

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2016 r.**

Warszawa 2017 r.

Spis treści

Wykaz skrótów i skrótowców	4
Wprowadzenie	6
CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.	8
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby	8
2. Skład osobowy Izby	9
3. Organy Izby	9
4. Rzecznik dyscyplinarny.....	9
5. Rzecznik prasowy.....	10
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r. w ujęciu statystycznym	11
1. Wpływ odwołań.....	11
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania.....	12
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych	13
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby	13
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań.....	13
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania.....	14
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań	14
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie.....	15
9. Zdania odrębne	15
10. Powołanie biegłego.....	15
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań.....	15
13. Ogłaszanie orzeczeń	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby	16
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy	18
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	19

17. Rodzaje wydanych opinii	19
CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby	20
1. Stosowanie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych przed ich wdrożeniem do porządku krajowego.....	20
2. Zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po nowelizacji.....	24
3. Podział zamówienia na części w świetle nowelizacji z 2016 r.	28
4. Zagadnienia problemowe związane z wdrażaniem jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.	31
5. Problematyka związana z kryteriami oceny ofert innymi niż cena.	34
6. Wybrane zagadnienia dotyczące umownych warunków wykonywania zamówienia publicznego	39
7. Podstawy zaskarżania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniach o mniejszej wartości.....	44
8. Wpływ zmiany art. 186 Pzp na treść sentencji wyroku kończącego postępowanie odwoławcze.	48
Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.....	52
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa	52
2. Szkolenia zbiorowe	52
3. Narady orzecznicze i seminaria	52
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna	53
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa.....	55
6. Proces legislacyjny	55
Podsumowanie	56

Wykaz skrótów i skrótowców

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65)
dyrektywa sektorowa	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 243)
Dyrektywa odwoławcza	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, s. 31)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ	Dokument, którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t. j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.)
ustawa nowelizująca	ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)

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 ze zm.)
rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lutego 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 1126)
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
specyfikacja lub SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
TSUE lub Trybunał	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)
Urząd lub UZP	Urząd Zamówień Publicznych
ustawa lub Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Wprowadzenie

Informacja, którą prezentujemy, na tle informacji o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w poprzednich latach, ma szczególny charakter. 28 lipca 2016 r. weszły w życie przepisy wdrażające do polskiego porządku prawnego Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych oraz Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylające odpowiednio dyrektywę 2004/18/WE oraz dyrektywę 2004/17/WE.

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 poz. 1020) przyniosła ze sobą zmiany doniosłe systemowo, jednak nowe instytucje Prawa zamówień publicznych znalazły swój wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłym w roku 2016 jedynie w ograniczonym stopniu. Czas niezbędny do tego, by spory dotyczące postępowań wszczętych po wejściu w życie znowelizowanych przepisów zaistniały w orzecznictwie Izby, spowodował, że w okresie sprawozdawczym liczba rozstrzygnięć dotyczących nowych regulacji nie była znacząca.

Pomimo niedużej liczby orzeczeń zdecydowaliśmy się na przedstawienie przede wszystkim problematyki dotyczącej kwestii prawnych wynikających ze znowelizowanych przepisów ustawy. Ponieważ stabilny dorobek orzecniczy Izby był zaprezentowany w poprzednich latach, obecnie na pierwszy plan wysuwa się tworząca się wykładnia nowych przepisów. Ma ona pierwszorzędne znaczenie dla praktyki stosowania prawa oraz może być użyteczna w dyskusji nad założeniami przyszłego Prawa zamówień publicznych.

Wzorem lat poprzednich *Informacja* przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.

W Części I opracowania charakteryzujemy podstawy prawne funkcjonowania Izby, jej strukturę i organy.

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym oraz porównanie rezultatów pracy Izby w roku 2016 z poprzednim okresem sprawozdawczym. Dodatkowo niektóre dane obrazują pracę Izby we wszystkich kolejnych latach jej działalności.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które zaznaczyły się w orzecznictwie Izby i Sądów Okręgowych w 2016 r. Za istotne uznaliśmy zagadnienie wykładni przepisów ustawy w okresie od dnia upływu terminu na wdrożenie do prawa krajowego dyrektyw w sprawie zamówień publicznych do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej. Problematyka poruszana w prezentowanej *Informacji* dotyczy zawartych w znowelizowanym w roku 2016 r. art. 7 ust. 1 Pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz nowych regulacji ustalonych w art. 36aa Pzp a dotyczących podziału zamówienia na części. Przedstawiamy również problematykę powstałą w związku z JEDZ oraz związaną z kryteriami oceny ofert innymi niż cena. Kontynuujemy prezentację zagadnień istotnych dla systemu zamówień publicznych - mających znaczenie dla dostępności środków ochrony prawnej dla wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. W roku sprawozdawczym omawiamy kwestie zakresu zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz treść sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w związku z nowym brzmieniem art. 186 Pzp. Na uwagę zasługuje również stale zyskująca na znaczeniu problematyka związana z zaskarżaniem przez wykonawców istotnych postanowień umów lub projektu umowy.

W wybranych zagadnieniach zaznaczają się cele nowelizacji: w problematyce dotyczącej zasad prowadzenia postępowania odnaleźć można kwestie zamówień społecznych, w charakterystyce orzecznictwa dotyczącego podziału zamówienia na części – zagadnienie dostępności zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw, natomiast problematyka warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy możliwości wpływu wykonawców na kształt postanowień umowy.

Mamy nadzieję, że zaprezentowane zagadnienia zawierające załączek interpretacji nowych przepisów dokonywanej w orzecznictwie będą miały znaczenie przy ocenie pierwszego okresu obowiązywania nowych przepisów Prawa zamówień publicznych.

Krótkie sprawozdanie z pozaoorzeczniczej działalności Izby zawarte zostało w Części IV *Informacji*.

Podstawowe źródła *Informacji* to orzeczenia Izby i Sądów Okręgowych oraz dane statystyczne przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych.

Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 1/2017 z dnia 28 czerwca 2017 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 6 Prawa zamówień publicznych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.

1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby

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

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami art. 179-198 Pzp, a jeżeli ustawa nie stanowi inaczej – odpowiednie zastosowanie znajdują również przepisy k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym). Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.). Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby na podstawie art. 198a i 198b Pzp sprawują sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu.

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

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

W 2016 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. oraz zmieniony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 1/2015 z dnia 8 stycznia 2015 r. *Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej*, regulujący najważniejsze aspekty organizacji pracy Izby 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.

2. Skład osobowy Izby

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby. Obecni członkowie Izby zostali powołani przez Prezesa Rady Ministrów. Ustawa nowelizująca ustaliła, że członkowie Izby są powołani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki. 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 Pzp). Za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej członkowie Izby podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 175 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 173 ust. 1 Pzp w skład Izby może wchodzić do 100 członków. W początku roku 2016 było to 39 osób, na koniec okresu sprawozdawczego liczba członków Izby wynosiła 36 osób.

3. Organy Izby

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

- Prezes,
- Wiceprezes,
- Zgromadzenie ogólne.

Prezes i Wiceprezes Izby powoływani są przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję. W okresie objętym *Informacją* funkcję Prezesa Izby do 13 czerwca 2016 r. pełnił Paweł Trojan, zaś od dnia 14 czerwca 2016 r. Małgorzata Rakowska. Funkcję Wiceprezesa Izby pełniła Magdalena Grabarczyk.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby.

4. Rzecznik dyscyplinarny

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

W roku 2016 rzecznikiem dyscyplinarnym Izby do 19 lutego 2016 r. była Honorata Łopianowska, od 19 lutego do 24 października 2016 r. Grzegorz Matejczuk. Od 25 października 2016 r. funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełni Izabela Niedziałek-Bujak.

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

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

5. Rzecznik prasowy.

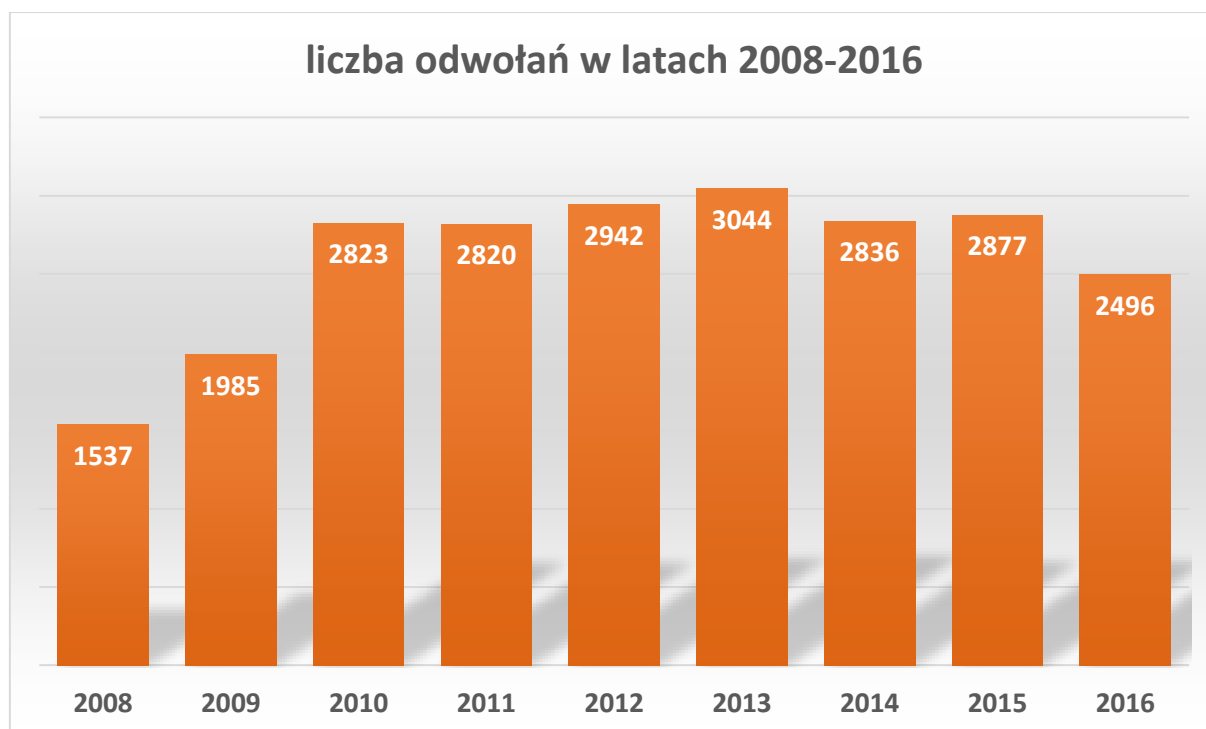
Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywania informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. W roku 2015 roku funkcję rzecznika prasowego Izby do 20 czerwca 2016 r. pełniła Justyna Tomkowska, od 21 czerwca 2016 r. Wiceprezes Izby Magdalena Grabarczyk.

CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r. w ujęciu statystycznym

1. Wpływ odwołań

W 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło 2496 odwołań, z czego 28 dotyczyło zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Natomiast liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 2508 (w tym 155 odwołań wniesionych w 2015 r.). Spośród odwołań wniesionych w 2016 r. do rozpoznania w 2017 r. pozostało 132 odwołań, a także po jednym odwołaniu z 2015 r. i 2014 r. (rozprawy w tych sprawach odroczone z uwagi na skierowanie do TSUE pytań prejudycjalnych) i jedno odwołanie z 2013 r. (posiedzenie odroczone do czasu zakończenia postępowania przez prokuraturę, która zabezpieczyła komplet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia).

Dla porównania poniżej zaprezentowano roczny wpływ odwołań przez cały dotychczasowy okres funkcjonowania Izby (z pominięciem grudnia 2007 r.):



Jak można to zaobserwować – roczny wpływ odwołań po 6 latach, kiedy stale przekraczał 2,8 tys., zmniejszył się o 11% od tego poziomu.

W 2016 r. nadal dominującym sposobem wnoszenia odwołań była forma pisemna, w której wniesiono 2031 odwołań (czyli 81%). 465 odwołań (czyli 19%) zostało wniesionych w formie elektronicznej.

Udział odwołań wnoszonych elektronicznie ustabilizował się na takim samym poziomie jak w 2015 r., tym samym został zatrzymany trend wzrostowy z lat poprzednich (2010 – 4,5%, 2011 – 11%, 2012 – niemal 15%, 2013 – 16%, 2014 – niemal 18%, 2015 – 19%).

W ujęciu miesięcznym wpływ odwołań w 2016 r. kształtował się następująco:



W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w II kwartale 2016 r. – 705 odwołań, następnie na zbliżonym poziomie był w III i IV kwartale – odpowiednio 675 i 653 odwołań, natomiast w I kwartale wpłynęło najmniej, bo 463 odwołań.

2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Dominowały odwołania wniesione w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 1977, czyli 79% ogółu wniesionych w 2016 r. odwołań (w 2015 r. ich udział wynosił 82%). Pozostałe 519, czyli 21% odwołań wniesionych w 2016 r., dotyczyło postępowań o wartościach podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 2496 odwołań wniesionych w 2016 r. 45% dotyczyło usług, 33% – dostaw, a 22% – robót budowlanych (w 2015 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 48% usługi, 34% dostawy i 18% roboty budowlane).

3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań odwoławczych zgłoszono 2577 przystąpień, w tym 1938 po stronie zamawiającego (75%) oraz 639 po stronie odwołującego (25%).

4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby

W 2016 r. 666 odwołań zawierało braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2015 r. miało to miejsce w stosunku do 772 odwołań).

Spośród 2508 odwołań rozpoznanych w 2016 r. zwróconych zostało 222 odwołań, czyli 9% (w 2015 r. zwrócono 244 odwołania, czyli 8,4% spośród rozpoznanych w tamtym roku). W tym Prezes Izby zwrócił z powodu: nieuiszczenia wpisu – 56 odwołań, niezpełnienia braków formalnych – 81 odwołań, niezpełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 78 odwołań. Natomiast składy orzekające zwróciły 3 odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu oraz 4 odwołania z powodu niezpełnienia braków formalnych.

Spośród braków formalnych skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały: 1) brak pełnomocnictwa – 110 odwołań (dodatkowo wystąpiły 2 przypadki braku dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie, którymi mogły być również pełnomocnictwa), 2) brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 76 odwołań, 3) brak odpisu z KRS – 29 odwołań, 4) braki w treści odwołania wskazane w art. 180 ust. 3 Pzp – 3 odwołania.

5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

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

W 2016 r. Izba rozpoznała (nie licząc zwrotów odwołań) w składzie jednoosobowym 1905 odwołań (83%), a w składzie trzyosobowym – 381 odwołania (17%). W 2015 r. w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 88% i 12%.

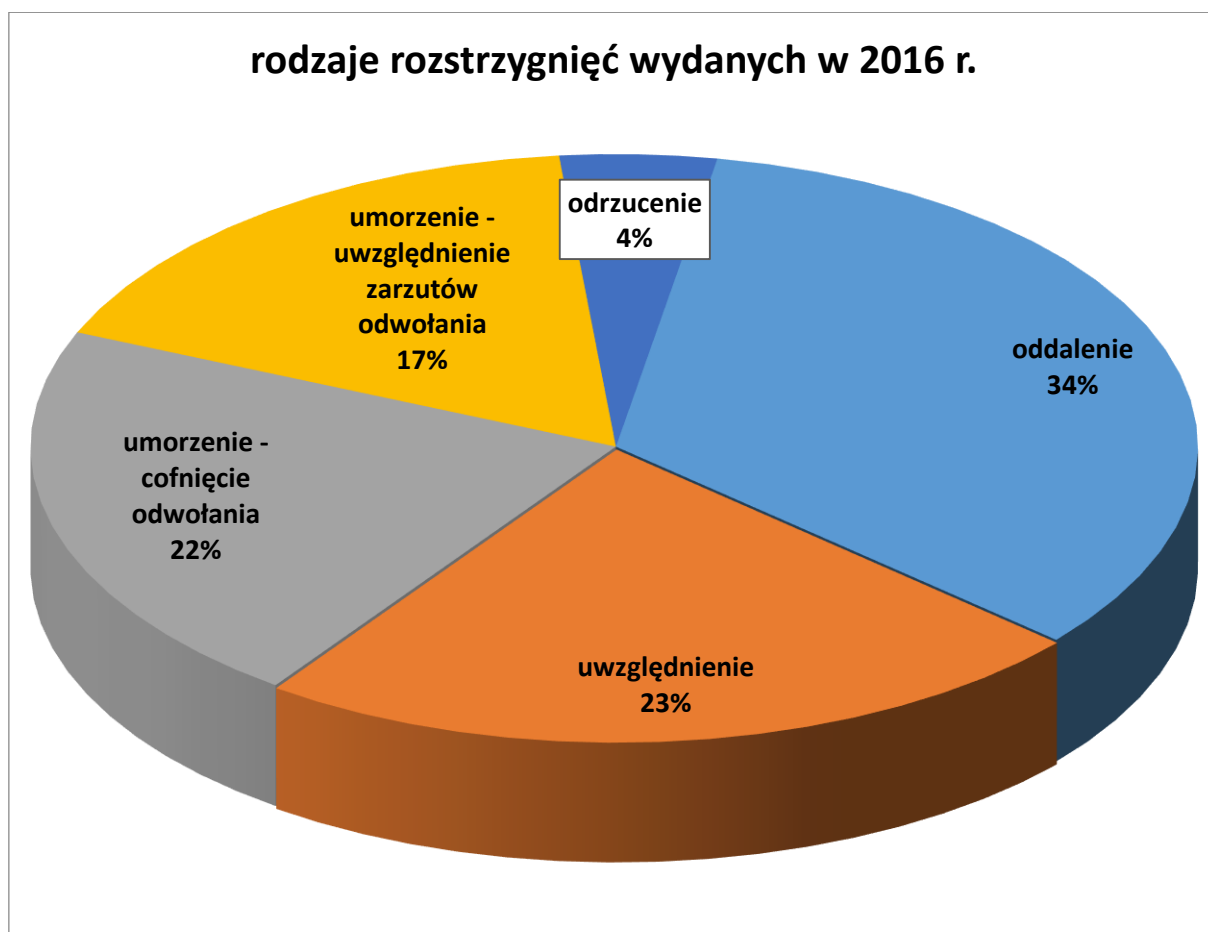
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

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

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 588, tj. 23% ogólnej liczby 2508 rozpoznanych odwołań (natomiast w 2015 r. 27% odwołań zostało skierowanych do łącznego rozpoznania).

7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Nie licząc odwołań zwróconych rozpoznaniu przez składy orzekające Izby podlegało 2286 odwołań, w wyniku czego: 1) 770 odwołań zostało oddalonych (34%), 2) 535 odwołania zostały uwzględnione (23%), 3) 492 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (22%), 4) 390 postępowań zostały umorzone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (17%), 5) 99 odwołań zostało odrzuconych (4%).



W 1305 sprawach rozpoznanych merytorycznie w 2016 r. wyroki uwzględniające odwołanie stanowiły 41%, a oddalające – 59%.

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

W 2016 r. nie wystąpiły sprawy, w których Izba nałożyła na zamawiającego karę finansową albo orzekła o skróceniu okresu obowiązywania lub o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie sądów orzekających zgłosili 9 zdań odrębnych. Dla porównania w 2015 r. zgłoszono 6 zdań odrębnych.

W 2016 r. zdania odrębne były związane przede wszystkim z zagadnieniem gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zgłoszono 5 razy, w tym raz do dwóch spraw połączonych do wspólnego rozpoznania) oraz kwestią odrzucania odwołań (zgłoszono 4 zdania odrębne).

10. Powołanie biegłego

W 2016 r. składy orzekające przeprowadziły dowód z opinii biegłego w 13 sprawach. Potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych wynikała przede wszystkim w związku z zagadnieniami z dziedziny informatyki (7 spraw), a także elektromechaniki (2 sprawy) oraz kryminalistyki (2 sprawy). Poza tym Izba zasięgała opinii biegłych odnośnie wyceny robót budowlanych oraz parametrów respiratora medycznego.

11. Prawomocność orzeczeń

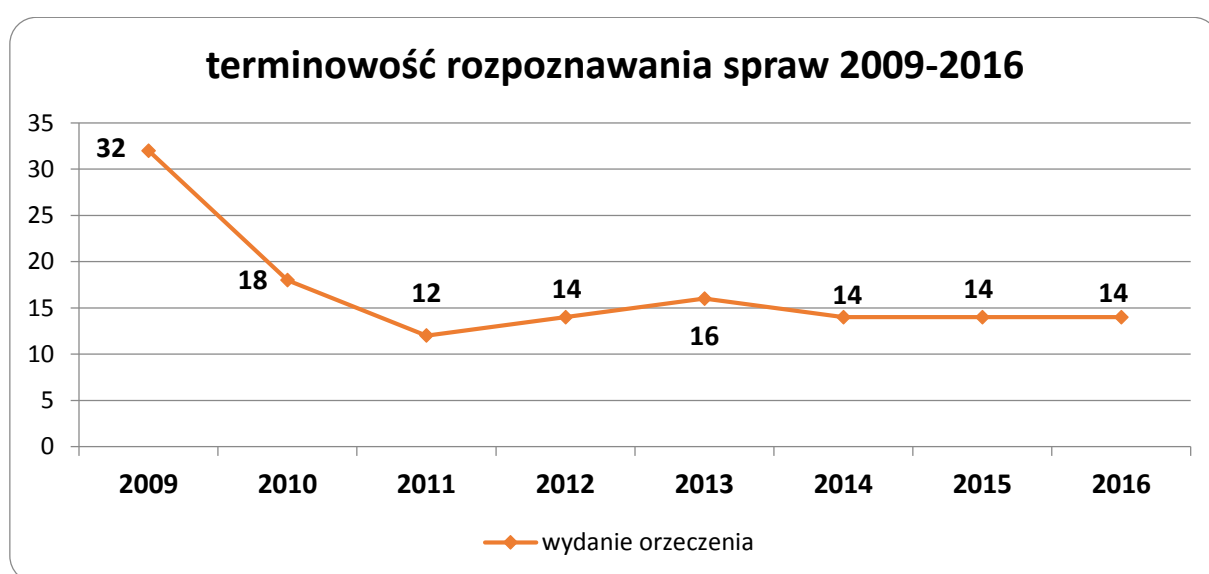
W 2016 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 59 orzeczeń, we wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony.

12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2016 r. średnio postępowanie odwoławcze trwało 14 dni (analogicznie jak w roku poprzednim).

Co do zasady w 2016 r. zachowywany był zatem 15-dniowy instrukcyjny termin rozpoznania odwołań, wskazany w art. 189 ust. 1 Pzp, także w sytuacjach wystąpienia dodatkowych czynności, które Izba zobowiązana była wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie).

Dla porównania poniżej zaprezentowano średni czas trwania postępowania odwoławczego, czyli liczbę dni od wpływu odwołania do wydania orzeczenia, dla wszystkich rozpoznanych w danym roku spraw od początku funkcjonowania Izby.



Ogłaszanie orzeczeń

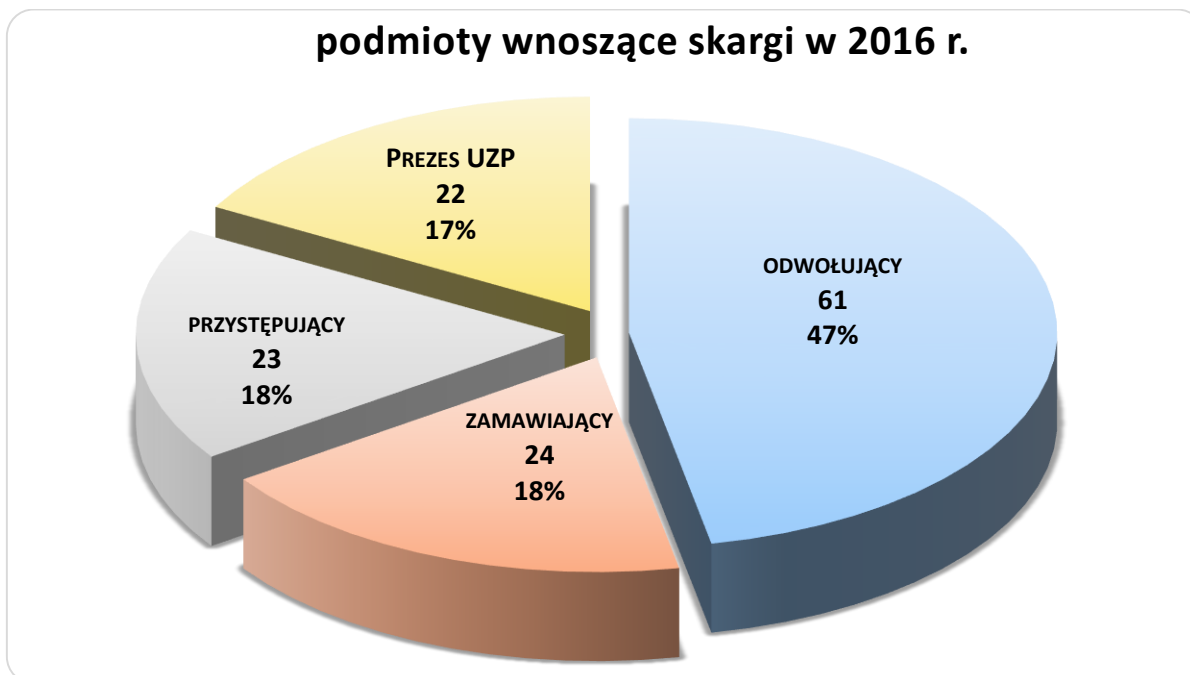
13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp Izba w sprawie zawilej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. W 867 przypadkach (co stanowi 66% z ogólnej liczby wydanych wyroków) Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała w 2016 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia (w 2015 r. 949 odroczonej orzeczeń oznaczało 63%).

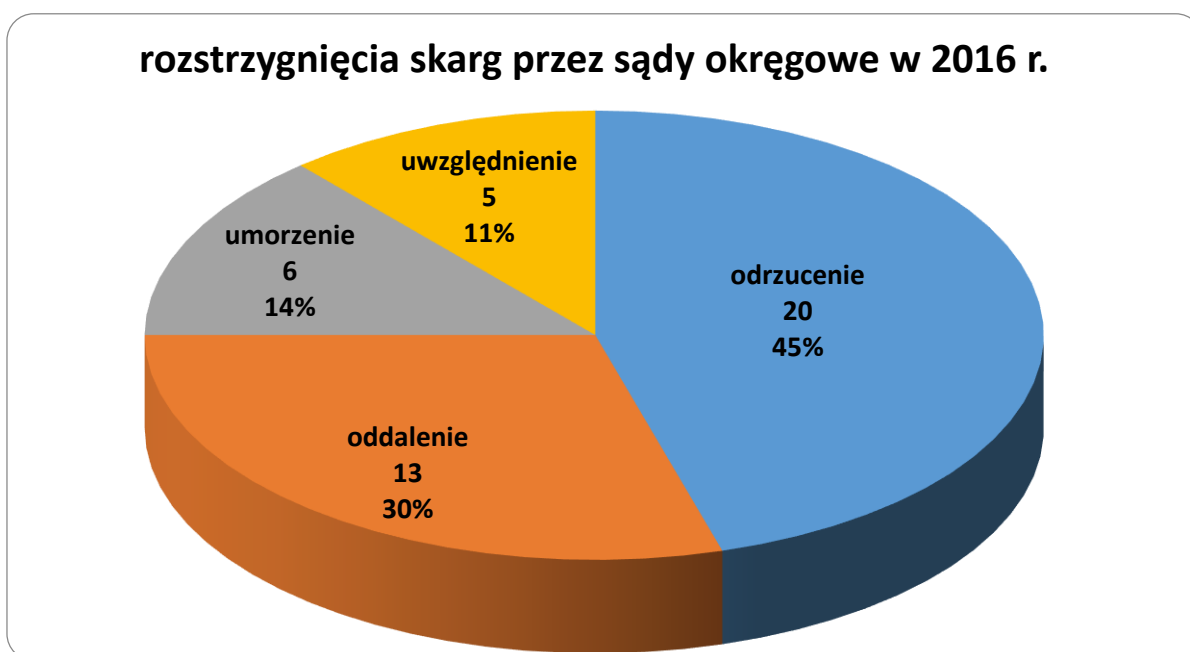
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W okresie sprawozdawczym wniesiono 130 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co daje 5,2% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych w 2016 r. przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), 2013 r. – 144 (5,2%), 2012 r. – 152 (5,9%), a w 2011 r. – 148 (6%).

W 2016 r. podział skarg według podmiotów je wnoszących przedstawiał się następująco:



Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na 21 lutego 2017 r.), że w 2016 r. rozpoznano 44 skargi na orzeczenia Izby, w tym: 20 (45%) skarg zostało odrzuconych, 13 skarg zostało oddalonych (30%), w 6 sprawach umorzono postępowanie skargowe (14%), a 5 skarg zostało uwzględnionych (11%).



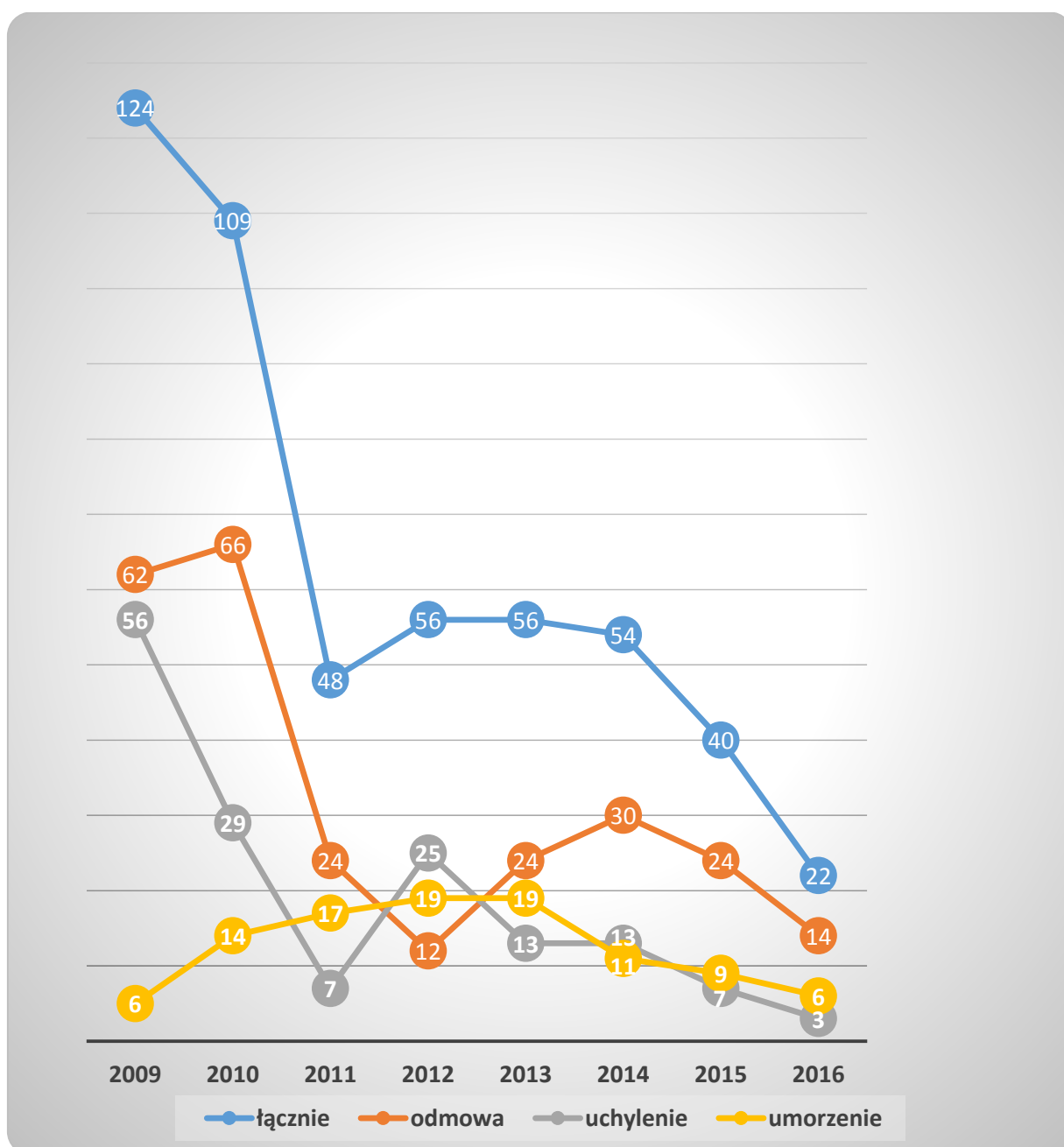
Ponadto w toku jest 86 spraw.

15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

W 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 22 postanowienia w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 14 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (64%), 3 postanowienia uchylające zakaz zawarcia umowy (13%) oraz 6 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (23%).

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

Dla porównania poniżej zaprezentowano wydane rozstrzygnięcia w okresie 2009-2016:



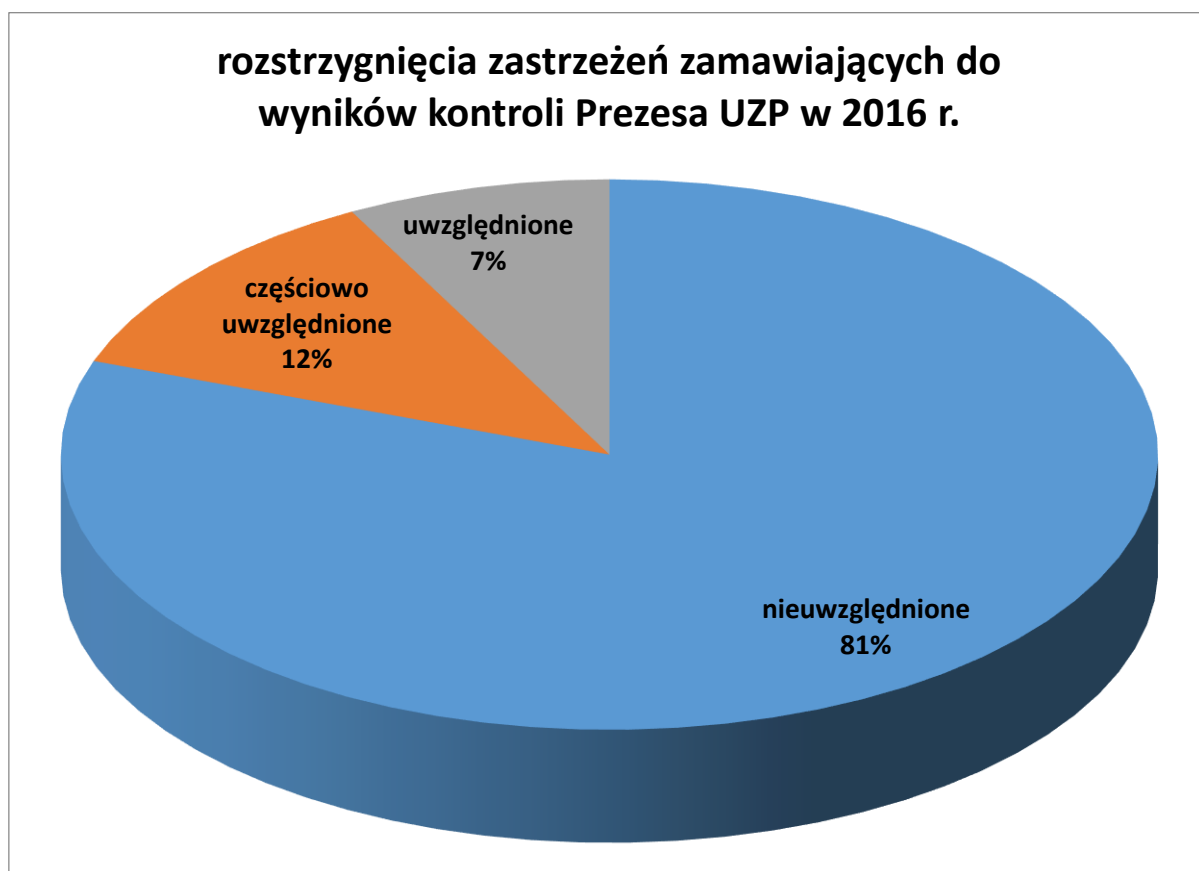
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej i uprzedniej wynika z art. 167 ust. 1 i art. 171a Pzp. Opinię w przedmiocie tych zastrzeżeń Izba wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń od wyników kontroli. Wszystkie zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 167 ust. 3 Pzp.

17. Rodzaje wydanych opinii

W 2016 r. Izba wydała w formie uchwał 77 opinii, w tym: 62 (81%) nieuwzględniające zastrzeżeń, 9 (12%) częściowo uwzględniające zastrzeżenia oraz 6 (7%) uwzględniających zastrzeżenia w całości.

Dla porównania w 2015 r. na 83 wydanych uchwał: 61 (74%) nie uwzględniało zastrzeżeń, 15 (18%) uwzględniało częściowo zastrzeżenia, a 7 (8%) uwzględniało zastrzeżenia w całości.



CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby

1. Stosowanie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych przed ich wdrożeniem do porządku krajowego.

Obowiązywanie przepisów nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w sytuacji gdy ustawodawca nie zdążył ich wdrożyć do krajowego porządku prawnego, zrodziło problem, w jaki sposób Krajowa Izba Odwoławcza, jako organ orzekający w państwie członkowskim Unii Europejskiej, powinna dokonywać wykładni obowiązujących przepisów ustawy. Podstawą do rozważań był art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej stanowiący, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. W konsekwencji zamawiający mogli stosować przepisy krajowe wdrażające przepisy dyrektyw w postępowaniach wszczętych po wejściu w życie ustawy nowelizującej przenoszącej normy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych do porządku krajowego, czyli po 28 lipca 2016 r. W postępowaniach wszczętych w okresie od 18 kwietnia 2016 r. do 28 lipca 2016 r. pojawił się stan niepewności prawnej oraz obawy co do prawidłowego wydatkowania środków europejskich.

Problem ten dotyczył postępowań w sprawie zamówień o wartości przekraczającej kwoty określone przepisami wykonawczymi do art. 11 ust. 8 Pzp, wszczętych po upływie terminu na wdrożenie dyrektyw. Brak terminowej implementacji dyrektyw unijnych jest bowiem przesłanką umożliwiającą, przy spełnieniu warunku precyzyjności normy i jej bezwarunkowego charakteru, powołanie się przez jednostkę przed organem państwowym na uprawnienia przyznane na mocy tych przepisów względem państwa.

Zastosowanie zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw unijnych wyjaśnił na potrzeby zamówień publicznych TSUE m.in. w wyroku z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej. Trybunał wskazał, że do etapów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które zakończyły się przed datą wyznaczoną jako ostateczny termin implementacji stosuje się przepisy dotychczasowe. Wywiódł również, że ta ogólna zasada może być jednak stosowana do wszystkich etapów postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, które zostały ukończone przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy, ale stanowią część procedury, która zakończyła się po tej dacie.

Oznacza to, że do postępowań wszczętych po terminie na wdrożenie dyrektywy należy stosować bezpośrednio dyrektywę, co może być utrudnione ze względu na nieznaną

przepisów oraz problemy z ustaleniem spełnienia warunków bezpośredniego zastosowania przepisów dyrektywy. Starożytna paremia prawnicza *ignorantia iuris nocet* w tym przypadku stanowi wyjątkowo trafne porównanie, gdyż brak zastosowania odpowiednich przepisów znacząco może utrudniać samo postępowanie jak i jego kontrolę, a w konsekwencji może doprowadzić do nałożenia kar finansowych na zamawiającego jak i doprowadzić do unieważnienia postępowania.

W odwołaniach wnoszonych do Krajowej Izby Odwoławczej, będącej sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w postępowaniach wszczętych po 18 kwietnia 2017 r. wykonawcy, celem skorzystania z praw przyznanych przepisami wspólnotowymi, wskazywali na konieczność bezpośredniego zastosowania przepisów dyrektywy, a nie przepisów ustawy.

Problematyka ta zaznaczyła się w odniesieniu do newralgicznych zasad weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które dyrektywy kształtują odmiennie, niż obowiązujący w tym czasie art. 26 ust. 3 Pzp, nakładający obowiązek oceny przez zamawiających spełnienia warunków udziału na dzień złożenia ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisami dyrektywy klasycznej zamawiający byli zobowiązani do stosowania standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16). W załączniku nr 1 do rozporządzenia wykonawczego (Instrukcja) zawarte zostały wytyczne wiążące bezpośrednio państwa członkowskie w zakresie związanym ze stosowaniem przepisów dyrektywy. Wskazano tam, że ofertom w procedurze otwartej i wnioskom o dopuszczenie do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym musi towarzyszyć jednolity europejski dokument zamówienia, wypełniony przez wykonawców w celu dostarczenia wymaganych informacji. Z wyjątkiem przypadków związanych z niektórymi zamówieniami udzielanymi na podstawie umów ramowych, oferent, któremu zamierza się udzielić zamówienia, będzie musiał przedstawić aktualne zaświadczenia i dokumenty potwierdzające. Ponadto instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający może w dowolnej chwili w trakcie postępowania zwrócić się do każdego oferenta o przedłożenie wszystkich lub niektórych wymaganych zaświadczeń i dokumentów potwierdzających, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.

Recepcja powołanych norm znalazła wyraz w wyroku z 7 października 2016 r. sygn. akt KIO 1772/16 dotyczącym zagadnienia powstałego na gruncie postępowania o udzielenie

zamówienia prowadzonego na podstawie przepisów sprzed nowelizacji. Izba uznała za zgodne z przepisami ustawy niewykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo złożenia przez niego zaświadczenia z KRK wystawionego po dacie składania ofert. Izba oceniła, że działanie zamawiającego pozwoliło na wybranie najkorzystniejszej oferty w zgodzie z zasadami dyrektywy oraz przepisami ustawy. Uznała, że w ten sposób osiągnięty został cel dyrektywy jak również uszanowano zasady oceny nałożone na instytucje zamawiające przepisami rozporządzenia wykonawczego, z których wynika, iż wykonawca któremu ma zostać udzielone zamówienie powinien złożyć aktualne dokument potwierdzający weryfikację podmiotową.

W stanie faktycznym sprawy wykonawca nie składał jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, jednak nie stało się to przeszkodą do uwzględnienia dalszych zasad związanych z oceną podmiotową wykonawcy wynikających z prawa europejskiego. Izba uznała, że kwestia wstępnej kwalifikacji podmiotowej prowadzonej na podstawie JEDZ ma na celu uproszczenie procedury w taki sposób, aby ograniczać konieczność składania szeregu dokumentów przez wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, natomiast pełna weryfikacja prowadzona ma być wobec wykonawcy najwyżej ocenionego. Ponadto wzięto pod rozwagę, że skoro zgodnie z komunikatem Prezesa UZP, w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy sprzed nowelizacji dopuszczalne jest honorowanie procedury *self-cleaning*, opisaney w znowelizowanych przepisach, to tym bardziej prawidłowe jest dokonanie weryfikacji podmiotowej wykonawcy na podstawie aktualnego zaświadczenia składanego przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. W obu przypadkach celem jest badanie podstaw wykluczenia z postępowania wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia. Izba uznała, że w sytuacji, gdy istotne przepisy dyrektywy i rozporządzenia dopuszczają wielokrotne sprawdzanie przez zamawiającego, czy sytuacja podmiotowa wykonawcy nie uległa zmianie w toku postępowania, to samo stwierdzenie przez zamawiającego, że na dzień złożenia oferty wykonawca nie podlegał wykluczeniu mogłoby okazać się niewystarczające wobec zmienionej sytuacji faktycznej wykonawcy, do jakiej doszło już po złożeniu oferty.

Wykładnia przepisów ustawy przed nowelizacją uwzględniająca normy prawa europejskiego została zastosowana przez Izbę również w odniesieniu do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, dotyczącego przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Oceniając prawidłowość działania zamawiającego Izba uznała, że na zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia istnienia zarówno przesłanek pozytywnych wynikających wprost z przepisu krajowego, jak i przesłanek negatywnych, o których stanowi przepis dyrektywy tj. braku innego rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, oraz tego, czy brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia.

Izba w wyroku z 16 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1352/16 i KIO 1355/16 dokonała oceny, czy w sprawie nie wystąpiła ta dodatkowa przesłanka wyłączająca udzielenie zamówienia z wolnej ręki nie wskazana w przepisie krajowym. W konsekwencji niewykazania przez zamawiającego już na etapie wszczęcia postępowania, że miał on podstawy do stwierdzenia braku rozsądnych rozwiązań alternatywnych, które nie wymagały zastosowania konkretnego oprogramowania, Izba uznała, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty techniczne mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Izba uznała, że przepis ten należało interpretować zgodnie z celem i brzmieniem dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą ww. wyjątek ma zastosowanie dodatkowo wyłącznie w przypadku, gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia.

Na przykładach omówionych orzeczeń można opisać właściwe zachowanie zamawiających wszczynających postępowanie o udzielenie zamówienia w okresie po upływie terminu na implementację prawa europejskiego, a przed wejściem w życie wdrażających to prawo przepisów prawa krajowego. Oceniając działania zamawiającego podejmowane w sytuacji prawnie złożonej i wymagającej dużej ostrożności, Izba zobowiązana była, po upływie terminu na dokonanie wdrożenia dyrektyw do krajowego porządku prawnego dokonywać wykładni prawa wewnętrznego tak, by osiągnięte zostały rezultaty wskazane dyrektywą.

Wychodząc naprzeciw dylematom zamawiających Krajowa Izba Odwoławcza, jako organ włączony w proces implementacji dyrektywy na etapie stosowania prawa krajowego, wywiązała się z powinności dokonania wykładni przepisów prawa krajowego zgodnie z przepisami dyrektywy. Izba podjęła próbę dokonania wykładni przepisów krajowych najbardziej zgodnej z dyrektywami w sprawie zamówień publicznych tak dalece jak jest to możliwe, mając na uwadze brzmienie przepisów europejskich i realizowanych przez nie celów. Taki kierunek wykładni został wskazany przez Trybunał w wyroku z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04, w którym wskazano, że sądy krajowe są zobowiązane, z chwilą upływu terminu transpozycji, do dokonywania wykładni prawa wewnętrznego, tak dalece jak jest to możliwe, w świetle brzmienia dyrektywy i realizowanego przez nią celu, tak by osiągnięte zostały rezultaty wskazane dyrektywą, przychylając się do najbardziej zgodnej z tym celem wykładni przepisów krajowych oraz do przedstawienia rozstrzygnięcia zgodnego z postanowieniami tej dyrektywy.

2. Zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po nowelizacji

Nowelizacja ustawy rozszerzyła katalog zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarty w art. 7 ust. 1 Pzp o zasady proporcjonalności i przejrzystości. Pojęcia proporcjonalności i przejrzystości były znane wcześniejszemu orzecznictwu Izby przed podniesieniem ich do rangi zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Kwestia proporcjonalności była bowiem badana w odniesieniu do art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z zarzutem nieuzasadnionego w stosunku do obiektywnych potrzeb zamawiającego ograniczenia dostępu do zamówienia, w odniesieniu do art. 22 ust. 5 Pzp w związku z zarzutem dotyczącym dyskryminującej proporcji warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia i art. 91 ust. 2 w związku z art. 2 ust. 5 Pzp w odniesieniu do nieprawidłowego określenia kryteriów oceny ofert.

Rozumienie i stosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności nie uległo zmianie po wejściu w życie znowelizowanych przepisów i dotychczasowe orzecznictwo Izby stabilne i ustalone w tym zakresie nie wymaga rewizji na gruncie nowoobowiązujących rozwiązań prawnych. Warto jednak odnotować stale utrzymującą się znaczącą liczbę odwołań zarzucających naruszenie zasady jawności postępowania. Pełne omówienie problematyki zasady jawności zostało zamieszczone w Informacji o funkcjonowaniu Izby w roku 2015. W orzecznictwie w roku sprawozdawczym ugruntowało się rozumienie tej zasady, która dotyczy tak oceny skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów załączonych do ofert, jak i jawności po stronie zamawiającego przy komunikowaniu przez niego motywów swoich czynności. Pierwszego z poruszanych zagadnień dotyczą przykładowo wyrok z 20 września 2016 r. sygn. akt KIO 1646/16 oraz wyrok z 9 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2024/16.

Na szczególną uwagę zasługuje natomiast recepcja zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Pojęcie proporcjonalności zostało zdefiniowane w orzecznictwie wydanym na podstawie przepisów Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji m.in. w wyroku z 13 maja 2016 r. sygn. akt KIO 650/16, z 30 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1525/16, gdzie wskazano, że proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez

sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Ukształtowany sposób rozumienia zasady proporcjonalności znalazł bezpośrednie zastosowanie w orzecznictwie wydanym po wejściu w życie nowelizacji i był rozwijany w szczególności w orzeczeniach wydanych w roku 2016 dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków wykonywania umowy.

W wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2180/16 Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd co do rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Na zastosowanie zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp w sporach dotyczących rodzaju i wysokości kar umownych Izba wskazała w wyroku z 6 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2180/16. Uznano, że kary umowne podlegają rewizji w wyjątkowych wypadkach, gdy ich wysokość jest rażąco wygórowana i zachodzą uzasadnione podstawy do twierdzenia, że ma to na celu uprzywilejowanie określonych wykonawców i niejako zniechęcenie innych od udziału w postępowaniu. Wówczas ocena wysokości kar umownych następuje w kontekście art. 7 ust. 1 Pzp a wykonawca winien wykazać, że kary umowne różnicują w sposób nieuzasadniony pozycje poszczególnych wykonawców

Izba w 2016 r. często stawiała przed zadaniem oceny ustalonej przez zamawiającego proporcji warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia m. in. w wyroku z 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1995/16 wskazała na to, że opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. Celem tworzenia opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest to, aby określone zamówienie było wykonywane przez podmiot, który rzeczywiście jest w stanie podołać wykonaniu danego zamówienia pod każdym względem (np. organizacyjnym, finansowym, kadrowym). Wykonawcy winni bowiem, co do zasady, mieć możliwość wykazania się wiedzą i doświadczeniem w zakresie czynności podobnych

(zbliżonych) do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie tylko czynnościami, którą są niemal identyczne jak te objęte zamówieniem.

Orzecznictwo dopuszczało jednak ustalenie wymagań zamawiającego na wysokim poziomie. W wyroku z dnia 15 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2285/16 Izba nie stwierdziła naruszenia zasady proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający przewidywał, że wykonawca rocznie będzie odbierał ok. 9.000 Mg odpadów zmieszanych, a warunek określił początkowo na poziomie 7.200 Mg. Zdaniem Izby nie był to wymóg nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia. To raczej żądanie przez wykonawcę obniżenia tej wielkości do 3.000 Mg sprawiłoby, że warunek byłby zbyt niski w stosunku do prognozowanej ilości odpadów, a tym samym nie umożliwiłoby realnej oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Kwestia proporcjonalności ujawniła się również przy określaniu kryteriów oceny ofert, gdzie podnoszone były zarzuty nieproporcjonalności kryteriów pozacenowych do ceny lub kosztu dla osiągnięcia najlepszego efektu. Izba taki problem analizowała w wyroku z dnia 20 września 2016r. sygn. akt KIO 1659/16 dotyczącym ustanowionego przez zamawiającego kryterium funkcjonalności. Wskazała, że specyfika pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym zwłaszcza kryteriów jakościowych, odnoszących się do cech niemierzalnych lub trudno mierzalnych oznacza, że stosowane są one w znacznej mierze na podstawie subiektywnych spostrzeżeń i odczuć osób dokonujących ocen. Nie oznacza to jednak przyzwolenia dla dokonywania ocen arbitralnych, pozbawionych jakiegokolwiek uzasadnienia w treści stosowanego kryterium oceny. Przykładem kryterium wybranego i opisanego zgodnie z zasadą proporcjonalności było omówione w wyroku z dnia 7 października 2016 r. sygn. akt KIO 1738/16, 1740/16 kryterium poziomu kary umownej. Izba uznała, że w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia stanowi usługa, to określenie kryterium oceny oferty jako jakości wyrażającej się w gwarancji należytego wykonania umowy przez określenie przez wykonawcę poziomu kary umownej przy jednoczesnym określeniu w SIWZ przez zamawiającego minimalnej i maksymalnej rozpiętości procentowej zasługuje na aprobatę.

Przejrzystość jako samodzielna zasada nie pojawiła się w orzecznictwie w 2016 r. przed nowelizacją, natomiast była wiązana z zasadą jawności, w tym przede wszystkim z ograniczeniem dostępu do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w zakresie dokumentów o charakterze poufnym i stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa innych wykonawców oraz z kwestią bezstronności zamawiającego tj. rodzajem powiązań występujących pomiędzy osobami po stronie zamawiającego i osobami po stronie wykonawcy. Izba kilkakrotnie poruszała problematykę powiązań pomiędzy pracownikami zamawiającego i

osobami po stronie wykonawcy np. w wyroku z 25 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1229/16, w wyroku z 9 września 2016 r. sygn. akt KIO 1553/16, w wyroku z 2 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2066/16 i w wyroku z 19 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2488/16.

Przejawami zasady przejrzystości są także transparentne dokumentowanie postępowania i określenie w dokumentacji postępowania jednakowych sposobów postępowania zamawiającego z ofertami wykonawców, a także informowanie o czynnościach podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Za przejaw przejrzystości należy także uznać stosowanie tych samych wzorców przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu czy ocenie ofert. Przykładowymi orzeczeniami jakie zapadły w 2016 r. na tym tle są wyroki z 9 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1573/16, z 26 września 2016r. sygn. akt KIO 1710/16, z 28 listopada 2016r. sygn. akt KIO 2106/16.

Dużej doniosłości zasada przejrzystości nabiera w postępowaniu na usługi społeczne, w którym nie obowiązują wszystkie przepisy dotyczące prowadzenia postępowania. Art. 138k Pzp stanowi bowiem, że zamawiający określa sposób prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem obowiązujących elementów postępowania określonych w niniejszym rozdziale oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także art. 17 i 18. Przepis art. 93 stosuje się odpowiednio. W wyroku z 13 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2215/16 Izba wskazała, że przepis art. 138k Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia sposobu prowadzenia postępowania. Zamawiający uwzględniając własne potrzeby kształtuje procedurę, narzędzia i przebieg prowadzonego postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności. Izba uznała, że zamawiający zrealizował zasadę przejrzystości postępowania, gdyż określił sposób postępowania w razie wątpliwości co do oferty, a następnie zgodnie z tym wezwał wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

W orzeczeniu tym wskazano również na związek zasady przejrzystości z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Związek ten jest często dostrzegany w orzecznictwie, przykładowo w wyroku z 5 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2194/16, w którym Izba sprzeciwiła się różnicowaniu doświadczenia zawodowego, które powinno być ocenione jednakowo przez zamawiającego. W omawianej sprawie zamawiający ocenił doświadczenie odwołującego w wykonaniu umów grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, zaś u przystępującego doświadczenie w świadczeniu usług medycznych. Ocenie podlegały dwa różne doświadczenia, nie tylko pod względem przedmiotowym, ale także wymaganej ilości ubezpieczanych osób. Związek zasady przejrzystości z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji został dostrzeżony również w wyroku z 18 listopada 2016

r. sygn. akt KIO 2111/16, w którym Izba sprzeciwiła się uzależnieniu udzielenia zamówienia publicznego od zawarcia przez wykonawcę umowy gwarancji bankowej wykonania umowy w wysokości 20% wartości umowy netto na rzecz innego niż zamawiający podmiotu.

Prezentowane orzecznictwo uzasadnia twierdzenie, że zasady proporcjonalności i przejrzystości zaznaczają się na wszystkich etapach postępowania w odniesieniu do zagadnień stanowiących cel nowelizowania przepisów Pzp. Można zatem wyrazić przekonanie, że przy aktualnym odformalizowaniu przepisów ustawy jak i przy nadaniu większej niż dotychczas rangi oświadczeniom wiedzy wykonawcy, odwoływanie się wykonawców do zasad postępowania będzie częstsze.

3. Podział zamówienia na części w świetle nowelizacji z 2016 r.

Przepisy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji nie nakazywały podziału zamówienia na części. Art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp pozostawiał taką możliwość zamawiającemu z ograniczeniem wynikającym z art. 32 ust. 2 Pzp, który zakazywał podział, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Ustawa nowelizująca dodała art. 36aa, który stanowi w ust. 1, że zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Dalsze ustępy stanowią rozwinięcie zakresu uprawnień przyznanych zamawiającemu co do określenia ilości części, na jakie można złożyć ofertę, maksymalnej liczby części zamówienia, które mogą być udzielone jednemu wykonawcy. Uzupełnienie tej materii stanowi art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp zamieszczony w rozdziale 5 dotyczącym dokumentowania postępowania, zgodnie z którym zamawiający wskazuje w protokole postępowania powody niedokonania podziału zamówienia na części.

Znowelizowane przepisy Pzp stały się kanwą sporów rozstrzyganych przez Izbę, w których zasadniczą kwestią była ocena charakteru prawnego art. 36aa Pzp i ustalenie, czy statuuje on obowiązek zamawiającego dokonania podziału zamówienia na części. Kwestia podziału zamówienia na części stanowi element opisu przedmiotu zamówienia i w części spraw była rozstrzygana w powiązaniu z zarzutem niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, czyli naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp. Uzasadnieniem tego jest związek jednoznacznego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zakazem opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję.

Podnoszone przez wykonawców zarzuty zaniechania podziału zamówienia na części uzasadniane były również opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych, która odwoływała się do motywu 78 dyrektywy oraz wskazywała na ograniczenie możliwości ubiegania się o

zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom, jako następstwo braku podziału.

Przepisy dyrektywy klasycznej wprost nie określają podziału zamówienia na części, jako obowiązku lub uprawnienia, w art. 46 określa się jedynie obowiązek wskazania przez instytucje zamawiającą najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które należy zamieścić w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu. Motyw 78 zawiera wytyczną, aby w szczególności zachęcać zamawiających do dzielenia dużych zamówień na części. Wskazuje, że podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak aby wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu. Ustawodawca europejski ustalił, że instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegającą nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu.

W sprawie zakończonej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1919/16 kwestia podziału zamówienia na części powstała w postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie nowego systemu/systemów, realizujących funkcje dotychczas istniejące oraz rozbudowę systemów już istniejących o nowe funkcjonalności. Z uwagi na braki w opisie istniejących systemów odwołujący formułował między innymi żądanie dokonania podziału zamówienia na części w ten sposób, by jedna część obejmowała system/systemy nowo zamawiane, a druga obejmowała jedynie elementy stanowiące rozbudowę systemów już istniejących. Zarzut ten Izba oddaliła wskazując, iż zamawiana usługa stanowiła nowy element systemu, który wymaga zintegrowania z systemami już eksploatowanymi, a domawiane „moduły” nie wymagały ingerencji w eksploatowane systemy, z którymi należało zapewnić jedynie komunikację w ramach usługi elektronicznej. Niezależnie od sposobu podziału zamówienia na części usług do odrębnych zadań, nadal oczekiwanym ze strony zamawiającego pozostawałoby zatem zapewnienie integracji ze składnikami środowiska informatycznego zamawiającego.

W postępowaniu na świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości gminy, na których zamieszkują mieszkańcy Izba orzeczeniem z 30 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 1032/16 nakazała dokonanie podziału zamówienia na części, w sytuacji gdy objęto jednym zamówieniem usługi odbioru odpadów, zagospodarowania odpadów oraz prowadzenia PSZOK. Rozstrzygnięcie to

pozytywnie zweryfikował Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z 21 września 2016 r. sygn. akt VI Ca 665/16 r. Sąd zaaprobował nakazany zamawiającemu podział zamówienia na dwie części: usługi odbioru i zagospodarowania odpadów oraz utworzenia i prowadzenia PSZOK. Uznał, że podział ten ma zapobiec naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz umożliwić szerszej grupie wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Sąd zauważył, że zamawiający nie ma obowiązku tak ułożyć zamówienia, aby dostosować go do potrzeb określonego przedsiębiorcy, albo umożliwić złożenie oferty znacznej liczbie podmiotów, musi jednak uwzględniać w danych realiach rynkowych zasadę uczciwej konkurencji, co wynika wprost z treści art. 7 ust. 1, a także z art. 29 ust. 2 Pzp. Oddalając zarzuty skargi sąd uznał, że pozostawienie zamówienia bez podziału na części faworyzowałoby dotychczasowego wykonawcę i ograniczałoby innym wykonawcom możliwość rywalizowania o przedmiotowe zamówienie.

Wyrokiem z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2018/16 Izba nakazała zamawiającemu z uwagi na naruszenia art. 7 ust. 1, art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, podział zamówienia na pięć części, tak aby każdy z defibrylatorów stanowił odrębną część zamówienia. Rozstrzygnięcie oparte było na braku przedstawienia jakichkolwiek wiarygodnych i jednoznacznych powodów zaniechania podziału zamówienia na pięć części. Izba zwróciła uwagę na brak w dokumentacji postępowania uzasadnienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części, pomimo obowiązku wynikającego z art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp. Argument zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny uznano za chybiony wobec wykazania przez odwołującego, że tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co - wbrew oczekiwaniom zamawiającego - nie prowadziło do uzyskania dogodnych warunków finansowych.

Prezentowane kierunki orzecznicze skłaniają do twierdzenia, że kwestia podziału zamówienia na części wymaga indywidualnej analizy potrzeb zamawiającego i celowości podziału. Podział zamówienia na części nie powinien odbywać się kosztem efektów, jakie może zapewnić udzielenie całości zamówienia jednemu wykonawcy wybranemu w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazywano w uzasadnieniach, kwestia skali zamówienia i oszczędności, jakie może przynieść jego skumulowanie w ramach jednego zamówienia, nie decydowała o podtrzymaniu zakresu zamówienia wyznaczonego przez zamawiającego dla jednego wykonawcy (nie dokonania podziału zamówienia na części). Również braki w uzasadnieniu decyzji zamawiającego powodowały uchylene jego czynności i nakazanie podziału zamówienia, co miało służyć poszerzeniu konkurencji w postępowaniu.

Powołane orzeczenia zostały wydane w indywidualnych okolicznościach danej sprawy, jednak wskazują na konflikt między celami, które ma realizować Pzp. Z jednej strony priorytetem jest udzielania zamówienia w warunkach możliwie najszerszej konkurencji i

zapewnienie dostępu do rynku zamówień publicznych w szczególności małym i średnim przedsiębiorcom, z drugiej jednak art. 36aa Pzp podział zamówienia na części określa jako uprawnienie, a nie powinność zamawiającego, co stanowi narzędzie umożliwiające dokonanie podziału w sytuacji, gdy jest to uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami.

Zapadłe orzeczenia dostrzegają te priorytety i uwzględniają brak bezwzględnego nakazu podziału zamówienia na części. Pozostaje to w zgodzie z celem dyrektywy - zachęcania zamawiających do podziału zamówienia na części i pozostawienia im swobody decyzyjnej w tym zakresie.

Spojrzenie na orzecznictwo Izby z perspektywy litery motywów dyrektywy klasycznej jedynie sygnalizuje problemy, jakie w praktyce mogą powstać na tle dzielenia zamówienia na części. Znaczenia mogą nabrać kryteria oceny ofert częściowych, stanowią bowiem narzędzie gwarantujące zamawiającym wybór wariantu zamówienia w najwyższym stopniu odpowiadającym jego potrzebom. Nie można wykluczyć zarzutów dotyczących nadmiernego rozdrobnienia zamówienia lub jego podziału (ustalenia zakresu części) w taki sposób, który utrudniał złożenie ofert. Analiza motywów dyrektywy klasycznej może również prowokować do postawienia pytania, czy decyzje zamawiających o braku podziału zamówienia na części w ogóle podlegać powinny nadzorowi sądowemu. Rozstrzygnięcia tych kwestii należy oczekiwać w przyszłości od orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych.

4. Zagadnienia problemowe związane z wdrażaniem jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Ustawą nowelizującą wprowadzono art. 10a ust. 1 oraz art. 25a Pzp, na mocy którego jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) zastąpił szereg dokumentów, do przedłożenia których zobowiązane są podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia. Stosownie do preambuły rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wydanego na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy sektorowej JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, będące dowodem wstępnym, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. JEDZ odgrywa zatem kluczową rolę w procedurze oceny sytuacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz przy ustaleniu braku podstaw do wykluczenia w procedurach udzielania zamówień publicznych o wartości równej progom unijnym lub o wartości wyższej i zwalnia wykonawców z obowiązku przedstawiania na tym etapie zaświadczeń.

Znaczenie JEDZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako wstępnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zaznaczyło się w orzecznictwie Izby przede wszystkim w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu. W wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2444/16 Izba podkreśliła: „JEDZ stanowi wyłącznie wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2334/16 natomiast, że „zamawiający prowadzi ocenę informacji podanych w JEDZ, celem – zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp – wstępnego potwierdzenia, że wykonawca m.in. spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Takie rozumienie znaczenia JEDZ również w tzw. „procedurze odwróconej”, o której mowa w art. 24aa Pzp, wyjaśniła Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2449/16.

Ta konstatacja prowadzi do konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie o konsekwencje złożenia JEDZ, w którym wykonawca nie zawarł wszystkich informacji wymaganych przez zamawiającego. W okolicznościach faktycznych, których dotyczył wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2444/17, JEDZ nie zawierał wymaganych informacji dotyczących ubezpieczenia. Izba nie podzieliła poglądu o konieczności wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu i uznała, że choć wykonawca nie potwierdził w JEDZ ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, to nie oznacza to automatycznie, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wyrażono pogląd, że wolą ustawodawcy było nałożenie w takiej sytuacji na zamawiającego obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający ma zatem obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia czy też poprawienia JEDZ i dokonania oceny w oparciu o przedłożony dokument. Na konieczność uzupełnienia JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wskazała również Izba w odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sprawie o sygn. akt KIO 2334/16 oraz w odniesieniu do oświadczenia dotyczącego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie o sygn. akt KIO 2199/17.

Na szczególne podkreślenie zasługuje w tym kontekście pogląd wyrażony w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2334/16, że skorzystanie przez zamawiającego z możliwości uzupełnienia JEDZ nie pozbawia go prawa do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do dokumentów lub oświadczeń składanych przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Przesądzenie dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp wobec jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia stawia kolejne pytanie o datę wystawienia uzupełnionego JEDZ.

W wyroku sprawie o sygn. akt KIO 2444/17 Izba uznała, że opatrzenie uzupełnionego JEDZ datą przypadającą po terminie składania ofert nie oznacza jeszcze, że oświadczenie o ubezpieczeniu z tytułu ryzyka zawodowego jest nieaktualne. Uznała, że należy przyjąć, że jest to data sporządzenia uzupełnionego dokumentu i skonfrontować powyższe z dokumentem, który służy potwierdzeniu spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (polisa), bowiem to właśnie ten dokument stanowi podstawę do dokonania ostatecznej oceny w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający w tych okolicznościach nie miał podstaw do wzywania przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Skoro zamawiający dysponował oświadczeniem o posiadaniu ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego, to mocą art. 26 ust. 1 Pzp, miał obowiązek wezwać do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

W orzecznictwie ujawniła się również kwestia zakresu wyjaśniania JEDZ. Problemem rozstrzygniętym w sprawie o sygn. akt KIO 2334/16 była dopuszczalność zastosowania procedury wyjaśnień w odniesieniu do podpisów reprezentantów firm na formularzach JEDZ, które nie pozwalały na zidentyfikowanie osób podpisujących formularz. Izba przesądziła, że jest to kwestia podlegająca wyjaśnieniu w procedurze oceny formalno-prawnej tych formularzy. Uprawnienie zamawiającego w zakresie ustalenia, kto podpisał dokument JEDZ w imieniu spółek a także, czy są to osoby uprawnione do ich reprezentacji wynika z brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi o żądaniu wyjaśnień w przypadkach, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości.

Osiągnięcie celu przyświecającego wprowadzeniu JEDZ – zmniejszenia obciążeń administracyjnych, zwłaszcza w stosunku do małych i średnich przedsiębiorstw wymaga od adresatów procedur o zamówienie publiczne, z jednej strony od zamawiających precyzyjnego formułowania wymagań co do treści oświadczeń, składanych w formularzu ustanowionym na szczeblu europejskim, a z drugiej od wykonawców precyzyjnego odniesienia się do ich brzmienia, z pominięciem dotychczasowych przyzwyczajień. Ponadto w praktyce źródłem problemów jest obszerność i złożona struktura JEDZ, co powoduje postrzeganie go jako skomplikowanego.

Komplikacje związane z prawidłowym zrozumieniem treści związanych z wypełnieniem JEDZ ujawniły się w sprawie o sygn. akt KIO 2334/16, w której zarówno zamawiający, jaki i wykonawcy błędnie zidentyfikowali, jakie informacje dotyczące polegania na zdolności innych

podmiotów oraz podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, powinny być ujawnione w JEDZ. Zamawiający w specyfikacji określił zasady wypełniania tego dokumentu wskazując, jakich informacji oczekuje, gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów

W formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą wykonawca zaznaczył, że polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa. Zamawiający dokonując oceny formularza JEDZ niezasadnie wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ błędnie uznając, że jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów, wówczas zobowiązany jest informację o tych podmiotach podać w części JEDZ dotyczących tylko tych podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega. Uzupełniony JEDZ zrodził spór przed Izbą, która uznała, że skoro wykonawca prawidłowo wypełnił formularz JEDZ złożony wraz z ofertą, to zmiany, które wprowadził w formularzu wynikały z błędnego wezwania zamawiającego do uzupełnienia treści JEDZ w tym zakresie. W tej sytuacji zamawiający nie mógł wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, którego czynności związane z uzupełnieniem JEDZ wynikały z jego błędu, a nie działań wykonawcy.

W powołanym orzeczeniu Izba zaprezentowała pogląd, że ocena warunku udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do oceny rzeczywistej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, ustalonej z użyciem dostępnych narzędzi i środków prawnych przyznanych zamawiającemu ustawą, a nie być skutkiem oceny umiejętności wypełniania formularza JEDZ, którego z kolei wprowadzenie miało na celu ułatwienie – bez zbędnego i nadmiernego formalizmu – prowadzenia procedury zamówieniowej oraz wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który obiektywnie spełnia wymagane warunki.

5. Problematyka związana z kryteriami oceny ofert innymi niż cena.

Zagadnienia związane z kryteriami oceny ofert są jednymi z najistotniejszych kwestii, omawianych w orzecznictwie. Kryteria oceny ofert pozwalają na ustalenie rankingu ofert i ostatecznie to one decydują, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Brak jednoznacznego i precyzyjnego opisanie innych niż cena kryteriów oceny ofert, był i jest chyba jednym z najczęstszych problemów dotyczących kryteriów oceny ofert poruszanych w orzecznictwie KIO. Dotychczasowy dorobek orzeczniczy opisany w Informacji o funkcjonowaniu Izby w roku 2015 w dużej części może być wykorzystany przy interpretacji przepisów zmienionych ustawą nowelizującą.

Reprezentatywnym przykładem mogą być tezy zawarte w wyroku z 15 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 141/16. Izba wyraziła w nim pogląd, że skoro kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej, to sposób ich sformułowania nie może budzić żadnych wątpliwości. Podkreśliła, że ocena ofert w kryterium odnoszącym się do jakości oferowanego rozwiązania jest zawsze związana z subiektywizmem osób dokonujących tej oceny, jednak nie oznacza to, że jest ona oceną całkowicie dowolną, arbitralną. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, musi dysponować choćby ogólną wizją sposobu jego realizacji, w przeciwnym razie ocena propozycji przedstawianych przez wykonawców będzie w istocie nie tyle subiektywna co dowolna. Odwołując się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Izba zaakcentowała, że nie jest dopuszczalne, aby wykonawcy dowiadawali się o oczekiwaniach zamawiającego odnośnie proponowanych sposobów realizacji zamówienia *ex post*, czyli po złożeniu oferty. Wykonawcy, przygotowując ofertę, która ma być oceniona pod kątem jakości oferowanych rozwiązań, winni z postanowień SIWZ czerpać wiedzę o preferowanych przez zamawiającego sposobach zaspokojenia jego oczekiwań.

Ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadzono kolejne zmiany w przepisach dotyczących kryteriów oceny ofert, mające na celu dalsze upowszechnienie stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i zwiększenie możliwości wyboru oferty lepszej jakościowo. Ustawodawca rozszerzył katalog kryteriów oceny ofert, wprowadzając kryterium kosztu, które może być zastosowane zamiast kryterium ceny. Kryterium kosztu można z kolei określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia, które może z kolei obejmować: koszty poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z nabyciem, użytkowaniem, w szczególności zużyciem energii i innych zasobów, koszty związane z utrzymaniem i z wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu a także koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować. Kryteriami oceny ofert mogą być zatem cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Doniosłą zmianą w zakresie kryteriów oceny ofert jest wprowadzenie możliwości zastosowania przez zamawiających, będących jednostkami sektora finansów publicznych lub zamawiających należących do kategorii państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%. Na szczególne podkreślenie zasługuje, że przesłanki zastosowania tego przepisu uzależnione są od statusu zamawiającego. Warunkiem

skorzystania z tej możliwości jest określenie w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Na gruncie tego przepisu przedmiotem analizy przez Izbę była kwestia dotycząca możliwości zastosowania przez zamawiającego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne kryterium ceny o wadze 75%.

W wyroku z 7 października 2016 r. sygn. akt KIO 1738/16, 1740/16 Izba wyraziła pogląd, że obostrzenie o jakim mowa w art. 91 ust. 2a Pzp skierowane jest do jednostek sektora finansów publicznych oraz innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej a także ich związków. Regulacji tej, w ocenie Izby nie sposób rozumieć szerzej niż przez wskazanie, że chodzi o „związki” jakie tworzą zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp a nie o jakichkolwiek innych zamawiających, którzy utworzyli „związek”. W konkluzji Izba stwierdziła, że skoro zamawiający to „związek” podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3-4 Pzp, to nie można uznać, że regulacja zawarta w art. 91 ust. 2a Pzp ma w odniesieniu do tego podmiotu zastosowanie.

W art. 91 ust. 2 Pzp wprowadzono szerszy niż dotychczas przykładowy katalog kryteriów pozacenowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, wskazując na: jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; aspekty innowacyjne; organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak: termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Z przywołanego przepisu wynika także zasada, zgodnie z którą kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ustawodawca wskazał, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

W wyroku z 26 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2101/16 Izba oceniała legalność kryterium środowiskowego opisanego jako skuteczny certyfikowany system zarządzania środowiskiem, zgodny z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważny. Aprobując to kryterium uznała, że zamawiający premiuje za jego pomocą sposób realizacji

zamówienia, postępowania z odpadami, który zgodny jest ze światowymi standardami. Posiadanie takiego certyfikatu może gwarantować bowiem lepszy efekt ekologiczny niż efekt wykonawcy, który takiego certyfikatu nie posiada.

Izba analizowała kwestię dopuszczalności zastosowania przez zamawiającego kryterium jakość o wadze 5%, zdefiniowanego jako deklarowany przez wykonawcę poziom kary umownej za nienależyte wykonanie umowy. Odwołujący kwestionował, że zastosowanie tego kryterium jest pozorne, bowiem wykonawcy w celu uzyskania lepszej klasyfikacji swojej oferty wskażą wartość kary umownej najwyższej punktowanej, co następnie zostanie przez wykonawców w ramach zwiększonego kosztu ryzyka wliczone w cenę oferty. W związku z tym kryterium to ma przełożenie na cenę nie zaś na cechy związane z jakością świadczonej usługi. W wyroku z 7 października 2016 r. sygn. akt KIO 1738/16 i 1740/16, Izba nie podzieliła wskazanej wyżej argumentacji i uznała, że tak opisane kryterium jest powiązane z opisem przedmiotu zamówienia, którego częścią są postanowienia umowy odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, w tym ciężaru ewentualnych kar umownych za nienależyte wykonywanie zamówienia. Izba wskazała, że poziom kar umownych jest uzależniony od sposobu świadczenia usługi, im wyższa zaoferowana wysokość kary, tym ryzyko finansowe wykonawcy większe, co jednocześnie gwarantuje wyższą jakość świadczonej usługi.

Spośród otwartego katalogu pozacenowych kryteriów na szczególną uwagę zasługuje kryterium odnoszące się do aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, wymienionych w art. 22 ust. 2 Pzp. Celem wprowadzenia tego kryterium jest zwiększenie możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który zagwarantuje zatrudnienie przy realizacji zamówienia jak największej liczby osób niepełnosprawnych, bezrobotnych, bezdomnych i innych znajdujących się w trudnej sytuacji.

W wyroku z 19 maja 2016 r. sygn. akt KIO 712/16 odnoszącym się do kwestii związanej z zastosowaniem przez zamawiającego kryterium społecznego, zdefiniowanego jako liczba zatrudnionych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu czynności w zakresie przyjmowania, transportowania, doręczania, sortowania i wydawania przesyłek pocztowych (m.in.: doręczyciele - listonosze, osoby wydające korespondencję) z uwzględnieniem personelu podwykonawców, Izba potwierdziła dopuszczalność zastosowania tego rodzaju kryterium oceny ofert. Jednocześnie Izba uznała, że nie jest nadmiernym wymóg dotyczący podania podziału sumy liczby etatów na poszczególne jednostki organizacyjne zamawiającego.

Na uwagę zasługuje także wprowadzenie do przykładowego katalogu ustawowych kryteriów oceny ofert kryterium dotyczącego kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób

wyznaczonych do realizacji zamówienia. Kryterium to może być zastosowane jedynie wtedy, gdy doświadczenie i kwalifikacje personelu biorącego bezpośrednio udział w realizacji zamówienia, mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Pamiętać przy tym należy, że nadal obowiązuje zasada, wynikająca z art. 91 ust. 3 Pzp, iż kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. W konsekwencji to ocena, czy doświadczenie i kwalifikacje osób może mieć istotny wpływ na jakość wykonania zamówienia, decyduje o dopuszczalności zastosowania kryterium oceny ofert w odniesieniu do organizacji, kwalifikacji i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. W wyroku z 30 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2112/16, KIO 2122/16 Izba analizowała zarzut, w którym odwołujący kwestionował m.in., że w ramach podkryterium „Zastępowalność Kluczowego Zespołu” zamawiający przyzna punkty za wskazanie osób mogących zastępować czasowo lub stałe osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które będą wskazane przez wykonawcę w ofercie jako kluczowy personel. Tak określone kryterium, w ocenie odwołującego jest sprzeczne z treścią art. 91 ust. 2 Pzp. Zasadą wyrażoną w art. 91 ust. 2 Pzp jest, iż kryteria oceny ofert mają odnosić się do przedmiotu zamówienia. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego i stwierdziła, że zamawiający ma prawo, na podstawie powyższych przepisów, oceniać i punktować „rozmiar” czy kwalifikacje potencjału osobowego, jakim dysponuje wykonawca. Nie można uznawać, że rozmiar tego potencjału (zastępowalność osób) nie ma znaczenia dla całego okresu trwania budowy.

Na uwagę zasługuje problem analizowany w wyroku z 19 września 2016 r. sygn. akt KIO 1579/16, KIO 1580/16, KIO 1581/16. Izba uznała w nim, że naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji może wyrażać się nie tylko w dyskryminującym opisie przedmiotu zamówienia, postawieniu niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu, ale także w ustaleniu kryteriów oceny ofert. Wywiodła tym samym, że priorytety zamawiającego wyrażone w kryterium jakościowym podlegają ocenie i nie powinny bez uzasadnienia preferować rozwiązania, które będzie rzutowało następnie na ocenę złożonych ofert. Rozstrzygnięcie to rodzi dylemat, czy tak postrzegana ocena kryterium jakościowego nie zaciera granicy między cechami zamawianego świadczenia a jego ceną. Oczywistym jest, że wykonawcy oferujący rozwiązania tańsze będą uznawać kryteria premiujące wysoką jakość za niekonkurencyjne. Tymczasem – jak stwierdzono w powołanym orzeczeniu - celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zasygnalizowane powyżej problemy orzecznicze pozwalają na stwierdzenie, że niezależnie od tego, czy poruszane w odwołaniach zagadnienia dotyczą nowych, dodanych ostatnią nowelizacją kryteriów oceny ofert, czy przepisów już istniejących, Izba rozpatrując zarzuty w tym zakresie kieruje się z jednej strony postulatem równego traktowania wykonawców, a z drugiej - konieczności zapewnienia odpowiedniego poziomu świadczenia, oczekiwanego przez zamawiających, zatem konieczne jest wyważenie racji obu stron postępowania. Z uwagi na znaczenie kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można spodziewać się, że zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert będą nadal jednymi z często pojawiających się zarzutów również w kolejnych latach.

6. Wybrane zagadnienia dotyczące umownych warunków wykonywania zamówienia publicznego

Problematyką stale obecną w orzecznictwie są istotne postanowienia umów, jakie zamawiający zamierzają zawrzeć po przeprowadzeniu postępowania lub wzorów umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spory w tym zakresie rozstrzygane przez Izbę w okresie sprawozdawczym dotyczyły w wielu przypadkach rozkładu ryzyk kontraktowych dotyczących realizacji zamówienia publicznego. Zapadłe na tym gruncie orzecznictwo uzasadnia twierdzenie, że zamawiający niejednokrotnie regulowali tą materię z naruszeniem prawa.

Źródłem naruszenia ustawy był brak jednoznaczności w opisie wymagań zamawiającego. W takich przypadkach Izba podkreślała obciążający zamawiających obowiązek staranności w przygotowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i związaną z tym konieczność jak najpełniejszego przekazania posiadanych przez zamawiających informacji, umożliwiających złożenie ofert uwzględniających wszystkie okoliczności, w szczególności gdy jest to niezbędne dla zapewnienia jednolitości i porównywalności składanych ofert (wyrok z 25 października 2016 r. sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16 i KIO 1885/16). Brak porównywalności ofert jako wynik niedostatecznego opisu wymagań zamawiającego stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, obligującego zamawiających do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby możliwe było zachowanie uczciwej konkurencji.

Uwzględniając odwołania Izba nakazywała zamawiającym doprecyzowanie postanowień SIWZ (np. przez podanie w niej określonych informacji, czy uzupełnienie dokumentacji projektowej), bądź usunięcie określonych postanowień z SIWZ. Izba podkreślała obciążający zamawiających obowiązek staranności w przygotowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok z 25 października 2016 r. sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16 i KIO 1885/16) i związaną z tym konieczność jak

najpełniejszego przekazania posiadanych przez zamawiających informacji, umożliwiających złożenie ofert uwzględniających wszystkie okoliczności, w szczególności gdy jest to niezbędne dla zapewnienia jednolitości i porównywalności składanych ofert. Powyższe Izba wywołała m.in. z przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, obligującego zamawiających do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby możliwe było zachowanie uczciwej konkurencji (wyroki: z 21 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1121/16, z 25 października 2016 r. sygn. akt KIO 1883/16, KIO 1884/16 i KIO 1885/16).

Przedstawione zapatrywanie legło u podstaw rozstrzygnięcia w sprawie zakończonej wyrokiem z 21 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1121/16, w której przedmiotem zamówienia było wykonanie prac remontowych i modernizacyjnych na linii kolejowej. Izba nakazała zamawiającemu m.in. uzupełnienie programu funkcjonalno-użytkowego o inwentaryzację zieleni. Skład orzekający uznał, że są to informacje istotne, które stanowić powinny element opisu przedmiotu zamówienia. Izba uzasadniała, że wniosek taki płynie z § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, z którego wynika, że inwentaryzacja zieleni została uznana za część informacyjną programu funkcjonalno-użytkowego. W konsekwencji stwierdziła, że skoro już z przepisów prawa wynika konieczność zapewnienia wykonawcom, jako części dokumentacji przetargowej, określonych informacji, to zamawiający powinien je udostępnić, co ma znaczenie nie tylko w płaszczyźnie realizacji obowiązku prawnego, ale także wykonania zamówienia, czy odpowiedniego przygotowania oferty przy uwzględnieniu jednolitych danych.

Analizując omawiane zagadnienie Izba zwracała również uwagę, że sformułowanie generalnej zasady, bądź wskazanie dokładnej granicy delimitującej dopuszczalność przeliczenia ryzyka kontraktowego na wykonawców zamówień publicznych nie jest możliwe, a kwestię tą należy oceniać z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy, biorąc jednocześnie pod uwagę postulaty dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia wynikające z samych przepisów, przede wszystkim z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp (tak m.in. w wyroku z 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2004/16).

W przywołanym orzeczeniu dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w branży drogowej nakazano zamawiającemu wykreślenie z SIWZ postanowienia zobowiązującego wykonawcę do udostępnienia placu budowy podmiotowi trzeciemu (właścicielowi/administratorowi sieci/urządzeń znajdujących się na terenie budowy) z wyłączeniem uprawnienia do wydłużenia terminu realizacji zamówienia oraz żądania kosztów przestoju. Skład orzekający argumentował, że nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego postanowień SIWZ

sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań zamawiających lub podmiotów od nich zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia. Skład orzekający uznał, że określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać wyłącznie na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiających, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Analizując omawianą problematykę Izba stanęła ponadto na stanowisku, że zjawiska przerzucania całości ryzyk dotyczących realizacji zamówienia publicznego nie mogą usprawiedliwiać okoliczności związane z charakterem stosunku obligacyjnego (umowy o roboty budowlane jako umowy rezultatu), formułą w jakiej realizowane będzie zamówienie (tj. zaprojektuj i wybuduj), czy wynagrodzeniem w formie ryczałtu.

Kierując się powyższymi wytycznymi Izba w wyroku z 19 września 2016 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 1626/16, KIO 1632/16 i KIO 1636/16, który dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę drogi i odcinka linii tramwajowej, nakazała zamawiającemu m.in. zmianę postanowień SIWZ nakładających na wykonawcę obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę w określonej dacie stwierdzając, że wykonawca nie może być obciążany konsekwencjami działania podmiotu trzeciego. Izba uznała również za niedopuszczalne one zobowiązanie wykonawcy do wprowadzania zmian do projektu budowlanego niezależnie od ich przedmiotu i zakresu, a nadto z wyłączeniem uprawnienia do zmiany terminu realizacji umowy lub żądania dodatkowego wynagrodzenia.

W podsumowaniu wyводу zawartego w tym orzeczeniu Izba stwierdziła, że mimo w istocie adhezyjnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego brak jest podstaw do nieograniczonej nierówności stron takiego stosunku obligacyjnego. Uznała za rażąco niesprawiedliwe, a w konsekwencji sprzeczne z art. 353¹ k.c., obciążanie wykonawców działających z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiających konsekwencjami działania podmiotów trzecich, a także wykorzystywanie przez zamawiających ich faktycznej przewagi nad wykonawcami do narzucania im warunków umów, które są dla nich widocznie krzywdzące.

Kolejnym zagadnieniem odnoszących się do warunków realizacji zamówienia publicznego, rozstrzyganych przez Izbę w okresie sprawozdawczym, była kwestia dopuszczalności ingerencji przez zamawiającego w treść umowy wykonawcy z podwykonawcami (podwykonawcy z dalszymi podwykonawcami) oraz jej ewentualnego zakresu.

Zamawiający – formułując w SIWZ istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego – zakazywali zamieszczania w umowach o podwykonawstwo robót budowlanych m.in. postanowień uzależniających uzyskanie przez podwykonawcę (dalszego podwykonawcę) przedłużenia terminu realizacji umowy podwykonawczej od przedłużenia przez zamawiającego czasu na wykonanie danego asortymentu robót wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy ustalających kary umowne dla podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w wysokość wyższej niż wysokość tożsamyh kar przewidzianych w umowie zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący zarzucali zamawiającym, że takie postanowienia SIWZ są zbyt daleko idące i godzą w zasadę swobody kontraktowania, tj. możliwość ułożenia stosunków obligacyjnych pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami (podwykonawcami a dalszymi podwykonawcami) zgodnie z wolą ich stron. Podkreślali również, że przepisy wprowadzające m.in. obowiązek akceptacji przez zamawiających umów o podwykonawstwo miały na celu ochronę wynagrodzeń podwykonawców (dalszych podwykonawców) i tylko w takim zakresie (tj. kontroli przepływu środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, związanej z solidarną odpowiedzialnością zamawiającego – inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę – zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c.) zamawiający uprawnieni są do ingerowania w treść stosunków prawnych pomiędzy wskazanymi uczestnikami procesów inwestycyjnych.

Argumentacja zamawiających koncentrowała się przede wszystkim na konieczności zrównania wymagań stawianym podwykonawcom (dalszym podwykonawcom) z wymaganiami względem generalnych wykonawców i zapewnienia ochrony podwykonawcom (dalszym podwykonawcom), jako podmiotom o słabszej pozycji ekonomicznej, w relacjach z generalnymi wykonawcami. Zamawiający zwracali również uwagę na skalę problemów związanych z realizacją umów o podwykonawstwo w robotach budowlanych dotyczących inwestycji realizowanych w tzw. poprzedniej perspektywie finansowej, co – w ich ocenie – spowodowało wprowadzenie do Pzp przepisów regulujących materię podwykonawstwa i umożliwiło zamawiającym ingerencję w ten rodzaj stosunków prawnych.

Izba, co do zasady, stanęła na stanowisku, że przepisy Pzp (art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a, art. 143b i nast. Pzp) nie stoją na przeszkodzie ingerencji zamawiających w postanowienia umów dotyczących podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, rozumianej jako wprowadzanie zakazów zamieszczania w ich treści określonych postanowień. Zwróciła uwagę na uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, w którym stwierdzono wprawdzie, że kwestie relacji prawnych

między wykonawcą a podwykonawcą (i odpowiednio – podwykonawcą a dalszym podwykonawcą) powinny być kształtowane z uwzględnieniem zasady swobody umów, niemniej jednak z zastrzeżeniem, że powyższe obowiązuje jedynie co do zasady. Podkreślono, że ustawodawca dokonując zmian przepisów Pzp w tym zakresie nie dokonał ograniczenia zamawiającego w prawie kształtowania ww. relacji. W konsekwencji granicę uprawnionej ingerencji zamawiającego w materię umów o podwykonawstwo stanowią będą przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Izba podkreśliła również, że nie ma przeszkód prawnych, aby wykonując uprawnienie wynikające z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, zamawiający kształtowali prawa i obowiązki strony umowy o podwykonawstwo w zakresie regulowanym sferą przepisów o charakterze dyspozytywnym, wybierając określone rozwiązania umowne (wyroki: z 25 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2135/16 i z 8 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2164/16 i KIO 2177/16). Pogląd o dopuszczalności ingerencji zamawiającego w umowy o podwykonawstwo w celu zapewnienia ochrony interesów podwykonawców wyrażony został również w wyroku z 24 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1477/16.

Odmienny pogląd wyrażony został w wyroku z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 1978/16. Izba nakazała zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ polegającą na usunięciu większości kwestionowanych klauzul objętych zakazem zamieszczania w treści umów o podwykonawstwo. Uzasadniając rozstrzygnięcie skład orzekający stwierdził niedopuszczalność ingerencji w stosunki umowne wykonawcy z podwykonawcą (podwykonawcy z dalszym podwykonawcą) w zakresie wykraczającym poza gwarancyjną rolę zamawiającego za zapłatę podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

Rysujący się kierunek orzecznicy polegający na korekcie niepełnych lub niejasnych wymagań zamawiającego opisanych we wzorze umowy może mieć istotne znaczenie dla sprawnego wykonywania umów w sprawie zamówienia publicznego oraz uzyskiwania przez zamawiających świadczeń o wysokiej jakości. Ingerencja Izby w postanowienia umowne ogranicza bowiem problemy, które - ujawnione na etapie realizacji umowy - mogą prowadzić do przedłużenia jej wykonania i sporów przed sądem powszechnym, co może mieć miejsce przy niedostatecznym dookreśleniu świadczenia wymaganego przez zamawiającego, przerzuceniu na wykonawcę ryzyka związanego z realizacją niejasnych wymogów SIWZ lub obarczaniu wykonawców odpowiedzialnością za działania lub zaniechania podmiotów trzecich lub samych zamawiających. W odniesieniu do relacji umownych między wykonawcą a podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami zarysowały się dwie optyki wynikające z różnego postrzegania roli zamawiających. Kwestia ta wymaga pogłębionej refleksji orzeczniczej.

Orzecznictwo Izby przyczynia się do wytyczania standardów warunków wykonywania zamówienia publicznego. Wykonawcy wnoszący odwołania powinni jednak mieć na uwadze, że niejednokrotnie przeszkodą w uwzględnieniu odwołania jest samo sformułowanie zarzutów odwołania, polegające często na przywołaniu jedynie przepisów prawa lub tylko ogólnym wskazaniu na naruszanie przez zaskarżone postanowienia zasady równości stron stosunku obligacyjnego. W orzecznictwie Izby utrwała się bowiem pogląd, że samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353¹ k.c. – konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczna z naturą stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się bowiem w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można znaczenie dla kwalifikacji prawnej sprawy. Samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych (tak w wyroku z 31 października 2016 r. sygn. akt KIO 1915/16 i KIO 1916/16 oraz z 14 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2037/16 i 2039/16).

7. Podstawy zaskarżania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniach o mniejszej wartości

Ustawa nowelizująca rozszerzyła katalog dopuszczalności wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości mniejszej niż tzw. „progi europejskie”. Zmieniono art. 180 ust. 2 Pzp, w którym w pkt 6 wskazano, że odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zrodziło to konieczność ustalenia znaczenia pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty”, ponieważ zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Kluczowa stała się odpowiedź na pytanie, czy w związku z możliwością kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty dopuszczalne jest również kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty lub wykluczenia z postępowania innego wykonawcy konkurującego o dane zamówienie publiczne.

Orzecznictwo Izby w roku 2016 udzieliło na to pytanie odpowiedzi przeczącej, uznając że wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Pogląd ten wyrażono w oparciu o następującą argumentację:

- art. 180 ust. 2 Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych odwołanie nie przysługuje. Wyjątkowym charakter przepisu został podkreślony przez użycie przez ustawodawcę słowa „wyłącznie”. Zgodnie z ustaloną i powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco;

- literalne brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp dotyczy tylko możliwości kwestionowania wyboru oferty *sensu stricte*, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza - w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp - spośród złożonych w postępowaniu i podlegających ocenie ofert w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny;

- uznanie, że pod pojęciem wybór najkorzystniejszej oferty kryje się również zaniechanie odrzucenia tej oferty lub zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który ją złożył oznaczałoby, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzą bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby katalogu czynności podlegających zaskarżeniu pozytywnie, ale wyłącznie negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania;

- postępowanie o udzielenie zamówienia podzielone jest na fazy. W pierwszej kolejności zamawiający dokonuje czynności spełniania przez wykonawcę przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze, o których traktuje art. 22 ust. 1 Pzp, w drugiej - w weryfikacji treści oferty w zakresie przesłanek z art. 89 ust.1 Pzp i kolejnej – oferty poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach. Art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp odnosi się do wyłącznie do tej ostatniej fazy;

- znowelizowany art. 92 ust. 1 Pzp opisuje obowiązek informacyjny, zgodnie z którym ustawodawca wypowiada się odrębnie o czynnościach: wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczenia wykonawcy z postępowania (pkt 2), odrzucenia oferty wykonawcy (pkt 3), uchylając nowelizacją obowiązek zamawiającego o jednoczesnym informowaniu wykonawców o tych czynnościach, co oznacza, że możliwym jest dokonywanie - niezależnych w czasie - czynności odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy przed wyborem oferty najkorzystniejszej;

- prezentowany pogląd uzasadnia wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną, zgodnie z którą enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony

prawnej tak szeroko i wskazuje przede wszystkim, że poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego. Intencja zatem autora nowelizacji, co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów.

Jednolite stanowisko zawarte w uzasadnieniach postanowień Krajowej Izby Odwoławczej było kwestionowane przez Prezesa UZP, który wnosił do właściwych sądów okręgowych skargi na wydane przez KIO postanowienia na podstawie art. 198b ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniach zarzutów skarg Prezes Urzędu powoływał przede wszystkim następujące argumenty:

- zaprezentowana przez Izbę interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby, sprowadzające się do całkowitego rozdzielania czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zupełnie abstrahuje zatem od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 Pzp. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp musi być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 Pzp, a także z art. 7 ust. 3 Pzp, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej;
- zarówno faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależą do etapu badania i oceny ofert, gdyż prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór;
- na gruncie prawa zamówień publicznych nie można wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia;
- pozbawienie wykonawców biorących udział w postępowaniu prawa do podważania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który winien być zostać wykluczony może spowodować realizację zamówienia przez ten podmiot, co przeczy celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- art. 92 ust. 1 Pzp w nowym brzmieniu ma przede wszystkim na celu wzmocnienie zasady transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybach wieloetapowych, związanych z prekwalfikacją i z jego treści nie można wywieść zakazu równoczesnego informowania o kluczowych decyzjach zamawiającego w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Przypisywanie nadmiernego znaczenia zmianie przepisu o charakterze informacyjnym i wywodzenie z tej zmiany ograniczenia dla

uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej o fundamentalnym znaczeniu w systemie zamówień publicznych, jest nieproporcjonalne i nie może zasługiwać na uznanie;
- stanowisko Ministerstwa Rozwoju, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją Pzp, odnosi się do zaniechań pozostających bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie zawęża zakresu zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 Pzp.

Rozbieżne rozumienie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” zarysowało się również w orzecznictwie Sądów Okręgowych wydanych w związku z zaskarżeniem postanowień odrzucających odwołania.

Wyroki uwzględniające skargi Prezesa Urzędu zostały wydane przez Sąd Okręgowy w Lublinie 21 grudnia 2016 r. sygn. akt. IX Ga 502/16 oraz przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w 22 grudnia 2016 r. sygn. akt II Ca 1461/16. SO w Szczecinie stwierdził, że art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp podlega wykładni językowej, funkcjonalnej i celowościowej. Wywiódł, że wykładnia dokonana przez Izbę nie uwzględnia zasadniczego celu ustawy, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawężająca wykładnia językowa pojęcia „najkorzystniejszej oferty” nie bierze pod uwagę poszczególnych czynności prowadzących do wyboru tej oferty i to w sytuacji, gdy art. 7 Pzp zawiera zasadę przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego. SO uznał, że przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp choć wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia innych ofert niż oferta najkorzystniejsza, czy też wykluczenia innych wykonawców niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, to jednak w zakres jej badania wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej obejmującego te zaniechania.

Natomiast zdaniem SO w Lublinie wykładnia przyjęta przez Izbę sprzeciwia się zasadom wykładni literalnej, gdyż dla jej osiągnięcia należałoby dopisać nową treść do art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 3 stycznia 2017 r. sygn. akt XII Ga 837/16 i Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z 1 lutego 2017 r. sygn. akt IV Ca 1051/16 opowiedziały się za wykładnią zaprezentowaną przez Izbę wskazując na pierwszeństwo wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne, co

potwierdza stanowisko Sądu Najwyższego sformułowane w uchwale z 10 grudnia 2009 r. sygn. akt III CZP 110/09 oraz w uchwale składu siedmiu sędziów z 1 marca 2007 r. sygn. akt III CZP 94/06. SO w Gdańsku uznał, że wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp prezentowana przez Prezesa Urzędu ma duże znaczenie praktyczne dla wykonawców, jednak jest zbyt szeroka i nie znajduje uzasadnienia w treści samych przepisów. Podkreślił również, że zarówno organy administracji publicznej, jak i sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Tymczasem zbyt szeroka wykładnia zaprezentowana w skardze, w istocie zmierza właśnie do stworzenia nowych podstaw odwołania, co jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym.

Orzecznictwo Izby w roku 2016 było jednolite w zakresie konsekwencji wnoszenia odwołania wobec zaniechań zamawiającego i czynności innych niż ocena oferty w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert. Odwołania takie były odrzucane. Po stronie Sądów Okręgowych zarysowała się natomiast rozbieżność rozumienia pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” i wykładni przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Pozostaje mieć nadzieję, że wniesienie 13 kwietnia 2017 r. skargi kasacyjnej przez Prezesa Urzędu od powołanego wyroku SO w Gdańsku powoli na uzyskanie jednolitej wykładni przepisu tak istotnego systemowo.

Stanowisko Sądu Najwyższego może mieć znaczenie nie tylko dla rozumienia pojęcia "wybór najkorzystniejszej oferty". W opisanych spornych kierunkach wykładni zaznaczyły się wyraźnie problemy o szerszym charakterze, mające znaczenie dla całego systemu rozpoznawania środków ochrony prawnej. Pierwszym z nich jest niewątpliwie dopuszczalność zastosowania wykładni celowościowej przy interpretacji przepisów o charakterze formalnym. W dotychczasowym orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych, eksponowane było podejście restrykcyjne, oparte na zasadzie zakazu rozszerzającej wykładni przepisów mających charakter wyjątku od reguły ogólnej. Zagadnieniem równie istotnym jest ustalenie, co należy uznać za wykładnię literalną art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, na którą powołują się sądy okręgowe zarówno podtrzymujące stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, jak i aprobujące pogląd Prezesa Urzędu.

8. Wpływ zmiany art. 186 Pzp na treść sentencji wyroku kończącego postępowanie odwoławcze.

Przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym do 28 lipca 2016 r. nie dawały możliwości umorzenia postępowania odwoławczego w części. Powodowało to, że w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, zarzuty te nie mogły być pominięte przy wyrokowaniu i w niektórych sytuacjach niosły skutek uwzględnienia odwołania, pomimo tego, że w odniesieniu do nich nie istniał już spór.

Ustawa nowelizująca wprowadziła art. 186 ust. 3a i 4a oraz zmieniła brzmienia art. 186 ust. 4 Pzp, które w swej treści stanowią o możliwości uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz o rozpoznaniu wyłącznie zarzutów, których odwołujący nie wycofał. Ustawodawca wprowadzając regulacje dające możliwość orzekania w zakresie realnie istniejącego sporu przewidział stosowne zmiany w art. 186 ust. 5 i 6 Pzp stanowiących o rozstrzygnięciu w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

Recepcja powołanych norm w orzecznictwie Izby wskazuje, że stanowią one podstawę nie tylko do umorzenia postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy spór między stronami wygasł z powodu uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części (przy braku sprzeciwu) oraz wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania, ale również do nieorzekania merytorycznego w stosunku do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego albo wycofanych przez odwołującego i rozpoznania na rozprawie wyłącznie pozostałych spornych zarzutów odwołania. W tej sytuacji dla rozstrzygnięcia - uwzględnienia albo oddalenia odwołania – ma znaczenie wyłącznie ocena zarzutów, co do których strony toczą spór przed Izba.

Przyjęcie takiego kierunku wykładni art. 186 ust. 3a i 4a oraz art. 186 ust. 4 Pzp zrodziło konieczność udzielenia odpowiedzi na kolejne pytania, w pierwszej kolejności o miejsce zamieszczenia rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego albo wycofanych przez odwołującego. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości albo wycofania odwołania Izba umarza bowiem postępowanie odwoławcze orzekając w formie postanowienia. Kwestią do rozstrzygnięcia stał się sposób orzekania o losie zarzutów nie podlegających rozpoznaniu w sytuacji, gdy pozostałe zarzuty odwołania zostały skierowane na rozprawę.

W orzecznictwie Izby zaznaczyła się praktyka, w myśl której postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego albo wycofanych przez odwołującego powinno podlegać umorzeniu a rozstrzygnięcie w tym zakresie powinno znaleźć się w sentencji orzeczenia. Przekonanie takie zostało wyrażone w wyroku z 26 października 2016 r. sygn. akt KIO 1922/16, z 16 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2138/16, z 28 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2357/16, wyrok z 17 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17. Podobny

pogląd wyrażony został również w wyroku z 15 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1175/16 KIO 1181/16, gdzie Izba – orzekając według przepisów w brzmieniu sprzed nowelizacji - posłużyła się zasadami analogii i dokonała wykładni obowiązujących norm z uwzględnieniem zmian przepisów ustawy nowelizującej, które znajdowały się w tym czasie w stanie *vacatio legis*.

W przywołanych orzeczeniach Izba stwierdziła, że uwzględnienie przez zamawiającego odwołania w części wypełnia dyspozycję art. 186 ust. 4a Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Uznała, zgodnie z literalną wykładnią wskazanego przepisu, że w zakresie, w którym nastąpiło uwzględnienie w części odwołania, odwołanie nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu. Również wykładnia celowościowa i systemowa powołanego przepisu wskazuje, że rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Skoro bowiem dopuszczalne jest umorzenie postępowania odwoławczego w całości w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, to również uwzględnienie odwołania co do części zarzutów powinno powodować adekwatne umorzenie postępowania odwoławczego w odniesieniu do tych zarzutów. Podkreślono również, że przepisy ustawy nie pozwalają na wyłączenie tych zarzutów z zakresu rozpoznania, orzeczenia odrębnym postanowieniem o umorzeniu postępowania odwoławczego w części i rozstrzygnięcia wyrokiem, co do pozostałych spornych zarzutów.

Odpowiadając na pytanie o miejsce stwierdzenia częściowego umorzenia postępowania odwoławczego Izba uznała, że rozstrzygnięcie w tym zakresie musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Uznano za niewłaściwe ograniczenie orzeczenia wyłącznie do tych zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie i braku odniesienia się w rozstrzygnięciu do pozostałych zarzutów, których los w postępowaniu odwoławczym zostałyby opisane wyłącznie w uzasadnieniu wyroku. Takie rozstrzygnięcie powodowałoby, że postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego nie zakończyłoby się żadnym rozstrzygnięciem. W powołanych rozstrzygnięciach wskazano, że art. 196 ust. 4 Pzp określa w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i nie zawiera żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Powołano również uwagę zawartą w uchwale Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15. SN uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Rozważono również zagadnienie, czy zamieszczeniu informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego w sentencji wyroku nie stoi na przeszkodzie brzmienie przepisów Pzp regulujących zakres wyrokowania. Udzielając odpowiedzi na to pytanie w przywołanych rozstrzygnięciach wskazano, że art. 192 ust. 1 Pzp nie sprzeciwia się temu, aby wyrok Izby jako orzeczenie merytoryczne zawierał również rozstrzygnięcia formalne – które biorąc pod uwagę ich charakter i treść są postanowieniami. Takim rozstrzygnięciem jest postanowienie o kosztach, które jest zamieszczane w wyroku Izby, co przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. sygn. akt III CZP 109/05. Wobec powyższego również w wyroku może zostać zamieszczone postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w części. Konkludując te rozważania stwierdzano, że pomieszczenie w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, spowodowało, że całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Konsekwencją wypracowanego stanowiska było zapatrywanie wyrażone w wyroku z 29 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2342/16, że również w sytuacji gdy część zarzutów odwołania podlega rozpoznaniu na rozprawie, a w odniesieniu do części z nich zaistniały przesłanki odrzucenia, orzeczenie powinno przybrać postać wyroku, w którym jednocześnie zostałyby zawarte wskazanie, w jakiej części odwołanie podlega odrzuceniu.

Opisane poglądy skłaniają do następujących konkluzji. Po pierwsze: orzecznictwo Izby uwzględnia postulaty wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15. W uchwale tej SN sprzeciwił się zawarciu rozstrzygnięcia o zarzutach nie uwzględnionych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku. Doprowadziło to do przekonania, że zamieszczenie jakiegokolwiek rozstrzygnięcia wyłącznie w uzasadnieniu orzeczenia jest nieprawidłowe. Po drugie: można postawić ostrożną tezę, że kierunek zmian legislacyjnych i praktyka orzecznicza Izby zmierzają do stanu rzeczy takiego, jaki istniał przed zniesieniem instytucji protestu, czyli rozstrzygnięcia merytorycznego wyłącznie o zarzutach, w odniesieniu do których istnieje spór.

Istniejący stan rozwiązań legislacyjnych wymaga jednak pogłębionej refleksji w przyszłości.

Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.

1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa

Wykonywaniu obowiązków orzeczniczych towarzyszyły działania podejmowane przez Izbę mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa prowadzone w dwóch zasadniczych obszarach. Pierwszy dotyczył poszerzania wiedzy przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych. Szczególne miejsce w tym obszarze zajęło merytoryczne przygotowanie się do orzekania na podstawie znowelizowanych przepisów Pzp. Przygotowanie to było realizowane w formie szkoleń grupowych, uczestnictwa w konferencjach, narad orzeczniczych, seminariów z udziałem Prezesa Urzędu oraz przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych. Członkowie Izby podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych.

2. Szkolenia zbiorowe

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków KIO obejmowała przede wszystkim zagadnienia związane ze zmianami Pzp. Przedmiotem zainteresowania członków Izby było wdrożenie do prawa krajowego nowych dyrektyw z 2014 roku, zmiany w zakresie środków ochrony prawnej oraz podmiotowej kwalifikacji wykonawców. Przedmiotem rozważań była również zmieniona procedura wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykładnia znowelizowanych przepisów ustawy z uwzględnieniem ich cywilnoprawnego charakteru. Nowością w szkoleniach grupowych uzasadnioną oczekiwanymi zmianami dotyczącymi elektronicznej zamówień publicznych była problematyka dokumentu elektronicznego w obrocie prawnym. Poświęcono dodatkową uwagę zagadnieniom etyki prawniczej. Kontynuowano również szkolenia w zakresie kompetencji i umiejętności warsztatowych przydatnych w pracy orzeczniczej.

3. Narady orzecznicze i seminaria

W celu wypracowania jednolitych stanowisk prezentowanych przez poszczególne składy orzekające członkowie Izby brali udział w naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji istotne w praktyce orzeczniczej kwestie formalne i merytoryczne. Refleksję nad zmienionymi przepisami Pzp rozpoczęto jeszcze przed wejściem w życie ustawy nowelizującej i kontynuowano zwłaszcza w odniesieniu do zakresu zaskarżenia czynności zamawiającego w postępowaniach o mniejszej wartości. Narady

orzecznicze w roku 2016 dotyczyły również bieżących problemów interpretacyjnych w miarę ich ujawniania się w orzecznictwie. Dyskutowano m.in. kwestie formalne związane z rozpoznawaniem odwołań wobec czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia powtórzonych przez zamawiającego oraz wykładnię przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp na gruncie nowych rozwiązań legislacyjnych.

Celem narad jest podniesienie jakości i w miarę możliwości ujednoczenie orzecznictwa. O skuteczności tego instrumentu świadczy uzyskanie jednolitego stanowiska w zakresie omawianej w części II *Informacji* wykładni pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty”. Rezultaty narad wskazują na ich użyteczność przy wykonywaniu zadań Izby jako organu pierwszej instancji posiadającego właściwość wyłączną w zakresie rozstrzygania odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Walor nowości miały dwa spotkania o charakterze seminaryjnym. Seminaria mające charakter cykliczny stanowią forum wymiany poglądów między członkami Izby oraz przedstawicielami UZP i przyczyniają się do kształtowania jednolitej wykładni przepisów Pzp.

4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna

Wymianie doświadczeń i poznaniu zamówień publicznych w szerokim spektrum problemów istotnych dla różnych środowisk czynnych w systemie zamówień publicznych służyło uczestnictwo w konferencjach. W roku 2015 r. członkowie KIO brali m.in. udział w :

1. Ogólnopolskiej konferencji zorganizowanej 14 marca 2016 r. przez wydawnictwo CH Beck pod patronatem merytorycznym Katedry Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie pod tytułem „Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Trudności i wątpliwości praktyki”,
2. Konferencji pod tytułem „Nowe prawo zamówień publicznych” zorganizowanej przez miesięcznik „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce” 5 kwietnia 2016 r. w Warszawie,
3. IX Ogólnopolskiej konferencji naukowej z zakresu zamówień publicznych zorganizowana przez Katedrę Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach pod tytułem „Aktualne problemy Zamówień i Partnerstwa Publiczno-Prywatnego w Polsce” w dniach 13-14 czerwca 2016 r.,
4. Międzynarodowej konferencji zorganizowanej 18 czerwca 2016 r. przez wydawnictwo CH Beck i Katedrę Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu

Ekonomicznego w Krakowie pod tytułem „Sposoby implementacji Dyrektyw Europejskich z 2014 w wybranych Krajach Unii Europejskiej”,

5. Konferencji „Nowelizacja Pzp” na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego 8 lipca 2016 r.,
6. III Międzynarodowej Konferencji Naukowej, której organizatorem był Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Tematem konferencji, która odbyła się 29-30 września 2016 r. w Łodzi była „Reforma Pzp. Strategiczne zamówienia publiczne”,
7. XI Forum Przetargów Publicznych w dniach 10-12 października 2015 r. w Jachrance, której organizatorem był miesięcznik „Przetargi Publiczne”, a tematem było „Nowelizacja prawa zamówień publicznych – najważniejsze zmiany i ich konsekwencje dla poprawności i przejrzystości prowadzonych procedur przetargowych”
8. Konferencji „Zmiany w systemie Pzp - w kierunku odpowiedzialnego rozwoju”, zorganizowana w ramach współpracy Urzędu Zamówień Publicznych, Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie w dniach 19-20 grudnia 2016

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

W okresie sprawozdawczym zostały opublikowane przez UZP we współpracy z członkami KIO kolejne trzy zeszyty orzecznicze, których celem jest informowanie uczestników systemu zamówień publicznych o istotnych zagadnieniach rozstrzyganych w orzecznictwie.

Zeszyty te stanowią wynik analizy działalności orzeczniczej Izby w trzech obszarach: rozpoznawania odwołań, wydawania postanowień Izby w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wydawania w formie uchwał opinii wobec zastrzeżeń wnoszonych przez zamawiających od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zeszyt nr 22 zawiera 254 tez orzeczeń Izby i sądów okręgowych wybranych spośród blisko 1 150 orzeczeń zapadłych w związku z odwołaniami rozpoznanymi przez Izbę w od kwietnia do sierpnia 2015 r. oraz ponad 300 orzeczeń sądowych.

W Zeszycie nr 23 zespół redakcyjny spośród blisko 900 orzeczeń Izby wydanych w okresie od września do końca roku 2015 wybrał 140 tez.

W Zeszycie nr 24 zamieszczono natomiast 153 też wybranych spośród blisko 700 orzeczeń Izby wydanych w okresie od stycznia do kwietnia 2016 r. oraz 110 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego kierowanych przez zamawiających do Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2013-2014.

5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa

18 listopada 2016 r. w Krajowej Izbie Odwoławczej w ramach wizyty studyjnej gościli przedstawiciele Niezależnej Komisji ds. Rozpatrywania Odwołań oraz Departamentu Zamówień Publicznych Ministerstwa Finansów Republiki Kirgistanu. W czasie wizyty goście zapoznali się ze strukturą, kompetencjami i zasadami funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Goście mieli również okazję uczestniczenia w rozprawie w charakterze publiczności.

6. Proces legislacyjny

W roku 2016 r. Krajowa Izba Odwoławczej wzięła udział w procesie legislacyjnym związanym z implementacją dyrektyw w sprawie zamówień publicznych do ustawodawstwa krajowego. Przedstawiciele Izby wzięli udział w konferencji uzgodnieniowej na etapie konsultacji międzyresortowych oraz w posiedzeniu komisji senackiej.

Izba zgłosiła Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych propozycje do projektów rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Krytycznie odniesiono się do projektu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej. Rok 2016 był bowiem kolejnym okresem, w którym zasady wynagradzania członków Izby oraz wysokość tego wynagrodzenia ustalone przy powstaniu Izby nie uległy zmianie, a stanu tego nie zmieniła propozycja zawarta w rozporządzeniu. Postulaty związane ze znaczeniem właściwego uposażenia członków Izby zawarte w Informacjach o działalności Izby w roku 2012 i 2015 pozostały aktualne.

Podsumowanie

Rok 2016 r. upłynął pod znakiem wyczekiwania na zmianę przepisów Pzp a następnie na rozpoznawaniu odwołań dotyczących po części postępowań toczących się według przepisów znowelizowanych, a po części według przepisów obowiązujących dotychczas. Temu wyzwaniu Izba sprostała zachowując sprawność rozpoznawania odwołań pomimo uszczuplonego potencjału kadrowego. Wobec faktu, że znowelizowane przepisy dotyczyły postępowań wszczętych po ich wejściu w życie, okres sprawozdawczy można określić jako początek kształtowania się wykładni nowych rozwiązań ustawowych. Wiele nowych instytucji istotnych z punktu widzenia celów stawianych przez ustawodawcę nie doczekało się reprezentatywnego omówienia w orzecznictwie zapadłym w roku 2016. W dacie przyjmowania *Informacji* są one już w pełni widoczne i znajdują swój wyraz w omówieniu roku 2017.

Izba – kierując się znaczeniem jej orzecznictwa dla systemu zamówień publicznych oraz świadomością, że zapadające rozstrzygnięcia kształtują wykładnię przepisów Pzp – stale podejmuje działania zmierzające do uzyskania przez uczestników rynku zamówień publicznych pewności prawa oraz ograniczenia charakterystycznej dla organów rozpoznających sprawy o charakterze spornym groźby zaistnienia rozbieżnej wykładni norm Pzp.

Rosnący poziom zawłości stanów faktycznych oraz stopień skomplikowania rozstrzyganych zagadnień prawnych jest widoczny w coraz częstszym dopuszczaniu dowodów z opinii biegłych. Wzrost znaczenia postępowania dowodowego uzasadnia twierdzenie o stabilizacji wielu instytucji Pzp, których wykładnia została ukształtowana w poprzednich latach i jest aktualna również na gruncie przepisów znowelizowanych.

Pozwala to na konkluzję, że Krajowa Izba Odwoławcza przez 9 lat swego istnienia sprawdziła się jako sprawnie działający organ pierwszej instancji. Zapowiadane zmiany doskonalące system środków ochrony prawnej powinny więc uwzględnić potrzebę ugruntowania jej roli w systemie zamówień publicznych.