna do oceny na etapie przed podpisaniem umowy i przed wyceną przyszłego świadczenia. W tym miejscu wskazać należy na tezę zawartą w wyroku Sąd Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r.¹⁶⁶, który wskazał, iż sam fakt, że podmiot będący jednostką publiczną realizuje zadania związane z wydatkowaniem środków

¹⁶⁶Wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt I CSK 799/10.

publicznych nie stawia go w stosunkach umownych na uprzywilejowanej pozycji i nie pozbawia prawa oceny w oparciu o art. 5 K.c. Mając na uwadze treść tego przepisu zgodzić się można z postulatem, iż ocena powyższych okoliczności nastąpić może dopiero na etapie realizacji umowy. Tym samym ocena czynności podmiotu zamawiającego, dla której podstawę normatywną będą stanowiły postanowienia umowy (w zakresie kar umownych, wszelkich praw związanych z płatnościami, zakresem świadczenia, odpowiedzialności kontraktowej), może nastąpić w oparciu o powyższą normę prawną dopiero na etapie realizacji umowy, tj. po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Można zatem opowiedzieć się za postulatem, iż mając na uwadze okoliczność, że Izba orzeka wyłącznie na podstawie przepisów prawa sam element słusznościowy nie powinien stanowić podstawy wydania orzeczenia modyfikującego postanowienia umowy. Zatem samo niezadowolenie wykonawcy z kształtu przyszłego kontraktu nie może doprowadzić do jego modyfikacji. Tego rodzaju argumenty w postaci uznania, iż odwołujący zmierza jedynie do dogodnego ukształtowania postanowień projektu umowy, obniżenia ryzyk kontraktowych, uwolnienia się od odpowiedzialności kontraktowej bez wskazania, że jej postanowienia są obciążone nieważnością, jak również bez wskazania przez odwołującego adekwatnych naruszeń przepisów, których ewentualne uwzględnienie przez Izbę mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania stanowiły podstawę oddalenia tego typu zarzutów w wyroku KIO z dnia 22 listopada 2013 r.¹⁶⁷ W szczególności sposób kwestie wynikające z faktu, iż na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne mamy do czynienia jedynie z projektem umowy są widoczne w przypadku zarzutów skierowanych wobec instytucji kar umownych, które mają na celu ich „miarkowanie”¹⁶⁸.

Argumentacja przemawiająca za możliwością kreowania postanowień umownych w pierwszej kolejności odnosi się do założeń, iż wykonawca ma prawo zakładać i oczekiwać, że dojdzie do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz, że przyszły stosunek zobowiązaniowy odpowiadać powinien swojej naturze, jak również respektowanym w aktach prawnych rangi ustawowej, zasadom i regułom.

Zwolennicy możliwości badania postanowień wzoru przyszłej umowy jako wzorce kontroli wskazują, oprócz wspomnianego już art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, na przepisy K.c. o charakterze *iuris cogentis* regulujące stosunki danego typu, jak również możliwość kontroli z zasadami ogólnymi i klauzulami generalnymi prawa cywilnego. Tego rodzaju odesłanie jest bowiem możliwe, a nawet konieczne, na mocy treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Wśród

¹⁶⁷ Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2612/13.

¹⁶⁸ Wyroki KIO z dnia: 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12, 11 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2749/13.

argumentów przemawiających za możliwością, a wręcz koniecznością rozpoznawania takich zarzutów, wymienia się potrzebę zagwarantowania zgodności z prawem samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym przyszłej umowy - jako zasadniczego celu tego postępowania.

Na tego rodzaju kwestie, i to w ramach uzasadnienia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r.¹⁶⁹, w którym wskazano, że: „[...] Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż na tym etapie postępowania może wyrażać się on m.in. w tym aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważność względnej i nie podlegała unieważnieniu z powodu wady postępowania. Za wadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznać należy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) oraz art. 29 Pzp, a także przepisów kodeksu cywilnego przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Utrzymanie takich postanowień ogłoszenia i s.i.w.z. może narazić Odwołującego na szkodę, zarówno gdy z ich powodu nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia jak i w razie złożenia oferty i jej wyboru jako najkorzystniejszej, z uwagi na możliwość unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego [...]”. Powyższa teza rozpoznawana przez Izbę w ramach badania kwestii szkody i interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, prowadzi do uznania, iż racjonalnie działający wykonawca nie musi posiadać interesu w ubieganiu się o zamówienie, w ramach którego może dojść do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu, i tym samym wady takiej umowy mogą stanowić realną przeszkodę w jego udziale w postępowaniu.

Analogicznie wskazała Izba w wyroku z dnia 1 marca 2012 r.¹⁷⁰, gdzie w uzasadnieniu prawnym podniesiono, że: „[...] Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo zakładać, iż dojdzie do zawarcia ważnej umowy i jednocześnie istnieje obiektywna możliwość należytego spełnienia świadczenia przez reprezentatywną część wykonawców działających w danej branży i spełniających warunki udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku brak możliwości uzyskania zamówienia wykonawca ma prawo upatrywać w przeszkodach tkwiących w samej umowie. Trudno jest bowiem uznać, iż naruszające prawo zapisy umowy są pozbawione znaczenia dla decyzji potencjalnego wykonawcy. Jednocześnie nie sposób założyć, iż pogodzenie się wykonawcy z takimi postanowieniami umowy i nieodstąpienie od ubiegania się o zamówienie stanowi li

¹⁶⁹ Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1387/10.

¹⁷⁰ Wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt KIO 360/12.

tylko autonomiczną decyzję wykonawcy podyktowaną względami ekonomicznymi. Nieopłacalność realizacji zamówienia przez określonego wykonawcę nie jest tożsama z brakiem możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wszakże ich postawienie ma określić grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Jeżeli na przeszkodzie temu, tj. udziałowi w postępowaniu, stoją jedynie postanowienia umowy mogą stać się przedmiotem zarzutów w ramach środków ochrony prawnej. Tym samym za przedmiot zaskarżenia można, przy uwzględnieniu specyficznych dla danego postępowania warunków, uznać tylko niektóre z postanowień umowy. [...]”. Oznacza to, iż przeszkody w ubieganiu się o zamówienie związane z postanowieniami umowy muszą być oceniane w sposób zobiektywizowany i nie związany z właściwościami danego, określonego podmiotu. Wynika to z faktu, iż niemożliwe do spełnienia wymagania ujęte w treści przyszłej umowy mogą bowiem doprowadzić do zawężenia kręgu wykonawców.

Jak bowiem wskazano w wyroku Izby z dnia 14 marca 2012 r.¹⁷¹: „[...] Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353.1 K.c. [...]”. Oznacza to bowiem, iż nie sposób uznać za dopuszczalne istnienie w obrocie projektu umowy, którego postanowienia są sprzeczne z zasadami prawa cywilnego i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa regulującymi określony typ umów nazwanych.

Izba mając na uwadze tego rodzaju wzorce kontroli eliminuje z obrotu prawnego postanowienia stojące wprost w opozycji z naczelnymi zasadami prawa cywilnego, zasadami współżycia społecznego, bądź klauzulami generalnymi. Przykład tego rodzaju, i to dotyczący kar umownych, znajdujemy w wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013 r.¹⁷², gdzie w uzasadnieniu zostało wskazane, że: „[...] W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający

¹⁷¹Wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt KIO 399/12.

¹⁷²Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13.

nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Za najbardziej rażący przykład nadużycia prawa do żądania kary umownej wykonawcy wskazywali wysokość kary za otwarcie śmieciarki (przypis autora), która to kara wynosiłaby ok. 1.000.000 zł za jedno otwarcie odwłoka (w zależności od zadania od 800.000-1.400.000 zł) i to niezależnie, czy otwarcie to miałyby jakieś negatywne skutki, jak np. wysypanie odpadów. [...]”. Jest to zatem przykład wykorzystania do eliminacji z obrotu prawnego postanowień umownych, które Izba uznała za wpisujące się w klasyczną instytucję prawa cywilnego – nadużycie prawa podmiotowego. Analogicznie Izba uwzględniła (w części) zarzuty odnoszące się do kar umownych w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r.¹⁷³, gdzie zamawiający zobowiązał wykonawców w projekcie umowy do zapłaty kar umownych bez względu na ich odpowiedzialność za zdarzenia powodujące konieczność ich zapłaty i bez jednoczesnego rozszerzenia tej odpowiedzialności oraz doprecyzowania jej zakresu. W tym samym orzeczeniu Izba nakazała usunięcie z projektu umowy postanowień uprawniających zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku jej realizacji niezgodnie z niesprecyzowanymi „wskazówkami zamawiającego” – stwierdzając tym samym naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Już zatem tylko te przykłady wskazują na istnienie okoliczności uprawniających KIO do ingerencji w kształt przyszłych stosunków cywilnoprawnych, które naruszają zasady prawa cywilnego lub przepisy ustawy Pzp.

Nakazanie przez Izbę modyfikacji postanowień projektu umowy

Nadal otwartym problemem pozostaje sposób sformułowania sentencji nakazującej podmiotowi zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień umowy, tj. jakiego rodzaju rozstrzygnięcie winno być wynikiem uznania określonych zarzutów za zasadne w przypadku, gdy naruszenie przepisów może zostać usunięte jedynie przez stosowną modyfikację postanowień projektu umowy. Problematyka ta jest dostrzegana w orzecznictwie Izby. Jako przykład można wskazać wyrok z dnia 7 października 2013 r.¹⁷⁴, gdzie podkreślono m.in. znaczenie swobodnego uznania zamawiającego w opisanu i realizacji zaspokajanych przy pomocy zamówień potrzeb, a także zakres dopuszczalnej ingerencji w powyższe wykonawców i organy orzekające, skutki brzmienia orzeczenia dla brzmienia i sensu kształtowanych w ten sposób dokumentów, egzekwowalność i wykonalność wyroków

¹⁷³ Wyrok z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 827/13 oraz KIO 832/13.

¹⁷⁴ Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13.

wskazując jednocześnie, iż samo brzmienie sentencji wyroku pozostaje sprawą specyficzną i formalnie znacznie bardziej skomplikowaną niż w stosunku do zarzutów i żądań dotyczących innych czynności. W jednym z wydanych w 2013 r. orzeczeń¹⁷⁵ Izba wskazała, w odniesieniu do postanowień umownych odnoszących się do terminów realizacji robót budowlanych, że w rozpoznawanym przypadku samodzielne określenie i poprawienie poszczególnych postanowień umownych tyczących terminów nie mogło zostać dokonane przez skład orzekający. W powyższym orzeczeniu Izba wskazała bowiem w uzasadnieniu, że postanowienia w zakresie terminów realizacji, czy też kamieni milowych są na tyle ważkimi elementami przyszłej umowy, że samodzielne poprawianie poszczególnych klauzul umownych przez skład orzekający doprowadzić mogłoby do całkowitej niespójności tego dokumentu mającego fundamentalne znaczenie przy realizacji kontraktu.

Już tylko wskazane przykłady obrazują, że pomimo usilnych prób wypracowania jednolitego stanowiska w tym zakresie problem ten nadal zostaje otwartym, i wydaje się, że jego jednoznaczne rozstrzygnięcie w obecnych realiach prawnych jest niemożliwe. Jest to wynikiem choćby faktu, iż ze względu na znikomą ilość skarg wnoszonych przez wykonawców na orzeczenia Izby (spowodowaną zaporową wysokością wpisu wynoszącą pięciokrotność wpisu od odwołania) brak jest skutecznych narzędzi wypracowanych w ramach kontroli instancyjnej, która mogłaby przyczynić się do wypracowania jednolitego stanowiska w tym zakresie. Jednakże należy mieć nadzieję, iż ogłoszenie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt SK 12/13 zmieni powyższą sytuację.

Co do zasady dyrektywy regulujące relacje umowne w postaci przepisów o charakterze *ius cogens* i sprzeczne z nimi postanowienia umowne nie powinny sprawiać trudności w stosowaniu w ramach odwołań nakierowanych na zmianę postanowień umowy. Wówczas dochodziłoby bowiem do eliminacji tych postanowień, które są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Trudności pojawiają się dopiero w sytuacji, gdy środki ochrony prawnej zamierzają do zapewnienia pożądanej przez odwołującego równości stron stosunku zobowiązaniowego (np. przez wyważenie praw i obowiązków stron umowy), równego i pożądanego przez odwołującego rozkładu ryzyk, czy wręcz redukcji jego obowiązków lub ewentualnych sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (poprzez np. miarkowanie kar umownych). Wówczas nie sposób doszukać się jakiegokolwiek uniwersalnego wzorca i reguły przesądzającej o możliwości lub braku możliwości narzucenia przez Izbę „stosownych” postanowień umownych.

¹⁷⁵ Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 110/13.

Konkluzja

W ramach konkluzji wskazać należy, iż formułowanie postulatów *de lege ferenda*, zmierzających do ingerencji ustawodawcy w tym zakresie, prowadziłyby do powstania regulacji obarczonych znacznym ładunkiem szczegółowości, a wręcz tworzeniem przepisów kazuistycznych i trudnych w stosowaniu. Za wystarczające uznać należy wypracowanie w drodze orzecznictwa, w tym w szczególności sądowego, rozwiązań problemów pojawiających się na przestrzeni kilku ostatnich lat. Ze względu na doniosłość poruszanej problematyki szczególną rolę w tym zakresie należy przyznać Sądowi Najwyższemu. Tym niemniej inicjatywa w tym zakresie spoczywa w rękach Prezesa Urzędu, który jako jedyny podmiot posiada prerogatywy do zainicjowania postępowania przed SN w drodze skargi kasacyjnej.

2. Wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy – wybrane zagadnienia

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).

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, 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, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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 także - zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp - umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jeżeli jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe. W szczególności może być to spowodowane ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia przed rozpoznanem wniosku lub jego cofnięciem.

Wydając postanowienia w sprawach z wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, składy orzekające Izby, biorąc pod uwagę treść składanych wniosków, w szczególności zwracały uwagę na wymagany przepisem art. 183 ust.3 ustawy Pzp, interes publiczny¹⁷⁶. Wobec braku zdefiniowania w ustawie Pzp, pojęcia interesu publicznego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za interes publiczny na potrzeby stosowania art. 182 ust. 3 Pzp, uznaje się – zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96)¹⁷⁷ – korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Zwrócono także uwagę na konieczność wykazania bezpodstawności ochrony interesu wykonawcy składającego odwołanie i nie wykazania przewagi ewentualnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane

¹⁷⁶ Postanowienia z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 61/13; z dnia 25 listopada 2013 r., sygn. akt KIO/W 59/13; z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt 56-13; z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/W 10/13; z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/W 6/13.

¹⁷⁷ Postanowienie z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/W 10/13.

z ewentualną koniecznością ochrony interesów, do których może zachodzić prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, w wyniku czynności zamawiającego, na skutek utrzymania zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania.¹⁷⁸

2.1. Odmowa uchylecia zakazu zawarcia umowy

W większości rozpatrywanych spraw, w których odmówiono uchylecia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócono uwagę, że zamawiający powoływał się generalnie na przesłanki z tego przepisu, stawiając ogólne tezy w sytuacji, gdy zbyt późno bez usprawiedliwionych powodów wszczął postępowanie o udzielenie danego zamówienia¹⁷⁹. Podkreślono że tego rodzaju okoliczności – nieobiektywnie nieuzasadnione zbyt późne wszczęcie postępowania - nie mogą usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie ustawy Pzp, instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Izby przed rozpoznaniem odwołania.

Podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy nie mogła być również hipotetyczna możliwość utraty środków finansów, w sytuacji gdy wnioskodawca nie wykazał, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia przez KIO skutkować będzie tak znacznym opóźnieniem, że spowoduje to utratę wsparcia finansowego¹⁸⁰.

Zwrócono także uwagę, że zamawiający w przypadku usług powtarzających się takich jak usługa sprzątnia ma możliwość zapewnienia ciągłości takich usług do czasu zakończenia postępowania odwoławczego przy zastosowaniu innych mechanizmów przewidzianych w ustawie Pzp.¹⁸¹

W 2013 roku liczną grupę wniosków o zawarcie umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiły wnioski wniesione w postępowaniach, których przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych¹⁸². W tym przypadku wskazywano, przede wszystkim, że zamawiający nie wykazywał okoliczności wymaganych przepisem ustawy Pzp, podkreślając nie tyle brak udowodnienia, co brak uprawdopodobnienia przesłanek

¹⁷⁸ Postanowienie z dnia 10 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 22/13.

¹⁷⁹ Postanowienia z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/W 3/13; z dnia 6 maja 2013 r., sygn. akt KIO/W 18/13; z dnia 10 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 22/13; z dnia 17 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 23/13; z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 25/13; z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 49/13; z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO/W 52/13; z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 68/13.

¹⁸⁰ Postanowienie z dnia 16 września 2013 r., sygn. akt: KIO/W 53/13.

¹⁸¹ Postanowienie z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt: KIO/W 21/13.

¹⁸² Postanowienia z dnia 10 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 22/13; z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 24/13; z dnia 21 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 29/13; z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 31/13; z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 32/13; z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 34/13; z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 35/13; sygn. akt KIO/W 36/13; z dnia 28 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 38/13; sygn. akt KIO/W 39/13; z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 41/13; sygn. akt KIO/W 43/13; sygn. akt KIO/W 44/13; z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 45/13; z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 47/13; z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt KIO/W 54/13; z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. akt KIO/W 58/13.

wskazanych przepisem. Zwracano również uwagę, że zamawiający ma środki prawne i możliwości faktyczne, aby zapewnić odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy po dniu 1 lipca 2013 r., w okresie do zawarcia umowy z wykonawcami po ich wyborze w wyniku przeprowadzonego przetargu. Izba w tym przypadku wskazywała na art. 6s u.c.p.g., zgodnie z którym „W przypadku, gdy gmina nie realizuje obowiązku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, właściciel nieruchomości jest obowiązany do przekazania odpadów komunalnych, na koszt gminy, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości wpisanemu do rejestru działalności regulowanej (...)”.

W przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w przepisach wprowadzających zmiany nie stwierdzono oparcia dla twierdzeń, jakoby gmina miała obowiązek rozpoczęcia odbioru odpadów komunalnych z dniem 1 lipca 2013 r. Podkreślono jednocześnie, że z tym dniem wchodzi w życie wyłącznie regulacja z art. 9z ust. 4 tej ustawy dotycząca kar pieniężnych oraz, że ustawodawca przewidział w tej ustawie stosowne mechanizmy [jak powołany art. 6s u.c.p.g.] pozwalające na egzekwowanie ustawowych obowiązków gminy.

Zwrócono ponadto uwagę, że opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców [korzystanie ze środków ochrony prawnej] są okolicznościami, które można, a nawet należało przewidzieć i takie okoliczności nie mogą same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

2.2. Uchylenie zakazu zawarcia umowy

Uwzględniając wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy brano pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i jednocześnie fakt wykazania negatywnych skutków dla interesu publicznego w rozumieniu przepisu art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Przykładowo w poniżej omówionych sprawach Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy, uznając, że zamawiający wykazał, że niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może wywołać, lub wywoła znaczące, negatywne skutki dla interesu publicznego:

- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 4/13¹⁸³ - Izba stwierdziła, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, tj. świadczenie usług telekomunikacyjnych polegających na

¹⁸³ Postanowienie z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO/W 4/13.

połączeniu siecią rozległą WAN Centrali Agencji Rynku Rolnego z 16 Oddziałami Terenowymi i Centrum Zapasowym - niezawarcie umowy na usługi WAN mogło być znacząco negatywnym czynnikiem mającym wpływ na wynik właściwego rozdysponowania środków unijnych wśród beneficjentów oraz zakres statutowych działań ARR wynikających z przepisów prawnych. W ocenie Izby, był to cel doniosły, tak społecznie jak i gospodarczo, dotyczący określonej i szerokiej grupy (społeczeństwa), niemieszczący się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych;

- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 5/13¹⁸⁴ - Izba uznała, że przygotowanie i wdrożenie rozwiązania informatycznego (Systemu) niezbędnego dla transformacji administracji podatkowej oraz założony cel, jaki ma być osiągnięty w wyniku wykonania umowy o zamówienie publiczne, tj. kompleksowa poprawa funkcjonowania administracji podatkowej, budowa systemu podatkowego przyjaznego obywatelowi, a także poprawa ściągalności podatków i zwiększenie wpływów do budżetu, co z kolei ma generować oszczędności, które umożliwią zaspokojenie większej liczby potrzeb o charakterze powszechnym, ma istotne znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, a nie partykularnego interesu samego zamawiającego i realizacja założonego celu jest doniosła, tak społecznie jak i gospodarczo, albowiem dotyczy określonej i szerokiej grupy (społeczeństwa), nie mieści się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych. Według Izby, realizacja opisanego przez zamawiającego celu była istotnie zagrożona, albowiem warunkiem jego osiągnięcia w akceptowalnym terminie było skorzystanie z zewnętrznych środków pomocowych, które były dostępne w ograniczonej perspektywie czasowej. Zwrócono przy tym uwagę na terminy harmonogramów wynikające z porozumień o dofinansowanie projektów stwierdzając, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna być zawarta do dnia 31 stycznia 2013 r. Izba miała także na uwadze ponad roczne opóźnienia w realizacji projektów oraz konieczność wytworzenia głównego z produktów umowy (Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA3) nie później niż do dnia 31 marca 2015 r. Analogiczne stanowiska Izba zajęła w sprawie o sygn. akt: KIO/W/9/13, gdzie przedmiotem zamówienia była „Modernizacja Krajowego Systemu Informatycznego” oraz założony cel, jaki miał być osiągnięty w wyniku wykonania umowy o zamówienie publiczne - kompleksowa poprawa funkcjonowania jednostek administracji publicznej (jednym z zadań Systemu

¹⁸⁴ Postanowienie z dnia 1 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO/W 5/13.

jest umożliwianie sprawdzeń osób i przedmiotów oraz wprowadzania danych osób poszukiwanych zgodnie z Konwencją Wykonawczą do Układu z Schengen), podkreślając, że realizacja tego celu ma istotne znaczenie niewątpliwie z punktu widzenia interesu publicznego, a nie partykularnego interesu samego zamawiającego;

- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 8/13¹⁸⁵ - za wiarygodne uznano wyjaśnienia zamawiającego, że warunki zimowe ze względów przyrodniczych i technologicznych są najlepszym okresem na wycinanie drzew, gdyż minimalizuje to uszkodzenia w środowisku leśnym. Co więcej, prowadzenie gospodarki w zakresie wycinki drzew w warunkach zimowych minimalizuje zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi spowodowane możliwością upadku drzew obciążonych śniegiem. Zatem ochronę życia i zdrowia ludzi, oraz upływ czasu najbardziej optymalnego dla gospodarki leśnej w zakresie wycinki drzew, Izba uznała, za przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp;
- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 15/13¹⁸⁶ - Izba stwierdziła, że zgodnie z treścią zawartej umowy o dofinansowanie, niewykonanie zadania w terminie [do dnia 2014-07-30] może stanowić podstawę do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym i skutkować obowiązkiem zwrotu dotacji w kwocie 8 000 000,00 zł. Pozbawienie dofinansowania spowoduje nie tylko niemożność zrealizowania tej inwestycji, ale także utratę szansy miasta na rozwój, jak i na organizację kolejnych wydarzeń sportowych. Nie wybudowanie hali w terminie skutkować bowiem może utratą prawa do organizacji Mistrzostw Świata, a tym samym pogorszeniem wizerunku Miasta oraz wpłynąć negatywnie na jego atrakcyjność turystyczną i gospodarczą. Zwrócono przy tym uwagę na dotychczasowe zaangażowanie środków przez zamawiającego na wykonanie usługi promocyjnej na rzecz Miasta w ramach organizacji Mistrzostw Świata Mężczyzn w Piłce Siatkowej odbywających się w Polsce w 2014 r., która to usługa jest świadczona od 2011 roku. Tak więc przeprowadzone postępowanie, zdaniem Izby, miało służyć realizacji celu publicznego. Dla przeprowadzenia turnieju siatkarskiego o randze międzynarodowej koniecznym jest bowiem posiadanie zaplecza, które zagwarantowałoby przeprowadzenie treningu w komfortowych warunkach. Wybudowanie budynku (hali treningowej) jest więc elementem niezbędnym do przeprowadzenia tego turnieju. Niezawarcie umowy w terminie wskazanym przez zamawiającego faktycznie nie

¹⁸⁵ Postanowienie z dnia 12 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/W 8/13.

¹⁸⁶ Postanowienie z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt KIO/W 15/13.

pozwole nie tylko na wybudowanie hali treningowej w wymaganym umową terminie, ale i spowoduje utratę środków finansowych przeznaczonych na ten cel, jak i skutkować będzie negatywną oceną Miasta - jako organizatora;

- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 48/13¹⁸⁷ – Izba uznała, że możliwie szybkie zawarcie umowy na dostawę urządzenia ratującego życie i zdrowie ludzkie niezbędnego do wykonywania zadań przez zamawiającego mieści się w interesie publicznym. W tym przypadku powołała tezę z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. W/96), zgodnie z którą „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego”, podkreślając jej aktualność w tej sprawie;
- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 60/13¹⁸⁸ – Izba wskazała, że w zakresie realizowanych zadań zamawiający jest wiodącym urzędem w skali kraju w zakresie kontroli elektronicznej sklepów wielkopowierzchniowych (tzw. e-kontrola) oraz wiodącym urzędem w znaczącej części kraju w zakresie stosowania narzędzi i tworzenia procedur informatyki śledczej – w zakresie tym urząd dysponuje największym doświadczeniem i rozwija metodologię kontroli elektronicznych. Podkreśliła, że „(...) realizacja tych celów wymaga posiadania i odnawiania (unowocześniania) zasobów technicznych w postaci specjalistycznego i równoważnego sprzętu i oprogramowania tak do tworzenia analiz i planów, jak i realizowania zadań w toku prowadzenia postępowań kontrolnych kontroli skarbowej, także poprzez możliwość wykorzystania i audytowania narzędzi oraz oprogramowania informatycznego, którym dysponują podmioty kontrolowane przez organ kontroli skarbowej. Ten właściwy cel i zindywidualizowane zadania, które muszą być realizowane w sposób ciągły i nieprzerwany dla zapewnienia ochrony interesów i praw majątkowych Skarbu Państwa stanowią istotny interes publiczny, który realizuje zamawiający, a który może doznać znaczącego uszczerbku w wymiarze przewyższającym prawnie chroniony interes wykonawcy”. Zdaniem Izby „(...) Ważną okolicznością dla rozpatrzenia interesu publicznego jest to, że limit przyznanych środków finansowych w budżecie – planie finansowym urzędu na rok 2013 na dokonanie wydatków budżetowych na zakup urządzeń informatycznych i oprogramowania, wygaśnie

¹⁸⁷ Postanowienie z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 48/13.

¹⁸⁸ Postanowienie z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 60/13.

w sposób bezpowrotny wraz z upływem roku kalendarzowego (budżetowego) 2013 r., zgodnie z zasadą roczności budżetu państwa, określoną w art. 181 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 885 ze zmianami). Zamawiający nie posiada upoważnienia do zaciągnięcia zobowiązań na lata przyszłe, a realizowane zadanie rzeczowe nie jest ujęte w wykazie zadań, o którym mowa w art. 181 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, tj. „wydatków niewygasających” z upływem roku budżetowego, które mogą być na podstawie decyzji Rady Ministrów realizowane w następnym roku budżetowym, jednak nie dłużej niż do 31 marca następnego roku budżetowego. Co do zasady, zaciągnięcie ewentualnego zobowiązania bez upoważnienia, w postaci odpowiedniego zapisu zawartego w rocznym planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych, stanowi naruszenie zasad gospodarki finansowej, określonych w art. 44 i art. 46 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, stanowiąc jednocześnie czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych, w sposób określony w art. 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 168)”;

- w sprawie o sygn. akt: KIO/W 62/13¹⁸⁹ - Izba stanęła na stanowisku, iż świadczenie usług ochrony osób i mienia w Jednostce Wojskowej leży w interesie publicznym i jest związane z dziedziną obronności i bezpieczeństwa państwa, a niezawarcie umowy w tym zakresie może spowodować negatywne skutki.

W odniesieniu do wniosków wniesionych w postępowaniach, których przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych KIO w trzech przypadkach uchyliła zakaz zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, z tym, że w jednym przypadku uchylenie zakazu dotyczyło tylko jednej z części¹⁹⁰. W odniesieniu do pozostałych dwóch wniosków KIO uwzględniając je w całości uznała, że przedstawiona argumentacja pozwalała przyjąć, że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, poprzez powstanie zagrożenia epidemiologicznego, to jest w istocie sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców w okresie występujących w klimacie Polski najwyższych temperatur.”¹⁹¹ Innym argumentem uznanym przez Izbę był brak możliwości kontynuowania umów dotychczasowych, co zostało uznane za interes publiczny zbieżny jednocześnie z interesem zamawiającego.¹⁹²

¹⁸⁹ Postanowienie z dnia 16 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 62/13.

¹⁸⁹ Postanowienie z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 16/13.

¹⁹¹ Postanowienie z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 27/13.

¹⁹² Postanowienia z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 33/13.

2.3. Umorzenie postępowania

Okolicznościami skutkującymi umorzeniem postępowania był przede wszystkim zwrot odwołania przez Prezesa KIO z uwagi na nieuiszczenie wpisu lub nieprzedłożenie w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów¹⁹³.

Także odrzucenie odwołania przez skład orzekający Izby w oparciu o jedną z okoliczności wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp, skutkowało umorzeniem postępowania¹⁹⁴.

Podobnie nie wniesienie odwołania w wymaganym ustawą Pzp, terminie czyniło taki wniosek bezprzedmiotowym uzasadniającym wydanie postanowienia o umorzeniu wszczętego postępowania¹⁹⁵. Analogicznie - w przypadku cofnięcia wniesionego odwołania.¹⁹⁶

2.4. Konkluzje

Na etapie rozpatrywania wniosku Izba nie bada ani skuteczności wniesionego odwołania, ani nie analizuje jego zasadności, co do podnoszonych w nim zarzutów.¹⁹⁷

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwracano w szczególności uwagę, że uchylając zakaz zawarcia umowy Izba nie może opierać się na twierdzeniach ogólnych niepopartych rzeczową argumentacją, a także na potrzebę chociażby uprawdopodobnienia mogących powstać negatywnych skutków dla interesu publicznego.

Realizacja celu związanego z udzielanym zamówieniem musi mieć związek z interesem publicznym zdefiniowanym w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., a nie z partykularnym interesem zamawiającego.

¹⁹³ Postanowienia z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/W 2/13; z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt KIO/W 13/13; z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt KIO/W 20/13; z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 40/13; z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 50/13; z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt KIO/W 55/14.

¹⁹⁴ Postanowienia z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO/W/7/13; z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 64/13.

¹⁹⁵ Postanowienia z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt: KIO/W 14/13; z dnia 28 października 2013 r., sygn. akt KIO/W 57/13; z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 64/13.

¹⁹⁶ Postanowienia z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/W 1/13; z dnia 21 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO/W 30/13; z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/W 46/13.

¹⁹⁷ Postanowienia z dnia 22 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO/W 12/13; z dnia 3 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO/W 17/13; z dnia 2 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/W 69/13.

3. Uchwały w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP – wybrane zagadnienia

Opinia KIO do zastrzeżeń zamawiającego do wyników kontroli zarówno doraźnej, jak i uprzedniej wyrażana jest zgodnie z art. 167 ust.3 Pzp, w formie uchwały i jest wiążąca dla Prezesa UZP, zwanego również – na potrzeby tego opracowania – „Kontrolującym”.

Prezentowane poniżej syntetyczne omówienie uchwał obejmuje wyłącznie te uchwały, w których poruszono zagadnienia mające (lub mogące mieć) istotne znaczenie dla praktyki. Wobec powyższego, pominięto te rozstrzygnięcia, których wydanie wiązało się wyłącznie z odmienną interpretacją stanu faktycznego.

W 2013 r. Izba wyraziła opinię, co do uwzględnienia zastrzeżeń w całości, bądź też w części formułując poglądy, które stanowiły podstawę następujących rozstrzygnięć:

- w uchwale z dnia 15 lutego 2013 r.¹⁹⁸ Izba – uwzględniając zastrzeżenia zamawiającego odnośnie zarzucanego mu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – stwierdziła, że nie można wymagać od zamawiającego, aby – dokonując opisu przedmiotu zamówienia – rozważał bezwzględnie wszystkie przypadki, czy jakiemuś wykonawcy nie odpowiadają postanowienia specyfikacji. Zwrócono przy tym uwagę, że wykonawcy powinni aktywnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. składając wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp), aby eliminować ewentualne naruszenia przepisów ustawy Pzp, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Kontrolującego, który w oparciu o treść zleconej biegłemu z zakresu systemów informatycznych opinii stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na możliwość zaoferowania przez wykonawców komputerów zawierających podzespoły(procesory) tylko jednego producenta;

- podejmując uchwałę z dnia 21 lutego 2013 r.¹⁹⁹ Izba stwierdziła, że wyznaczenie wykonawcom zbyt krótkiego terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz, że jego uzasadnieniem nie może być wyłącznie stwierdzenie, że przedmiot zamówienia jest nieskomplikowany, a usługi składające się na niego zostały zaliczone do usług nie priorytetowych.

¹⁹⁸Uchwała KIO z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/KD 13/13.

¹⁹⁹Uchwała KIO z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/KD 14/13.

W oparciu o powyższą argumentację Izba zakwestionowała stanowisko Prezesa UZP dotyczące możliwości – w okolicznościach sprawy – wyznaczenia 3-dniowego terminu na składanie przez wykonawców ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w oparciu o przepis art. 5 ust. 1 Pzp;

- w uchwale z dnia 24 maja 2013 r.²⁰⁰ Izba – uwzględniając zastrzeżenia zamawiającego dotyczące zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp – nie podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu, aby zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji wymagała przedłużenia terminu składania ofert w sytuacji, gdy zamawiający udziela wykonawcom, w przeddzień otwarcia ofert, wyjaśnień, których przedmiotem jest jego stanowisko co do właściwej stawki podatku od towarów i usług.

W uzasadnieniu uchwały podkreślono również, że odpowiedzi na wnioski wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ, stanowią rodzaj wykładni autentycznej postanowień specyfikacji, która wiąże zarówno zamawiającego, jak i wykonawców.

- rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego od wyników kontroli w sprawie o sygn. akt KIO/KD 52/13 Izba stwierdziła, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nienaruszający dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Brak możliwości spełnienia przez potencjalnego wykonawcę określonych wymogów zamawiającego znajdujących oparcie w jego uzasadnionych potrzebach i nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji, jeśli do tego samego zamówienia ma dostęp szereg innych wykonawców.

Ergo, Izba nie podzieliła poglądu Prezesa UZP, który opierając się na sporządzonej przez biegłego ekspertyzie i fakcie kwestionowania przez wykonawców określonego wymogu technicznego, a następnie – w związku z brakiem oczekiwanej przez nich zmiany postanowień SIWZ – niezłożenia ofert, stwierdził naruszenie zasady uczciwej konkurencji;

- w uzasadnieniu uchwały z dnia 11 lipca 2013 r.²⁰¹ Izba wskazała, że z samego faktu zagregowania kilku zamówień w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można wnosić, że doszło do naruszenia uczciwej konkurencji, o ile działanie takie oparte jest na uzasadnionych potrzebach zamawiającego.

²⁰⁰Uchwała KIO z dnia 24 maja 2013 r., sygn. akt KIO/KD 45/13.

²⁰¹Uchwała KIO z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO/KD 60/13.

Zakwestionowano zatem stanowisko Kontrolującego, który na etapie kontroli stwierdził, że różnorodny przedmiot zamówienia, połączony z brakiem możliwości składania ofert częściowych, świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- u podstaw częściowego uwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli w sprawie o sygn. akt KIO/KD 73/13²⁰² legło przekonanie, że stwierdzenie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 K.c. w związku z art. 14 Pzp);
- podejmując uchwałę z dnia 18 września 2013 r.²⁰³ Izba zważyła, że posiadanie polisy nieopłaconej na dzień upływu terminu składania ofert, w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jest równoznaczne z możliwością przedłożenia innego dokumentu (np. certyfikatu potwierdzającego fakt ubezpieczenia).
W związku z powyższym Izba uwzględniła zastrzeżenia zamawiającego, uznając możliwość posłużenia się „innym dokumentem” w rozumieniu przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia dokumentowego w sytuacji, w której wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przedłożył nieopłaconą polisę;
- uwzględniając zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli w sprawie o sygn. akt KIO/KU 93/13 i KIO KU 94/13²⁰⁴ Izba wskazała, że w świetle przepisu art. 22 ust. 5 zd. drugie Pzp, dopuszczalne jest uznanie przez zamawiającego za bardziej przekonujące, w zakresie oceny rzetelności i efektywności wykonawcy, informacji z banku lub SKOK-u, który dysponuje historią rachunku wykonawcy związaną z jego działalnością gospodarczą niż dowolnej instytucji bankowej, czy SKOK, takimi danymi nie dysponującej;

²⁰²Uchwała KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 73/13.

²⁰³Uchwała KIO z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt KIO/KU 85/13.

²⁰⁴Uchwały KIO z dnia: 30 października 2013 r., sygn. akt KIO/KU 93/13 i z dnia 31 października 2013 r., sygn. akt KIO/KU 94/13.

- w uzasadnieniu uchwały z dnia 10 grudnia 2013 r.²⁰⁵ Izba stwierdziła, że zlecenie dokonania istotnych zmian w opracowanej na podstawie odrębnego zamówienia dokumentacji projektowej, co do której zamawiający nie nabył uprawnień do ingerencji w jej materię, może nastąpić w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że projekt architektoniczny (budowlany) jest utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.²⁰⁶

Izba nie podzieliła stanowiska Kontrolującego, który stwierdził, że wobec brzmienia przepisu art. 49 ust. 2 ww. ustawy i możliwości dokonywania przez zamawiającego zmian w utworze nawet bez posiadania praw majątkowych do niego wyłączona jest możliwość stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Z zagadnień istotnych, które wyłoniły się w 2013 r. w omawianym obszarze działalności Izby warto szerzej wspomnieć – zwłaszcza w kontekście nadal budzącego kontrowersje w orzecznictwie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a nadto w świetle dokonanej w 2013 r. nowelizacji przepisu art. 22 Pzp, którą wprowadzono do niego ust. 5²⁰⁷ i treści nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów – o kwestii realności udostępniania wykonawcy zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, na zasadach określonych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 6 sierpnia 2013 r.²⁰⁸ Izba, co prawda, uwzględniła zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli, w tym także dotyczące zarzuconego mu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp²⁰⁹, tym niemniej zgodziła się z Prezesem UZP, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, jakie przedstawił w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca, którego oferta została wybrana, było zbyt ogólnej treści i nie precyzowało, czy podmiot trzeci zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji ww. zamówienia i w jakim charakterze. Zamawiający wymagał bowiem – na potwierdzenie spełnienia przez wykonawców warunku, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – wykazania wykonania co najmniej jednej dostawy wraz z wdrożeniem zintegrowanej platformy elektronicznej o określonych parametrach i wartości. Wykonawca, którego oferta została wybrana w przeprowadzonym postępowaniu przedłożył wykaz wykonanych

²⁰⁵Uchwała KIO z dnia 10 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 103/13.

²⁰⁶Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2006.90.631 ze zm.).

²⁰⁷Zmiana dokonana ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U.2012.1271), która weszła w życie z dniem 20 lutego 2013 r.

²⁰⁸Uchwała z dnia 5 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 72/13.

²⁰⁹Motywy takiego rozstrzygnięcia pozostają poza ramami niniejszego opracowania.

zamówień zrealizowanych przez podmiot trzeci i załączył do oferty oświadczenie, że podmiot ów „[...]wyraża zgodę na oddanie do dyspozycji wykonawcy (...) niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tj. wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych[...]”. Wobec powyższego Kontrolujący stwierdził, że w sytuacji, w której „[...]przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia – a do takich zasobów należy doświadczenie – taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia tj. wskazać jakie zasoby te podmioty udostępniają i na jakich zasadach[...]”. W konsekwencji zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyrażające się zaniechaniem wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wskazanego powyżej warunku udziału w postępowaniu.

Izba – w uzasadnieniu omawianej uchwały – wskazała m.in., że „[...] Na gruncie konkretnego stanu faktycznego za niesporne należy uznać, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika wprost stwierdzenie, że będzie on brał udział w realizacji zamówienia i ewentualnie w jakim charakterze[...]” oraz, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika zapowiedź udziału w realizacji części zamówienia. Cytowane stwierdzenie stanowi przejaw wyrażanego w orzecznictwie Izby zapatrywania o konieczności zapewnienia realnego (rzeczywistego) udziału w realizacji udzielonego zamówienia podmiotu trzeciego, w sytuacji udostępniania wykonawcy wiedzy i doświadczenia, którym uczestnik postępowania samodzielnie się nie legitymuje. Realność udostępnienia wspomnianych zasobów jest o tyle istotna, że – z uwagi na ich niematerialny charakter i ścisły związek z dysponentami takich zasobów – nie mogą one stanowić przedmiotu samodzielnego obrotu. Ponadto – na co Izba zwracała uwagę w ubiegłorocznym sprawozdaniu – omawiana kwestia ma również wyraźny kontekst społeczny, z uwagi chociażby na występujące w obrocie gospodarczym budzące sprzeciw zjawisko, określane mianem „handlu referencjami”.

Podkreślić należy, że pogląd o konieczności realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia przez wykonawcę, któremu udostępnił on wiedzę i doświadczenie Izba wyraziła w wyroku z dnia 1 lipca 2013 r.²¹⁰ stwierdzając m.in., że „[...] ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale

²¹⁰Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1439/13.

także o określenie jego zakresu – czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby, okresu tego świadczenia, a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy)[...]. Podobnie, w wyroku z dnia 12 czerwca 2013 r.²¹¹ Izba uznała, że „[...] Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powyższe wynika z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc sprowadzającą się jedynie do "dysponowania referencjami" danego podmiotu.[...]”.

Odnutowania wymaga, że takie stanowisko pojawiało się także i we wcześniejszych orzeczeniach Izby. Tytułem przykładu można wskazać na wyroki z dnia 17 i 18 maja 2010 r.²¹², w których uzasadnieniach wskazano, że „[...]W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem [...]”.

Warto zauważyć, że w orzecznictwie Izby z 2013 r., przejawiało się również drugie, odmienne zapatrywanie na kwestię realności udziału podmiotu trzeciego, udostępniającego

²¹¹Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1247/13; warto również zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13, w którym podkreślono, że jeżeli udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy następuje w drodze pozostawienia przez podmiot trzeci określonych osób do dyspozycji wykonawcy (oddelegowania ich do wykonawcy), to osoby te muszą wykonywać określone czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, bowiem doświadczenia – w odróżnieniu od wiedzy – nie można przekazać w drodze konsultacji, czy doradztwa.

²¹²Wyroki KIO z dnia 17 i 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO 790/10 i KIO 786/10; zob. również wyroki KIO: z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10, z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 890/10, z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10.

zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, w realizacji zamówienia przez wykonawcę, który z takiego potencjału korzysta przy wykazaniu spełniania warunku, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przykładowo, w wyroku z dnia 9 października 2013 r.²¹³ stwierdzono w tym zakresie, że „[...] Przepisy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia (rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego [...]”.

Także w uchwale z dnia 7 listopada 2013 r.²¹⁴ Izba zważyła, że „[...] zawsze udostępnienie zasobu musi wiązać się z korzystaniem z tego zasobu na etapie wykonania zamówienia, choć nie zawsze z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia i w konsekwencji i możliwością np. żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasób [...]”.

Opisywany pogląd był także wyrażany przez Izbę w orzeczeniach z lat poprzednich. W wyroku z dnia 14 lipca 2010 r.²¹⁵ stwierdzono, co prawda, że „[...] W sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia) [...]”, niemniej jednak podkreślono również, że uczestnictwo to może przybrać dowolną formę, niekoniecznie podwykonawstwa, ale np. współpracy, doradztwa, konsultacji, czy umowy lojalnościowej²¹⁶.

Przedstawione powyżej dwa nurty w orzecznictwie Izby, wychodzące wszak ze wspólnego założenia dotyczącego konieczności wykazania przez wykonawcę powołującego się na wiedzę i doświadczenia podmiotu trzeciego rzeczywistej możliwości korzystania z takiego potencjału na etapie realizacji zamówienia, stanowią wyraz wspomnianej

²¹³Wyrok KIO z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13.

²¹⁴Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt KIO/KU 96/13.

²¹⁵Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1333/10.

²¹⁶Wyrażany jednak był także pogląd, że jedyną dopuszczalną formą uczestnictwa podmiotu trzeciego, w szczególności gdy chodzi o roboty budowlane, może być podwykonawstwo – por. wyrok KIO z dnia 8 lutego 2012, sygn. akt KIO 160/12.

nowelizacji ustawy Pzp²¹⁷ i wejścia w życie nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp wprowadzono w celu wzmocnienia mechanizmu weryfikacji wykonawców, wskazując wyraźnie na cel, jakiemu ma służyć wspomniana weryfikacja, tj. ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie w § 1 ust. 6 pkt 2 lit. a-d aktualnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wprowadzono dla zamawiającego możliwość żądania od wykonawców wykazujących spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dokumentów dotyczących w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Warto zauważyć, że na potrzebę interpretacji pojęcia realności udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, w kontekście powołanych powyżej przepisów, zwrócono uwagę w orzecznictwie Izby²¹⁸.

Opisywana problematyka była początkowo rozstrzygana w dotychczasowym orzecznictwie sądów okręgowych z korzyścią dla drugiego z zaprezentowanych stanowisk²¹⁹. Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13, uwzględniona została jednak skarga Prezesa UZP na wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r., sygn. akt KIO 2336/13. Sąd orzekł, że zamawiający jest uprawniony do badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca wykazujący spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Sąd zmienił zaskarżony wyrok KIO i oddalił odwołanie wykonawcy, który

²¹⁷Patrz przypis nr 207.

²¹⁸Wyroki KIO z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13 i KIO 3104/13, a także z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt KIO 2144/13.

²¹⁹W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., oddalającego skargę Prezesa UZP na orzeczenie KIO z dnia 3 stycznia 2013 r. (vide: wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/12) zaakcentowano, że z uwagi na wysoce sformalizowany charakter procedur udzielania zamówień publicznych konieczne jest stosowanie ścisłej wykładni przepisów Ustawy Pzp, która – na gruncie art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp – nie pozwala na stwierdzenie, jakoby podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swoje zasoby miał obowiązek bezpośredniego udziału w wykonaniu zamówienia. Sąd wskazał również, że związek podmiotu trzeciego z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest tylko taki, że wyraża on zgodę na wykorzystanie swojego potencjału przez wykonawcę, który samodzielnie go nie posiada, celem przedstawienia go zamawiającemu do weryfikacji na etapie badania i oceny ofert (vide: wyrok SO z w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13). Podobnie, choć znacznie wcześniej, wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, w którym stwierdził m.in., że „aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze, a wykonawca korzystający z jego potencjału może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano również, że nie można uznać za uprawniony pogląd, zgodnie z którym aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci musiałby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. W konsekwencji uznano za dopuszczalne powoływanie się na cudze doświadczenie nawet, gdy podmiot oddający wykonawcy do dyspozycji swój potencjał nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia w jakimkolwiek charakterze”.

zakwestionował postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający zastrzegł badanie należytego wykonania zamówień przez podmioty trzecie w świetle kryteriów z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, w ramach oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Sąd uznał, że przepis art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, daje zamawiającemu możliwość stosowania kryteriów weryfikacji z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, również w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca wykazujący spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia²²⁰.

Omawiane zagadnienie znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie ETS (aktualnie: TSUE), tym niemniej bez przesądzania o słuszności którejkolwiek z koncepcji wynikających z orzecznictwa Izby.

W orzeczeniu z dnia 14 kwietnia 1994 r.²²¹, ETS wskazał, że: „[...] przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego [...]”.

Z kolei w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r.²²², ETS stwierdził, że „[...] prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia [...]”.

Kolejnym istotnym zagadnieniem, jakie pojawiło się w omawianym obszarze działalności Izby w 2013 r., była kwestia możliwości wyboru oferty wykonawcy po upływie terminu związania ofertą.

Wskazana problematyka poruszona została w uchwale z dnia 29 sierpnia 2013 r. uwzględniającej zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Prezesa UZP²²³. Z ustalonego w toku kontroli stanu faktycznego wynikało, że zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczył jednego z wykonawców

²²⁰ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2910>.

²²¹ Wyrok ETS z dnia 14 kwietnia 1999 r. w sprawie C-176/98.

²²² Wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03.

²²³ Uchwała KIO z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO/KU 75/13.

z uwagi na upływ terminu związania ofertą. Zamawiający – wobec wcześniejszego skorzystania z uprawnienia do wystąpienia do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą – musiał zdać się na aktywność wykonawcy, która jednak nie miała miejsca. Kontrolujący stwierdził, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przesłankę wynikającą z ww. regulacji, bowiem referuje ona wyłącznie do sytuacji, w której ten – w odpowiedzi na wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą – wspomnianego terminu nie przedłuży, nie zaś do przypadków, w których wykonawca samodzielnie nie przedłuża terminu związania ofertą. Izba nie podzieliła argumentacji Kontrolującego stwierdzając ostatecznie, że istniały podstawy do odrzucenia takiej oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, tym niemniej na kanwie tego rozstrzygnięcia dokonano również przeglądu stanowisk prezentowanych w orzecznictwie Izby, a dotyczących możliwości wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty dla której upłynął termin związania, stwierdzając brak możliwości wyboru oferty po upływie terminu związania ofertą, jako sprzecznego z *ratio legis* tej instytucji i naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców²²⁴.

Jest to zapatrywanie, któremu Izba dała wyraz w szeregu orzeczeń. Istnieje jednak odmienne stanowisko w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez nią waloru stanowczości, a tym samym – nie pozbawia zamawiającego możliwości jej wyboru w sytuacji, w której po dokonaniu badania i oceny ofert, okazałaby się ona najkorzystniejsza. Omawiane zagadnienie nie jest również jednolicie interpretowane w orzecznictwie sądów okręgowych. Za pierwszą z przedstawionych koncepcji opowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi²²⁵, stwierdzając że to wykonawca – wobec możliwości samodzielnego przedłużania terminu związania ofertą (*vide* art. 85 ust. 2 ustawy Pzp) – powinien, co do zasady, pilnować, aby termin ten nie upłynął i każdorazowo przedłużać go jeszcze w momencie, w którym jest on złożoną ofertą związany. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania spowodowałoby – zdaniem Sądu – że wskazane uprawnienie wykonawcy byłoby zbędne, ponieważ zamawiający i tak byłby zobowiązany do oceny jego oferty. Z kolei Sąd Okręgowy w Lublinie, w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r.²²⁶ – zajmując przeciwne stanowisko – wskazał m.in., że „[...]upływ terminu związania ofertą [...] nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy [...]”²²⁷

²²⁴Warto zasygnalizować, że możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą została niejako przesądzona postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08) i nie budzi obecnie kontrowersji w orzecznictwie Izby.

²²⁵Wyrok SO w Łodzi z dnia, sygn. akt XIII Ga 379/12.

²²⁶Wyrok SO w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt IX Ga 392/13, zob. także postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ca 192/10.

²²⁷Zob. Część 3 pkt 1.6 Informacji, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

Część 4 – Przegląd orzecznictwa sądów okręgowych w sprawach skarg wniesionych na orzeczenia Izby w 2013 r.

Z uwagi na ramy *Informacji* nie jest możliwym przedstawienie szczegółowej analizy wszystkich spraw, w których wniesiono skargi do sądu okręgowego. Z tego też względu omówione zostały jedynie przykłady interesujących spraw. W szerszym ujęciu, sprawy w których wniesiono skargi do sądu okręgowego, zostały przedstawione w Załączniku do *Informacji* – Wybrane orzeczenia sądów okręgowych – w którym przedstawiono m.in. zarzuty poszczególnych skarg, motywy rozstrzygnięć wydawanych przez sądy, jak również orzecznictwo odnoszące się do danej problematyki.

Ta część *Informacji* została podzielona na dwie części – pierwszą obejmującą wybrane skargi wniesione przez Prezesa UZP oraz drugą – dotyczącą skarg wniesionych przez strony postępowania w 2013 r., w których:

- sąd skierował pytanie prawne do Sądu Najwyższego oraz;
- zmieniono orzeczenie KIO;
- uchylono wyrok i umorzono postępowanie;
- oddalono skargę.

Na gruncie przepisów Pzp, ustawodawca przewidział dla Prezesa UZP szczególną pozycję oraz zadania w zakresie możliwości uruchomienia kontroli instancyjnej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Prezes Urzędu jest organem administracji publicznej mającym zapewniać jednolite stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych i czuwać nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych. Jednym z instrumentów prawnych służącym realizacji powyższych obowiązków jest prawo wnoszenia skarg do sądu. Prezes UZP wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron, lecz jest rzecznikiem interesu publicznego.

Spośród skarg Prezesa UZP rozpoznanych w 2013 r., należy zwrócić uwagę na skargę z dnia 24 stycznia 2013 r.,²²⁸ która została oddalona wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r.²²⁹ Prezes UZP zakwestionował, by z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy, ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego, zasób wiedzy i doświadczenia nie musiał wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia. Z art. 26 ust. 2b Pzp wynika bowiem, iż dla skutecznego wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunku wiedzy

²²⁸ Skarga na wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/13

²²⁹ Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13.

i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na realny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Wydany w tej sprawie wyrok KIO dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę osób i mienia. W okolicznościach tego postępowania podmiot udostępniający zasoby figurował jednocześnie w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. W wydanym wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził m.in., że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany, co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów. Z treści art. 26 ust. 2b Pzp, nie wynika zaś, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia. Sąd wskazał także, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz ma zastosowanie jedynie do wykonawców.

Wskutek skargi Prezesa UZP z dnia 12 marca 2013 r.²³⁰, Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2013 r.²³¹, zmienił w pkt 1 zaskarżone postanowienie KIO poprzez oddalenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W sprawie tej Prezes Urzędu zakwestionował m.in. bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy dokumenty, których odwołujący nie dołączył do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu, nie stanowiły merytorycznej treści odwołania. W wydanym orzeczeniu Sąd Okręgowy w Katowicach podkreślił m.in., że odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu na treść odwołania nie dołączonych przy kopii odwołania dowodów, stanowi wyraz nadmiernego formalizmu, który nie znajduje uzasadnienia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych.

Warto zwrócić uwagę także na skargę z dnia 8 października 2013 r.²³², rozpoznaną wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r.²³³, uwzględniającym w całości skargę i zmieniającym zaskarżony wyrok poprzez oddalenie odwołania. Prezes UZP zakwestionował m.in. możliwość uznania istnienia po stronie wykonawcy interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, w sytuacji, gdy oba podmioty ubiegają się o udzielenie tego samego zamówienia i są względem siebie konkurentami. W sytuacji bezpodstawnego dopuszczenia przystępującego do udziału w postępowaniu wszelkie oświadczenia i dowody złożone przez taki podmiot w postępowaniu odwoławczym nie mogą być brane pod uwagę przy wydaniu orzeczenia. W wydanym wyroku Sąd Okręgowy w Poznaniu uznał m.in., że interes, o którym

²³⁰ Skarga z dnia 12 marca 2013 r., na postanowienie KIO z dnia 19 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 252/13.

²³¹ Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13.

²³² Skarga z dnia 8 października 2013 r., na wyrok KIO z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt KIO 2159/13.

²³³ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/11.

mowa w art. 185 ust. 2 Pzp nie może być rozumiany, jako możliwość występowania w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Sąd podzielił także zarzuty skargi dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując iż na decyzję zamawiającego w zakresie wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące podejrzenia rażąco niskiej ceny nie mogą mieć wpływ wykonawcy.

W następstwie skargi z dnia 4 grudnia 2013 r.²³⁴, Sąd Okręgowy w Lublinie, wyrokiem z dnia 17 stycznia 2014 r.²³⁵, unieważnił umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że nakazał zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. W wydanym orzeczeniu sąd podzielił zarzuty Prezesa UZP wskazując m.in., że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie daje podstaw do przyjęcia, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego jest równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego; przedmiotowy przepis ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania i nie może być interpretowany rozszerzająco. Sąd podkreślił także, że upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy. W przypadku, gdyby zamawiający – na skutek wcześniejszego wystąpienia z wnioskiem, o jakim mowa w art. 85 ust. 2 Pzp – nie mógł ponownie skorzystać z tej możliwości, to możliwym byłoby zasygnalizowanie wykonawcom potrzeby złożenia stosownych oświadczeń; wprawdzie ustawa Pzp możliwości takiej sygnalizacji nie przewiduje to jednak sygnalizacja taka może znaleźć zastosowanie w szczególnych przypadkach. W sytuacji, gdy na skutek wadliwych czynności zamawiającego zachodzi potrzeba usunięcia skutków tych wadliwych czynności, taka sygnalizacja, o ile zostanie skierowana do wszystkich wykonawców, nie sprzeciwia się regulacjom i zasadom Pzp.

Spośród skarg skierowanych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego warto wskazać na skargę odwołującego z dnia 26 lipca 2013 r.²³⁶, na postanowienie KIO z dnia 8 lipca 2013 r., w następstwie której wydana została uchwała Sądu Najwyższego²³⁷. Wskutek pytania prawnego Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 14 października 2013 r., Sąd Najwyższy stwierdził, że „Do zachowania – przewidzianego w art.

²³⁴ Skarga z dnia 4 grudnia 2013 r., na wyrok KIO z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2537/13.

²³⁵ Wyrok SO w Lublinie z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt IX Ga 392/13.

²³⁶ Skarga z dnia 26 lipca 2013 r., na postanowienie KIO z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1562/13.

²³⁷ Uchwała SN z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13.

182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej”.

Warto zwrócić uwagę także na skargę z dnia 19 grudnia 2012 r.²³⁸, po rozpoznaniu której Sąd Okręgowy w Katowicach, wyrokiem z dnia 28 lutego 2013 r.²³⁹, zmienił zaskarżony wyrok uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego; unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów nr [...] i dokonanie w tym zakresie ponownej oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołujących. W uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia, w zakresie wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, sąd wskazał m.in., że istotny warunkiem skuteczności wykluczenia jest wyraźnie wskazany czynnik czasu, a mianowicie by rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania; nie można podzielić stanowiska, iż rozwiązanie, wypowiedzenie czy odstąpienie od poprzednio łączącej strony umowy o zamówienie publiczne, może nastąpić w każdym czasie, a w szczególności w czasie trwania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślono jednocześnie, że wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact dotyczący zgodności z prawem europejskim art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, zawiera wskazówki interpretacyjne zwłaszcza, co do warunku, by rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Warunek ten winien być rozumiany w ten sposób, że zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem umowy, albo odstąpieniem od niej ustali, że rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonania przez niego lub niewłaściwego wykonania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo. Konsekwencją powyższego jest obciążanie zamawiającego powinnością wykazania winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, której

²³⁸ Skarga z dnia 19 grudnia 2012 r., na wyrok KIO z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2522/12.

²³⁹ Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt XIX Ga 750/12.

wynikiem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia uprawniające do rozwiązania, wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy.

Przedmiotem rozpoznania sądów okręgowych były również kwestie związane z kosztami postępowania odwoławczego.

Wskutek skargi z dnia 16 stycznia 2013 r.,²⁴⁰ na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., Sąd Okręgowy w Gdańsku, wyrokiem z dnia 17 kwietnia 2013 r.²⁴¹, zmienił zaskarżony wyrok w pkt 2 poprzez obniżenie zasądzonej od wykonawcy na rzecz zamawiającego kwoty stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przez KIO. W uzasadnieniu wyroku sąd wskazał m.in., że z przepisów nie wynika, aby zwrot kosztów podróży należał się w granicach najtańszego środka transportu, niemniej jednak w realiach przedmiotowej sprawy za uzasadniony koszt sąd uznał jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego pełnomocnika, gdyż w odniesieniu do dwóch pozostałych pełnomocników nie wykazano i nie uargumentowano na czym miało polegać uzasadnienie dla poniesienia kosztów ich stawiennictwa.

W innej sprawie, po rozpoznaniu skargi z dnia 22 lutego 2013 r.²⁴², na postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2013 r., Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, postanowieniem z dnia 19 czerwca 2013 r.²⁴³, zmienił pkt 2 zaskarżonego postanowienia poprzez zniesienie wzajemne między stronami kosztów postępowania odwoławczego przed KIO i nakazał zwrócić z rachunku bankowego UZP na rzecz wykonawcy kwotę uiszczanego wpisu. Sprawa ta dotyczyła sytuacji, gdy odwołujący cofnął odwołanie z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, w postępowaniu, w którym nie zgłosił przystąpienia żaden inny wykonawca. W motywach swojego rozstrzygnięcia sąd wskazał m.in., że wystąpienie okoliczności wymienionych w art. 186 ust. 2 Pzp, stanowi samodzielną podstawę do umorzenia postępowania, bez konieczności podjęcia dodatkowych czynności przez wykonawcę, tj. cofnięcia złożonego odwołania. Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, przewiduje możliwość umorzenia postępowania w każdym przypadku, gdy odwołujący samodzielnie podejmie decyzję o cofnięciu swojego odwołania, bez względu na stanowisko zamawiającego. W sytuacji, gdy zamawiający uwzględni odwołanie w całości, a zatem zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, również w oparciu o art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp powinno nastąpić rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

²⁴⁰ Skarga z dnia 16 stycznia 2013 r., na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12.

²⁴¹ Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt XII Ga 73/13.

²⁴² Skarga z dnia 22 lutego 2013 r., na postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 126/13.

²⁴³ Postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt VIII Ga 42/13.

Kwestii kosztów postępowania dotyczyła także skarga z dnia 15 marca 2013 r.²⁴⁴, rozpoznana postanowieniem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 14 czerwca 2013 r.²⁴⁵, którym zmieniono zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że zasądzono dodatkowo od wykonawcy na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym. W skardze zakwestionowano odmowę zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego w oparciu o uznanie, że ze złożonej faktury nie można było wywieść, iż opisana usługa – „pomoc prawna” miała związek z postępowaniem prowadzonym przed KIO.

Interesującej rozstrzygnięcie zapadło wskutek rozpoznania skargi z dnia 4 grudnia 2012 r.²⁴⁶, na wyrok KIO z dnia 14 listopada 2012 r., w której to sprawie Sąd Okręgowy w Toruniu, postanowieniem z dnia 20 marca 2013 r.²⁴⁷, uchylił zaskarżony wyrok i umorzył postępowanie. Sąd stanął na stanowisku, iż w sytuacji rozpoznawania skargi na wyrok KIO uwzględniający odwołanie wykonawcy i nakazujący ponowną ocenę oferty i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, który następnie nie przedłużył ważności wadium, powoduje konieczność formalnego (a nie merytorycznego) rozstrzygnięcia sprawy.

Podobnie w sprawie skargi z dnia 2 maja 2013 r.²⁴⁸, Sąd Okręgowy we Wrocławiu, wyrokiem z dnia 4 lipca 2013 r.²⁴⁹, uchylił zaskarżony wyrok i umorzył postępowanie. Sąd stanął na stanowisku, że w sytuacji, gdy po wydaniu orzeczenia przez KIO, zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp, zamawiający zawarł umowę dostawy, która została wykonana w całości, bezprzedmiotowe staje się prowadzenie przez sąd postępowania ze skargi na wyrok KIO.

Spośród spraw, w których oddalono wniesione skargi warto zwrócić uwagę na skargę z dnia 29 stycznia 2013 r., rozpoznaną wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r.²⁵⁰ Oddalając skargę sąd wskazał m.in., że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, wskazuje, iż złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Informacja z KRK wystawiona w danym dniu nie potwierdza natomiast stanu za okres wcześniejszy.

²⁴⁴ Skarga z dnia 15 marca 2013 r., na wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 290/13.

²⁴⁵ Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt X Ga 95/13.

²⁴⁶ Skarga z dnia 4 grudnia 2012 r., na wyrok KIO z dnia 14 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2552/12.

²⁴⁷ Postanowienie SO w Toruniu z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt VI Ga 10/13.

²⁴⁸ Skarga z dnia 2 maja 2013 r., na wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 739/13.

²⁴⁹ Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 205/13.

²⁵⁰ Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 683/13.

W sprawie wywołanej skargą z dnia 28 marca 2013 r.²⁵¹, Sąd Okręgowy w Białymstoku²⁵² oddalając skargę wskazał z kolei, że od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Zamawiający nie może oceniać ofert w kategorii zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ.

²⁵¹ Skarga z dnia 28 marca 2013 r., na wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt KIO 386/13.

²⁵² Wyrok SO w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt II Ca 397/13.

Podsumowanie

Działalność orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r., obok wypracowywania i utrwalania orzecznictwa dotyczącego istotnych zagadnień merytorycznych pojawiających się już w latach poprzednich, w dużej mierze skoncentrowana była wokół kwestii związanych z postępowaniami na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. To właśnie nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach najwyraźniej przełożyła się w okresie sprawozdawczym na orzecznictwo Izby, powodując konieczność wytyczenia kierunków interpretacji nowych przepisów, których sposób funkcjonowania w praktyce wzbudzał wiele niepewności i wątpliwości wśród zamawiających oraz wykonawców, co z kolei wpłynęło na zauważalny wzrost ogólnej liczby spraw odwoławczych. W postępowaniach dotyczących odpadów komunalnych, obok zagadnień typowo występujących w problematyce zamówień publicznych, pojawiły się liczne, wymagające zdefiniowania i rozstrzygnięcia kwestie właściwe tej dziedzinie (od charakterystycznych dla niej zagadnień związanych z opisem przedmiotu zamówienia i ustaleniem jego zakresu, przez warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, po kwestie związane z kalkulacją ceny). Orzecznictwo Izby przysłużyło się ujednoczeniu pojęć i instytucji stosowanych w tym zakresie oraz pozwoliło zidentyfikować obszary, w których pożądanymi byłyby zmiany legislacyjne.

Natomiast dwie istotne nowelizacje ustawy Pzp, które weszły w życie w 2013 r., tj. nowelizacja związana z implementacją tzw. dyrektywy obronnej oraz nowelizacja dotycząca podwykonawstwa, nie znalazły w tym okresie szerszego odzwierciedlenia w rozpatrywanych przez Izbę sprawach. W przypadku pierwszej z nich, wpływ spraw odwoławczych związanych z nowymi przepisami był niewielki (jednak ze względu na istotność tej dziedziny, zagadnienia dotyczące zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem zostały w Informacji omówione). Z kolei druga z nowelizacji weszła w życie dopiero pod koniec 2013 r. Zatem stosowanie przepisów Prawa zamówień publicznych cechowała w tym okresie względna stabilność. Można spodziewać się, że większy wpływ wspomnianych nowelizacji na praktykę zamówień publicznych, a co za tym idzie na działalność orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, nastąpi w dalszym okresie obowiązywania znowelizowanych przepisów.

Spośród pozostałych zagadnień orzecznich, niektóre kwestie podejmowane w orzecznictwie już w latach wcześniejszych wciąż wywołują wątpliwości wśród uczestników rynku zamówień publicznych i te właśnie kwestie, najczęściej pojawiające się w postępowaniach odwoławczych i stwarzające trudności w praktyce, zostały szerzej omówione w poszczególnych rozdziałach niniejszej Informacji. Wnioski wypływające

z orzecnictwa Izby i sądów okręgowych w tym zakresie wskazują, że dla rozstrzygnięcia niektórych z nich pożądane byłyby zmiany legislacyjne. Nie wszystkie jednak problemy wymagają ingerencji ustawodawcy, w przypadku części z nich wypracowanie właściwego i spójnego sposobu stosowania przepisów wydaje się możliwe w praktyce orzeczniczej, tak Izby, jak i sądów okręgowych, których rosnącego udziału w kształtowaniu orzecnictwa można oczekiwać w związku z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, w wyniku którego znacznemu obniżeniu uległa opłata od skarg na orzeczenia Izby.

Zauważyć także należy, że w przypadku niektórych z problematycznych zagadnień, poruszanych w Informacjach o działalności Krajowej Izby Odwoławczej z lat wcześniejszych, udało się wypracować spójną interpretację i choć strony postępowań odwoławczych nie zawsze prezentują podobną ocenę tych zagadnień, to orzecnictwo Izby, mimo zauważalnych rozbieżności w latach wcześniejszych, w tej chwili pozostaje w kwestiach zasadniczych zgodne. Tytułem przykładu można wskazać na kwestię oceny stawki podatku od towarów i usług jako błędu w obliczeniu ceny czy konieczności wykazania realnego udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Na koniec wypada również wskazać, że mimo zwiększonego wpływu odwołań, związanego – jak wspomniano – przede wszystkim z prowadzeniem licznych postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, i funkcjonowania Izby w niezwiększonym składzie osobowym (wszczęte w 2013 r. postępowanie kwalifikacyjne zostało bowiem sfinalizowane powołaniem nowych członków Izby dopiero na początku 2014 r.), w okresie sprawozdawczym udało się utrzymać wysoki, niewiele odbiegający od roku poprzedniego, wskaźnik terminowości rozpatrywania spraw odwoławczych i wysoką efektywność działalności Izby.

Dla wzmocnienia kontroli sądowej, której celem jest m.in. wypracowanie spójnej linii orzeczniczej w wielu kluczowych dla polskiego systemu zamówień publicznych obszarach, można postulować o częstsze korzystanie przez Prezesa UZP z prawa poddania orzeczenia Izby kontroli instancyjnej, włącznie ze skargą kasacyjną. Istotnym zadaniem Prezesa UZP jest bowiem dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, uwzględniając orzecnictwo KIO, sądów i TK oraz je upowszechniając.

Załącznik – Wybrane orzeczenia sądów okręgowych

Skargi Prezesa UZP

1.1. Skargi rozpoznane

- skarga z dnia 24 stycznia 2013 r. na wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/12, rozpoznana wyrokiem SO w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13, oddalającym skargę.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp; art. 26 ust. 2b Pzp, art. 154 pkt 5a Pzp
- Główne zarzuty skargi
 - w zakresie art. 26 ust. 2b Pzp skarga kwestionuje przyjęcie, że z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego zasób wiedzy i doświadczenia nie musi wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia, podczas gdy z treści tego przepisu wynika, iż dla skutecznego wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na realny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia publicznego.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu
 - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany, co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych; treści przepisu art. 26 ust 2b Pzp nie wynika natomiast, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia;
 - przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i ma zastosowanie jedynie do wykonawców;
 - podmiot udostępniający swój potencjał w postępowaniu nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów Ustawy Pzp; wykaz prowadzony przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 154 pkt 5a Pzp dotyczy jedynie wykonawców.
- Powołane w sprawie orzecznictwo:
 - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10.

- skarga z dnia 12 marca 2013 r. na postanowienie KIO z dnia 19 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 252/13, rozpoznana wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. sygn. akt XIX Ga 179/13, którym Sąd zmienił zaskarżone postanowienie o odrzuceniu odwołania (pkt 1), w ten sposób, że oddalił odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 180 ust. 5 Pzp; art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp; § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu
- Kluczowe przepisy dyrektywy
Cel implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, jakim jest poprawa skuteczności krajowych procedur odwoławczych.
- Główne zarzuty skargi
 - w zakresie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu, skarga kwestionuje bezpodstawne odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy dokumenty, których odwołujący nie dołączył do kopii odwołania przekazanej zamawiającemu, nie stanowiły merytorycznej treści odwołania.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu
 - odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nie uzasadnionym formalizmem w szczególności nie znajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych.
- Powołane w sprawie orzecznictwo: postanowienie KIO z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 239/08; wyrok KIO z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2293/12.
- skarga z dnia 8 października 2013 r. na wyrok KIO z dnia 17 września 2013 r., sygn. akt KIO 2159/13, rozpoznana wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/1, uwzględniającym w całości skargę i zmieniającym zaskarżony wyrok poprzez oddalenie odwołania.
- Kluczowe przepisy krajowe

Art. 90 ust. 1 Pzp; art. 172 ust. 1 Pzp; art. 185 ust. 2 Pzp; art. 185 ust. 4 Pzp; art. 191 ust. 2 Pzp; art. 192 ust. 2 Pzp

– Kluczowe przepisy dyrektywy

Art. 55 Dyrektywy klasycznej

– Główne zarzuty skargi

- w zakresie art. 185 ust. 2 i 4 Pzp skarga kwestionuje możliwość uznania istnienia po stronie wykonawcy interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, w sytuacji, gdy oba podmioty ubiegają się o udzielenie tego samego zamówienia, są względem siebie konkurentami, a zatem ich stanowiska w postępowaniu odwoławczym pozostają w sposób oczywisty sprzeczne;
- w zakresie art. 191 ust. 2 Pzp i art. 192 ust. 2 Pzp, skarga prezentuje stanowisko, iż w sytuacji bezpodstawnego dopuszczenia przystępującego do udziału w postępowaniu wszelkie oświadczenia i dowody złożone przez taki podmiot w postępowaniu odwoławczym nie mogą być brane pod uwagę przy wydaniu orzeczenia i powinny być uznane za nieistniejące;
- w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp, skarga podkreśla, że z literalnego brzmienia przepisów prawa krajowego oraz unijnego wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania w sprawie udzielenie zamówienia publicznego uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia; prawo do żądania wyjaśnień stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego; brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy;
- w zakresie art. 172 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, skarga kwestionuje uznanie odwołania w oparciu o okoliczności, które nie były znane zamawiającemu podczas podejmowania czynności lub zaniechania czynności, będących następnie przedmiotem odwołania. Zadaniem KIO nie jest ustalenie prawdy obiektywnej lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania;
- w zakresie art. 172 ust. 1 Pzp skarga podkreśla, że przepis ten wskazuje na kompetencję, podstawowe zadanie a zarazem wyznacza zakres działania KIO, która nie posiada uprawnień w szerokim zakresie do badania naruszeń czy

nieprawidłowości w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, lecz jest ograniczona tylko do rozpoznawania odwołań oraz zarzutów w nich zawartych.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

– interes, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp nie może być rozumiany jako możliwość występowania w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie; postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negocjowanie własnych ofert, a dopuszczenie do takiej sytuacji stanowi aprobatę dla działania wykonawców zmierzających do wycofania się z różnych powodów ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, w szczególności bez utraty wniesionego wadium;

– „stan rzeczy”, o którym mowa w art. 191 ust. 2 Pzp, dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie postępowania odwoławczego; okoliczności nie znane zamawiającemu w momencie dokonywania kontrolowanej przez KIO czynności nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości tego działania;

– na decyzję zamawiającego w zakresie wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące podejrzenia zaistnienia rażąco niskiej ceny nie mogą mieć wpływ wykonawcy.

– Powołane w sprawie orzecznictwo: wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08; wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08; wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08; wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2737/11; wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2590/11.

▪ skarga z dnia 4 grudnia 2013 r. na wyrok KIO z dnia 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2537/13, rozpoznana przez SO w Lublinie, który wyrokiem z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt IX Ga 392/13, unieważnił umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych

i zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że nakazał zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp; art. 85 ust. 2 Pzp; art. 91 ust. 1 Pzp; art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp; art. 94 ust. 1 Pzp

– Kluczowe przepisy dyrektywy

Przepisy Dyrektywy klasycznej służące zwiększeniu efektywności w zamówieniach publicznych, a także zapewnieniu konkurencyjnego i otwartego ubiegania się o zamówienia publiczne.

– Główne zarzuty skargi

– w zakresie art. 85 ust. 2 Pzp, skarga kwestionuje stanowisko, że obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji braku wezwania do dokonania tej czynności przez zamawiającego obciąża wyłącznie wykonawcę, podczas gdy z wykładni systemowej i celowościowej wynika, że zamawiający – jako podmiot odpowiedzialny za profesjonalne przeprowadzenie postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zobowiązany jest wezwać wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą;

– w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, skarga kwestionuje stanowisko, że nieprzedłużenie terminu związania ofertą, w sytuacji braku wezwania do takiego przedłużenia ze strony zamawiającego, jest tożsame w skutkach z brakiem wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego i stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, podczas gdy wniosek taki nie wynika z powyższego przepisu i jest sprzeczny z jego wykładnią literalną i celowościową;

– w zakresie art. 94 ust. 1 Pzp *a contrario* skarga kwestionuje uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, podczas gdy możliwość taka istnieje;

– w zakresie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp, w skardze zakwestionowane zostało uznanie, że zamawiający prawidłowo nie dokonał wyboru oferty odwołującego, podczas gdy z uwagi na fakt, że brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to złożona przez niego oferta winna podlegać ocenie i badaniu.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

– przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie daje podstaw do przyjęcia, że nieprzedłużenie związania ofertą w sytuacji braku wezwania przez zamawiającego jest równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego; przedmiotowy przepis ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania i nie może być interpretowany rozszerzająco;

- upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy;
- w przypadku, gdyby zamawiający – na skutek wcześniejszego wystąpienia z wnioskiem, o jakim mowa w art. 85 ust. 2 Pzp – nie mógł ponownie skorzystać z tej możliwości, to możliwym byłoby zasygnalizowanie wykonawcom potrzeby złożenia stosownych oświadczeń; wprawdzie ustawa Pzp możliwości takiej sygnalizacji nie przewiduje to jednak sygnalizacja taka może znaleźć zastosowanie w szczególnych przypadkach; wtedy, gdy na skutek wadliwych czynności zamawiającego zachodzi potrzeba usunięcia skutków tych wadliwych czynności; taka sygnalizacja, o ile zostanie skierowana do wszystkich wykonawców, nie sprzeciwia się regulacjom i zasadom Pzp
- Powołane w sprawie orzecznictwo: uchwała SN z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III CZP 73/05; wyrok SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10; wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1469/10; wyrok KIO z dnia 4 września 2013 r., sygn. akt KIO 2019/13; wyrok KIO z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 124/13; wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 655/13; wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13; wyrok KIO z dnia 19 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1261/09; uchwała KIO z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt KIO/KD 44/11.
- skarga z dnia 6 listopada 2013 r. na wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r., sygn. akt KIO 2336/13, rozpoznana wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13, uwzględniającym skargę Prezesa UZP i zmieniającym wyrok KIO poprzez oddalenie odwołanie wykonawcy²⁵³.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 7 ust. 1 Pzp; art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp; art. 22 ust. 5 Pzp; art. 26 ust. 2b Pzp; § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.
- Kluczowe przepisy dyrektywy
Art. 44 ust. 1 i 2 oraz art. 48 ust. 2, 3 i 5 Dyrektywy klasycznej; motyw 39 preambuły Dyrektywy klasycznej

²⁵³ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2910>.

– Główne zarzuty skargi

- w zakresie art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, skarga kwestionuje stanowisko, że wskazane przepisy nie przewidują możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale polega wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, podczas gdy z wykładni gramatycznej oraz wykładni celowościowej i prounijnej tych przepisów, wynika iż zamawiający posiada możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia także w odniesieniu do podmiotów trzecich, na potencjał których powołuje się wykonawca;
- w zakresie art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, skarga kwestionuje, że przywołane przepisy rozporządzenia nie przewidują możliwości żądania dokumentów pozwalających na weryfikację podmiotów trzecich pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

- zamawiający jest uprawniony do badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca wykazujący spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia;
 - zasadne jest stanowisko, iż przepis art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, daje zamawiającemu możliwość stosowania kryteriów weryfikacji z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp również w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca wykazujący spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.
- Powołane w sprawie orzecznictwo: wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98; wyrok TSUE z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01; uchwała SN z dnia 20 czerwca 2007 r., sygn. akt III CZP 50/2007; uchwała SN z dnia 22 marca 2007 r., sygn. akt III CZP 8/2007; wyrok SO w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 380/11.

1.2. Skargi oczekujące na rozpoznanie

- skarga z dnia 28 października 2013 r. na postanowienie KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2288/13

- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 2 pkt 11 Pzp; art. 94 ust. 1 Pzp; art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp
- Kluczowe przepisy dyrektywy
Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (pkt 17 Preambuły)
- Główne zarzuty skargi
 - w zakresie art. 2 pkt 11 Pzp skarga kwestionuje stanowisko, że wykonawcy, który w dacie wniesienia odwołania nie był związany ofertą, nie przysługuje status wykonawcy ubiegającego się o zamówienie;
 - w zakresie art. 94 ust. 1 Pzp *a contrario* skarga kwestionuje uznanie, że nie jest możliwe zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą oraz stanowisko, że po upływie tego terminu podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia traci status wykonawcy;
 - w zakresie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp skarga kwestionuje ocenę, że wykonawca, który w dacie wniesienia odwołania nie był związany ofertą, nie przysługuje status podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania.
- Przywołane w sprawie orzecznictwo: postanowienie TK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08; uchwała SN z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10; wyrok SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10; wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13; wyrok KIO z dnia 19 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1261/09; wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1581/09; wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1070/10; wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 459/12; wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1594/12; wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 14/13.
 - skarga z dnia 7 listopada 2013 r. na wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r., sygn. akt KIO 2350/13.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp; art. 90 ust. 1 Pzp; art. 90 ust. 3 Pzp
- Kluczowe przepisy dyrektywy
Art. 55 ust. 1 Dyrektywy klasycznej

– Główne zarzuty skargi

- w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, skarga kwestionuje nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy, jako zawierającej rażąco nisko cenę w sytuacji, gdy zgromadzone dowody nie potwierdziły, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- w zakresie art. 90 ust. 1 Pzp, skarga kwestionuje zaniechanie nakazania zamawiającemu ponownego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty, podczas gdy z wykładni literalnej tego przepisu, a także z wykładni celowościowej i pro unijnej, wynika że w sytuacji, w której pomimo już złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, okoliczność, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nadal budzi wątpliwości, należy zwrócić się do wykonawcy o udzielenie dalszych wyjaśnień w tej kwestii.

- Przywołane w sprawie orzecznictwo: wyrok SO w Warszawie z dnia 5 lipca 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06; wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10; wyrok SO w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07; wyrok KIO z dnia 26 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1668/13; wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1306/13; wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11.

- skarga z dnia 13 listopada 2013 r., na wyrok KIO z dnia 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2390/13.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 85 ust. 2 Pzp; art. 94 ust. 1 Pzp; art. 179 ust. 1 Pzp

– Kluczowe przepisy dyrektywy

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (pkt 17 Preambuły)

– Główne zarzuty skargi

- w zakresie art. 179 ust. 1 Pzp skarga kwestionuje stanowisko o braku spełnienia materialnoprawnej przesłanki w postaci poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w sytuacji, gdy po dniu wniesienia odwołania upłynął termin związania

- ofertą; z żadnego przepisu Pzp nie wynika bowiem zakaz wyboru oferty i zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą;
- w zakresie art. 94 ust. 1 Pzp *a contrario* skarga kwestionuje uznanie, że nie jest możliwy wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, a także niemożliwe jest zawarcie umowy po upływie tego terminu;
 - w zakresie art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp skarga prezentuje stanowisko, iż pomimo, że wykładnia literalna przepisu art. 85 ust. 2 Pzp wskazuje, że wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego to jednak wykładnia systemowa i celowościowa tego przepisu prowadzi do wniosku, że skoro celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty, to w świetle art. 85 ust. 2 Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą w sytuacji, w której upływ terminu związania ofertą nastąpi w toku prowadzonej przez zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte.
 - Przywołane w sprawie orzecznictwo: postanowienie TK z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08; wyrok SO w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10; wyrok KIO z dnia 19 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1261/09; wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1070/10; wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 459/12; wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13; wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1469/10; uchwała KIO z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt KIO/KD 44/11.

2. Wybrane skargi stron oraz uczestników postępowania odwoławczego rozpoznane w 2013 r.

2.1. Pytanie prawne skierowane do SN

- skarga odwołującego z dnia 26 lipca 2013 r. na postanowienie KIO z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1562/13, w której SN – po rozpoznaniu pytania prawnego SO w Koszalinie z dnia 14 października 2013 r. – podjął, w dniu 7 lutego 2014 r., uchwałę w sprawie o sygn. akt III CZP 90/13
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp
- Pytanie prawne sądu okręgowego

„Czy pięciodniowy termin z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego zostaje przerwany w dniu złożenia przesyłki z odwołaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, czy w dniu dostarczenia tej przesyłki do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie?”

– Uchwała SN

„Do zachowania – przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. Tekst Dz. U.z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej”.

- Przywołane w sprawie orzecznictwo: postanowienie KIO z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1279/11; postanowienie KIO z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1382/10, postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1424/10; postanowienie KIO z dnia 11 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1598/10; postanowienie KIO z dnia 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2201/11; postanowienie KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1588/12.

2.2. Wybrane sprawy, w których zmieniono orzeczenie KIO

- skarga odwołującego z dnia 19 grudnia 2012 r. na wyrok KIO z dnia 23 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2522/12, rozpoznana wyrokiem SO w Katowicach z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt XIX Ga 750/12, którym zmieniono zaskarżony wyrok uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego; unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów nr (...) i dokonanie w tym zakresie ponownej oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołujących.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 2 pkt 13 Pzp; art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp; art. 139 ust. 1 Pzp; art. 471 K.c.

– Kluczowe przepisy dyrektywy

Art. 45 ust. 2 lit. „d” dyrektywy 2014/17/UE

– Główne zarzuty skargi

- w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, skarga kwestionuje, jako sprzeczne z wykładnią językową i funkcjonalną oraz zasadą *clara non sunt interpretanda*, przyjęcie stanowiska, że termin wskazany w tym przepisie ma wyłącznie charakter terminu początkowego, a ustawodawca nie wyznaczył terminu końcowego na dokonanie czynności rozwiązania umowy;
- w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, skarga kwestionuje, jako sprzeczne z dyrektywą wykładni funkcjonalnej, przyjęcie stanowiska, iż niezrealizowanie 5% wartości umowy należy liczyć w stosunku do wartości całej umowy brutto, co w przypadku umowy na dostawę leków stanowi wykładnię *ad absurdum*; wartość takiej umowy aktualizuje się bowiem w miarę składanych zamówień na produkty i nie może obejmować nie złożonych zamówień;
- w zakresie art. 471 K.c. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp, skarga kwestionuje niezastosowanie tego przepisu, a w konsekwencji brak rozpatrzenia przesłanek niezbędnych do ustalenia odpowiedzialności.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

- sformułowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wskazuje, że aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania muszą wystąpić kumulatywnie następujące warunki: (I) zamawiającego łączyła z wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą zamawiający wypowiedział, rozwiązał albo od niej odstąpił; (II) rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego wyklucza się wykonawcę; (III) rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca; (IV) wartość niezrealizowanego wskutek rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy wyniosła co najmniej 5% wartości umowy; niezastnienie chociażby jednego z powyższych warunków, powoduje że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie odnosi skutku, jako nie znajdujące usprawiedliwienia w przepisach prawa.
- istotnym warunkiem skuteczności wykluczenia jest wyraźnie wskazany czynnik czasu, a mianowicie by rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy

nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania; nie można podzielić stanowiska, iż rozwiązanie, wypowiedzenie czy odstąpienie od poprzednio łączącej strony umowy o zamówienie publiczne, może nastąpić w każdym czasie, a w szczególności w czasie trwania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

- wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact dotyczący zgodności z prawem europejskim art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, zawiera wskazówki interpretacyjne zwłaszcza, co do warunku, by rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.
- warunek ten winien być rozumiany w ten sposób, że zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem umowy, albo odstąpieniem od niej ustali, że rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonania przez niego lub niewłaściwego wykonania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.
- konsekwencją powyższego jest obciążanie zamawiającego powinnością wykazania winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, której wynikiem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia uprawniające do rozwiązania, wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy, czego zamawiający nie wykazał.
- Powołane w sprawie orzecznictwo: wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A, ABC Direct Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.
- skarga odwołującego z dnia 16 stycznia 2013 r. na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12, rozpoznana wyrokiem SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt XII Ga 73/13, którym zmieniono zaskarżony wyrok w pkt 2 poprzez obniżenie zasądzonej od wykonawcy na rzecz zamawiającego kwoty stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przez KIO
- Kluczowe przepisy krajowe
- § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie kosztów
- Główne zarzuty skargi

- skarga zakwestionowała uznanie za uzasadniony koszt strony postępowania wydatek na zakup biletów lotniczych dla trójki pełnomocników.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu
 - z przepisów ww. rozporządzenia, ani z żadnego innego przepisu nie wynika, aby zwrot kosztów podróży należał się w granicach najtańszego środka transportu, niemniej jednak w realiach przedmiotowej sprawy za uzasadniony koszt sąd uznał jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego pełnomocnika, gdyż w odniesieniu do dwóch pozostałych pełnomocników nie wykazano i nie uargumentowano na czym miało polegać uzasadnienie dla poniesienia kosztów ich stawiennictwa.
 - skarga odwołującego z dnia 22 lutego 2013 r., na postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 126/13, rozpoznana postanowieniem SO w Bydgoszczy z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt VIII Ga 42/13, którym zmieniono pkt 2 zaskarżonego postanowienia poprzez zniesienie wzajemne między stronami kosztów postępowania odwoławczego przed KIO i nakazano zwrócić z rachunku bankowego UZP na rzecz wykonawcy kwotę uiszczanego wpisu.
- Kluczowe przepisy krajowe

Art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp; art. 186 ust. 2 Pzp; art. 187 ust. 8 Pzp; § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie kosztów
- Główne zarzuty skargi
 - skarga przedstawiła stanowisko, iż w sytuacji, gdy odwołujący cofnął odwołanie z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, w postępowaniu, w którym nie zgłosił przystąpienia żaden inny wykonawca, orzeczenie o kosztach powinno stanowić o wzajemnym ich zniesieniu stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 Pzp, i zwrocie uiszczanego wpisu w pełnej wysokości.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu
 - wystąpienie okoliczności wymienionych w art. 186 ust. 2 Pzp stanowi samodzielną podstawę do umorzenia postępowania, bez konieczności podjęcia dodatkowych czynności przez wykonawcę, tj. cofnięcia złożonego odwołania;
 - przepis art. 187 ust. 8 Ustawy Pzp przewiduje możliwość umorzenia postępowania w każdym przypadku, gdy odwołujący samodzielnie podejmie decyzję o cofnięciu swojego odwołania, bez względu na stanowisko zamawiającego; w sytuacji, gdy

zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a zatem zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, również w oparciu o art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp powinno nastąpić rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

- skarga zamawiającego z dnia 15 marca 2013 r. na wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 290/13, w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, rozpoznana postanowieniem SO w Gliwicach z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt X Ga 95/13, którym zmieniono zaskarżone orzeczenie w ten sposób, że zasądzone dodatkowo od wykonawcy na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 192 ust. 10 Pzp, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. rozporządzenia w sprawie kosztów

– Główne zarzuty skargi

- skarga zakwestionowała odmowę zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego w oparciu o uznanie, że ze złożonej faktury nie można było wywieść, iż opisana usługa – „pomoc prawna” miała związek z postępowaniem prowadzonym przed KIO.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

- przepisy ww. rozporządzenia w żaden sposób nie precyzują, jak powinien wyglądać rachunek.

2.3. Wybrane sprawy, w których uchylono wyrok i umorzono postępowanie

- skarga zamawiającego z dnia 4 grudnia 2012 r. na wyrok KIO z dnia 14 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2552/12, rozpoznana postanowieniem SO w Toruniu z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt VI Ga 10/13, którym uchylono zaskarżony wyrok i umorzono postępowanie w sprawie

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp; art. 46 ust. 3 Pzp; art. 184 zd. 1 Pzp

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

- sąd stanął na stanowisku, iż w sytuacji rozpoznawania skargi na wyrok KIO uwzględniający odwołanie wykonawcy i nakazujący ponowną ocenę oferty i wybór

najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, który następnie nie przedłużył ważności wadium, powoduje konieczność formalnego (a nie merytorycznego) rozstrzygnięcia sprawy.

- skarga odwołującego z dnia 2 maja 2013 r. na wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 739/13, rozpoznana wyrokiem SO we Wrocławiu z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 205/13, którym uchylono zaskarżony wyrok i umorzono postępowanie w sprawie.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 183 ust. 1 Pzp

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

– w sytuacji, gdy po wydaniu orzeczenia przez KIO, zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp, zamawiający zawarł umowę dostawy, która została wykonana w całości, bezprzedmiotowe staje się prowadzenie przez sąd postępowania ze skargi na wyrok KIO.

- Powołane w sprawie orzecznictwo: uchwała SN z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III CZP 73/05.

2.4. Wybrane sprawy, w których oddalono skargę

- skarga odwołującego z dnia 29 stycznia 2013 r. od wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., oddalona wyrokiem SO w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 683/13.

– Kluczowe przepisy krajowe

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp; art. 26 ust. 3 Pzp

– Główne zarzuty skargi

– w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, skarga kwestionuje stanowisko o dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z powodu przedłożenia informacji z KRK z datą wystawienia po terminie składania ofert;

– w zakresie art. 26 ust. 3 Pzp skarga prezentuje stanowisko, iż złożone dokumenty w terminie określonym w wezwaniu mogą być wystawione z datą późniejszą, niż przewidziany w art. 26 ust. 2a Pzp termin składania ofert.

– Motywy rozstrzygnięcia sądu

- celem instytucji uzupełnienia przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp jest uzyskanie oferty poprawionej pod względem załączenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- przepis art. 26 ust. 3 Pzp wskazuje, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert;
- informacja z KRK wystawiona w danym dniu nie potwierdza stanu za okres wcześniejszy.
- skarga odwołującego z dnia 22 lutego 2013 r. na wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13, oddalona wyrokiem SO w Warszawie z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt V Ca 750/13
- Kluczowe przepisy krajowe
§ 3 pkt 2b Rozporządzenia w sprawie kosztów
- Główne zarzuty skargi
 - w skardze zakwestionowano nie zasądzenie opłaty z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu
 - KIO orzeka o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.
- Przywołane w sprawie orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 682/13.
- skarga zamawiającego z dnia 28 marca 2013 r. na wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt KIO 386/13, oddalona wyrokiem SO w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt II Ca 397/13.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp
- Główne zarzuty skargi
 - w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, skarga zakwestionowała uznanie, iż wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu

- od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych;
- zamawiający nie może oceniać ofert w kategorii zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ;
- Przywołane w sprawie orzecznictwo: wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10; wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 62/13; wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 51/12.
- skarga zamawiającego z dnia 22 marca 2013 r. na wyrok KIO z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt KIO 366/13, oddalona wyrokiem SO w Warszawie z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 584/13.
- Kluczowe przepisy krajowe
Art. 65 K.c.; art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp; art. 45 Pzp; art. 46 Pzp
- Główne zarzuty skargi
 - w zakresie art. 65 ust. 1 K.c., skarga kwestionuje niezastosowanie tego przepisu i uznanie, że treść wadium nie może podlegać wykładni na zasadzie art. 65 K.c.;
 - w zakresie art. 45 i 46 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp skarga kwestionuje uznanie, że wadium nieodpowiadające treści SIWZ nie jest wadium określonym w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, co w konsekwencji powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wynika wprost, iż wykluczeniu podlega wykonawca jedynie w przypadku niewniesienia wadium w wymaganym terminie, a zatem wobec braku wniesienia wadium w ogóle lub wniesienia wadium niezgodnego z powszechnie obowiązującymi przepisami, w tym z art. 45 i 46 Pzp, podczas, gdy brak jest takiej sankcji ustawowej za niezgodność wadium z SIWZ.
- Motywy rozstrzygnięcia sądu.
 - przedmiotem analizy KIO nie była intencja składającego wadium, ale treść dokumentu zawierającego oczywistą sprzeczność, która nie mogła być usunięta w trybie jego wykładni;
 - wpisanie w dokumencie gwarancyjnym w sposób sprzeczny wysokości sumy gwarancyjnej dyskwalifikuje taki dokument;
 - KIO rozpatruje odwołanie w granicach wskazanych w odwołaniu; KIO nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego.