

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2018 roku**

Warszawa 2019 r.

Spis treści

Wykaz skrótów i skrótowców	4
Wprowadzenie.....	6
CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r. .	8
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby.....	8
2. Skład osobowy Izby	9
3. Organy Izby	9
4. Rzecznik dyscyplinarny.....	10
5. Rzecznik prasowy	10
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 roku w ujęciu statystycznym.....	11
1. Wpływ odwołań.....	11
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania	12
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych	12
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby	12
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań	13
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania.....	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań	14
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie	14
9. Zdania odrębne.....	14
10. Powołanie biegłego	15
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań	15
13. Ogłaszanie orzeczeń	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	16
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy	17
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	18

CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....	20
1. Pierwsze problemy i zagadnienia związane z elektroniczną zamówień publicznych.....	19
2. Procedura odwrócona (art. 24aa ust. 1 Pzp), przegląd problematyki orzeczniczej	24
3. Wadium – zabezpieczenie oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w kontekście uchwały SN	27
4. Interes w żądaniu unieważnienia postępowania, jako interes w uzyskaniu zamówienia	32
5. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 22d ust. 2 Pzp	36
6. Wykluczenie wykonawcy z powodu brania udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.....	41
7. Instytucja umowy ramowej – problemy orzecznicze na tle przyjętych regulacji Pzp	45
Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r.	50
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa	50
2. Szkolenia zbiorowe	51
3. Narady orzecznicze i seminaria	51
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna	51
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa	52
Podsumowanie	54

Wykaz skrótów i skrótowców

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65)
Dyrektywa sektorowa	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 243)
Dyrektywa odwoławcza	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, str. 31)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ	Dokument, którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168 ze zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 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 2018 r., poz. 1986 ze zm.)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 419)

Wprowadzenie

Prezentowana *Informacja* podsumowuje rok 2018 który zasługuje na szczególną uwagę, albowiem z dniem 18 października 2018 roku, rozpoczął się proces elektronicznej zamówień publicznych w Polsce. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wprowadzenia elektronicznych środków porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz użycie portali, na których prowadzone są postępowania od dnia 18 października 2018 roku, w okresie sprawozdawczym nie było jeszcze na tyle bogate, aby móc zweryfikować kierunki interpretacji znowelizowanych przepisów, niemniej już w tym krótkim okresie dało się zauważyć, jakie problemy poruszane w działalności orzeczniczej Izby mogą pojawić się w przyszłości.

W niniejszym opracowaniu skupiono się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłym w minionym roku, a dotyczącym wybranych zagadnień, które w swojej doniosłości wymagały usystematyzowania prezentowanych poglądów oraz wskazywały na kierunki wykładni przepisów. Należy wyrazić nadzieję, że omawiane zagadnienia pozwolą czytelnikom na uporządkowanie bieżącej praktyki stosowania przepisów prawa oraz umożliwią uczestnikom rynku zamówień publicznych przyswojenie i zrozumienie wykładni omawianych przepisów.

Informacja została podzielona na IV części.

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

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym i procentowym wraz z porównaniem z danymi dotyczącymi roku 2017. Przedstawione dane pozwalają na analizę funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej oraz zaangażowania członków Izby w wykonywanie ustawowych zadań.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które w sposób szczególny zaznaczyły się w orzecznictwie Izby i Sądów Okręgowych w 2018 r. Oczywistym jest, że nie ma możliwości, aby w *Informacji* została przedstawiona cała tematyka, z jaką w ramach wykonywania czynności orzeczniczych stykają się członkowie Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego też zdecydowano się na zaprezentowanie kilku wybranych zagadnień, które w sposób najbardziej reprezentatywny odzwierciedlają problemy w orzecznictwie Izby, występujące w 2018 roku. Z oczywistych względów w *Informacji* nie poruszano tematów, które były omawiane w poprzednich sprawozdaniach (z wyjątkiem „procedury odwróconej”) uznając, iż w tym zakresie nie dokonała się zmiana kierunków orzeczniczych, zasługująca na stosowny komentarz.

W bieżącej Informacji skupiono się na tematach, które w możliwie najbardziej uniwersalny sposób odzwierciedlają istotę pracy orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Prezentowane są zagadnienia dotyczące elektronicznej zamówień publicznych, kwestie związane z procedurą odwróconą, czy też analizę wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w kontekście uchwały Sądu Najwyższego.

Poruszona również została tematyka związaną z żądaniem unieważnienia postępowania w kontekście posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. Omówiony został również temat podstawy do wykluczenia wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Poruszono także temat związany z umowami ramowymi.

Sprawozdanie z pozaorzeczniczej działalności Izby zawarte zostało w Części IV Informacji.

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

Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 3/2019 z dnia 6 listopada 2019 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 6 Pzp, Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092).

Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby, na podstawie art. 198a i 198b Pzp, sprawują sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

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 wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

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

W 2018 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej, zmieniony zarządzeniami Prezesa Izby Nr 1/2015 z dnia 8 stycznia 2015 r., Nr 1/2018 z dnia 23 maja 2018 r. i Nr 2/2018 z dnia 12 września 2018 r., regulujący organizację

pracy Izby i – wobec braku regulacji ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby.

Ponadto, zarządzeniem Nr 261 Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 sierpnia 2018 r., został wprowadzony Regulamin Pracy Krajowej Izby Odwoławczej, regulujący organizację i porządek w procesie pracy KIO oraz związane z tym prawa i obowiązki członków Izby i Prezesa UZP.

W związku z wejściem w życie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO) – wprowadzono w Krajowej Izby Odwoławczej „Procedury bezpieczeństwa danych osobowych zawartych w dokumentach składanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej”.

2. Skład osobowy Izby

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby, powoływani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Regulacje prawne dotyczące członków Izby zostały zawarte w art. 173-176 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. Na koniec roku sprawozdawczego w skład Izby wchodziło 48 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 pełniła Małgorzata Rakowska, funkcję Wiceprezesa Izby, do dnia 17 czerwca 2018 r., pełniła Magdalena Grabarczyk, a od dnia 18 czerwca 2018 r., funkcję Wiceprezesa Izby pełnił Emil Kuriata.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby. W 2018 r. odbyło się jedno Zgromadzenie ogólne, którego przedmiotem było przyjęcie informacji rocznej za rok 2017.

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.

W roku 2018 funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełniła 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 jednego z członków KIO zostało wszczęte postępowanie dyscyplinarne.

5. Rzecznik prasowy

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywanie informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. W 2018 roku funkcję rzecznika prasowego pełniła Magdalena Grabarczyk.

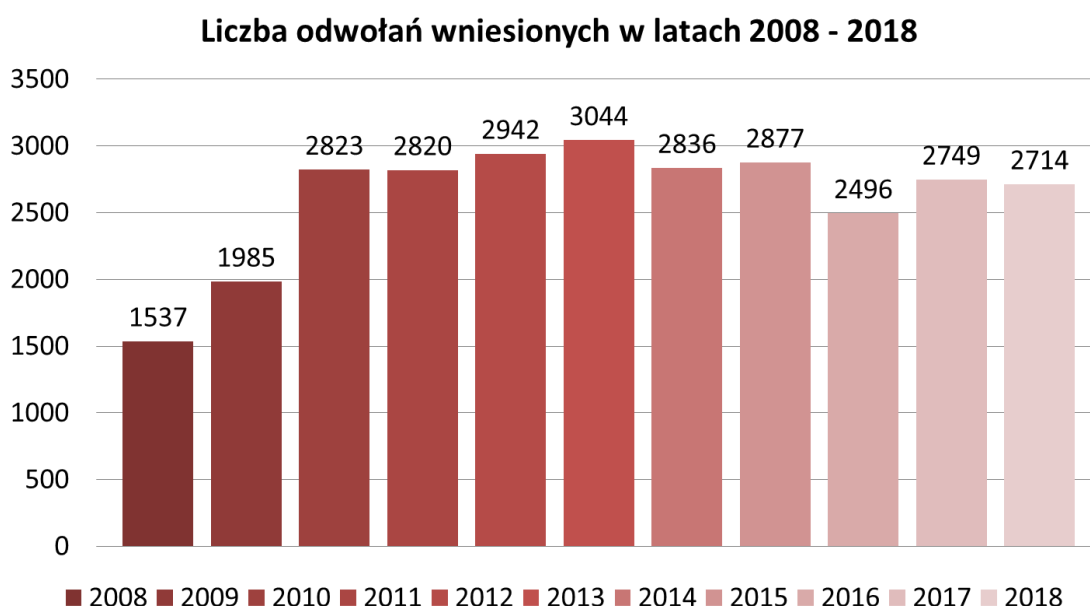
CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r. w ujęciu statystycznym

1. Wpływ odwołań

W 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło 2714 odwołań, w tym 33 odwołania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 2668 (w tym 109 odwołań wniesionych w 2017 r.).

Spośród odwołań wniesionych w 2018 r. do rozpoznania w 2019 r. pozostało 155 odwołań.

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



W 2018 r. dominującym sposobem wnoszenia odwołań była „tradycyjna papierowa” postać formy pisemnej, w której wniesiono 1955 odwołań (72%). Natomiast 759 odwołań (28%) zostało wniesionych w postaci elektronicznej. Tym samym odnotowano wzrost odwołań wnoszonych w postaci elektronicznej w stosunku do roku 2017: w formie papierowej 2151 odwołań (78%), a w formie elektronicznej 598 odwołań (22%). W poprzednich latach udział odwołań wnoszonych w formie elektronicznej wynosił w: 2010 r. – 4,5%, 2011 r. – 11%, 2012 r. – prawie 15%, 2013 r. – 16%, 2014 r. – niemal 18%, 2015 r. – 9%, 2016 r. – 19%.

W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2018 r. – 751 odwołań, następnie w II kwartale wniesiono 674 odwołania, w III kwartale 672 odwołań,

a w I kwartale wniesiono 617 odwołań. W 2017 r. najczęściej odwołań wniesiono w III kwartale (708 odwołań).

W ujęciu miesięcznym wpływ odwołań prezentuje poniższy wykres.



2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2074, czyli 76% ogółu wniesionych w 2018 r. odwołań (w 2017 r. ich udział wynosił 78%). Pozostałe 640, czyli 24% odwołań wniesionych w 2018 r., dotyczyło postępowań o wartościach tzw. podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 2714 odwołań wniesionych w 2018 r. 42% dotyczyło usług, 38% – dostaw, a 20% – robót budowlanych (w 2017 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 39% usługi, 38% dostawy i 23% roboty budowlane).

3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2018 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 2453 przystąpienia, w tym 1871 po stronie zamawiającego (76%) oraz 582 po stronie odwołującego (24%).

4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby

W 2018 r. braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp, zawierały 654 odwołania, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2017 r. miało to miejsce w stosunku do 657 odwołań).

Spośród 2668 odwołań, które wpłynęły do Prezesa Izby w 2018 r. zwróconych zostało 206 odwołań, czyli 8% (w 2017 r. zwrócono 220 odwołań, co stanowiło 8% wszystkich

odwołań). Prezes Izby zwrócił odwołania z następujących powodów: nieuiszczenia wpisu – 71 odwołań, niezuzpełnienia braków formalnych – 55 odwołań, niezuzpełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 74 odwołania. Natomiast składy orzekające zwróciły 6 odwołań z powodu niezuzpełnienia braków formalnych.

Spośród braków formalnych skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały:

1. brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 45 odwołań;
2. brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 7 odwołań;
3. niedochowanie formy wniesienia odwołania zgodnie z art. 180 ust. 4 Pzp – 4 odwołania;
4. brak pełnomocnictwa – 1 odwołanie;
5. brak odpisu z KRS – 1 odwołanie.

5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

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

W 2018 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym (nie licząc zwrotów odwołań) 1879 odwołań (76%), a w składzie trzyosobowym – 583 odwołania (24%). W 2017 r., w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 80% i 20%.

6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

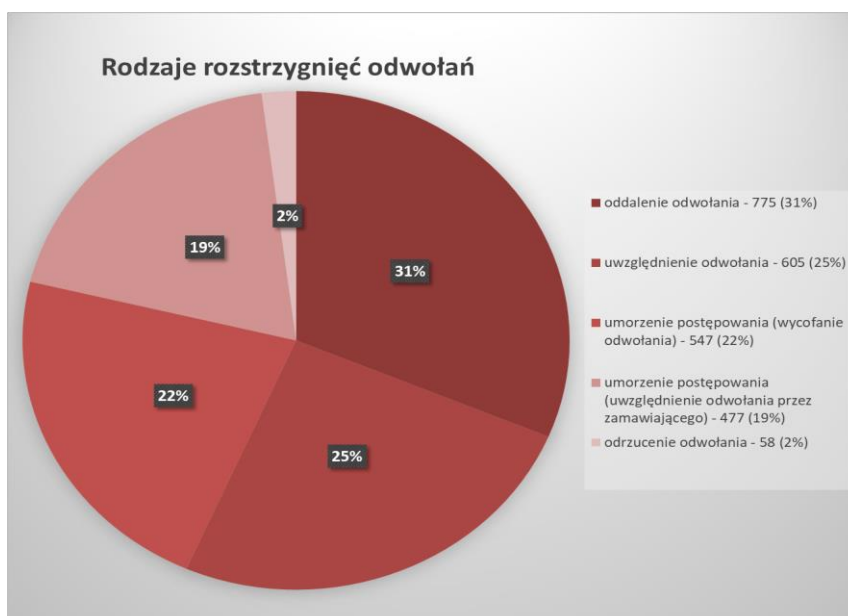
Stosownie do art. 189 ust. 1 Pzp, Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 473, tj. 18% ogólnej liczby 2668 rozpoznanych odwołań. Natomiast w 2017 r. do łącznego rozpoznania zostało skierowanych 19% odwołań, a w 2016 r., było to 23%.

7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2018 r. podlegały 2462 odwołania, w wyniku czego:

1. 775 odwołań zostało oddalonych (ok. 31%);
2. 605 odwołań zostało uwzględnionych (ok. 25%);
3. 547 postępowań zostały umorzone wskutek wycofania odwołania (ok. 22%);
4. 477 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (ok. 19%);
5. 58 odwołań zostało odrzuconych (ok. 2%).



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

W 2018 r. Izba nie orzekła o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego ani o skróceniu okresu obowiązywania lub o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 6 zdań odrębnych. Dla porównania w 2017 r. zgłoszono 6 zdań odrębnych, a w 2016 r., 9 zdań odrębnych.

W 2018 r. zdania odrębne dotyczyły: zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie autorskich praw majątkowych, sposobu liczenia terminu do wniesienia odwołania, przesłanki

wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz uzasadnionych kosztów strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

10. Powołanie biegłego

W okresie sprawozdawczym przeprowadzono dowód z opinii biegłego w 7 postępowaniach, a w 2017 r. w 4 postępowaniach. Średni czas trwania postępowania, w którym dopuszczono dowód z opinii biegłego, to 141 dni (tj. o 125 dni dłużej w stosunku do średniego czasu trwania wszystkich spraw rozpoznanych w 2018 r.).”

Potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych wynikała w związku z zagadnieniami z dziedziny informatyki, telekomunikacji, mechaniki, finansów, a także z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów.

11. Prawomocność orzeczeń

W 2018 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 17 orzeczeń. We wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony (dla porównania w 2017 r. było to 25 orzeczeń).

12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2018 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 16 dni, a w 2017 r. – 15 dni. Na taki stan rzeczy wpływ miały m.in. niżej wskazane okoliczności.

Po pierwsze – konieczność wykonywania przez Izbę dodatkowych czynności przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę (np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania, czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie). Nie bez znaczenia jest również kwestia wyznaczenia terminu posiedzenia z odpowiednim wyprzedzeniem (zgodnie z § 15 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu zawiadomienie o terminie i miejscu rozprawy doręcza się stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego za potwierdzeniem odbioru co najmniej na 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy), zwłaszcza w kontekście prawidłowego zawiadomienia wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia jest niemożliwy do przewidzenia z góry, zwłaszcza zważywszy na fakt, że jego początek liczony jest od otrzymania przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie kopii odwołania (zob. art. 185 ust. 2 Pzp), na przekazanie której zamawiający ma 2 dni (argument z art. 185 ust. 1 Pzp). Co więcej, nie bez znaczenia w omawianym zakresie jest również przepis art. 185 ust. 8 Pzp, zgodnie z którym jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Po drugie – sprawy, których rozpoznanie uległo odroczeniu z uwagi na ich skomplikowaną materię, w tym konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (dowód taki był przeprowadzany w 7 postępowaniach, z których 4 zakończyły się w 2018 r.). Spośród wszystkich spraw rozstrzygniętych w okresie sprawozdawczym 186 zostało rozpoznanych na więcej niż jednym posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego (w 2017 r., takich spraw było 100). Średni czas trwania postępowań odwoławczych w tych sprawach wyniósł 43 dni, natomiast w sprawach rozpoznanych na jednym terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – 14 dni. Średni czas trwania postępowania, w którym dopuszczono dowód z opinii biegłego, to 141 dni (tj. o 125 dni dłużej w stosunku do średniego czasu trwania wszystkich spraw rozpoznanych w 2018 r.).

W sprawach odroczonych, dwa postępowania odwoławcze zostały zainicjowane odwołaniami wniesionymi do Prezesa Izby jeszcze w 2017 r. (w okresie marzec – kwiecień), a rozstrzygnięte orzeczeniami wydanymi w kwietniu 2018 r., co oznacza, że w sprawach tych postępowanie odwoławcze trwało przez okres około roku (między 359 a 381 dni). Natomiast jeśli chodzi o odwołania wniesione w 2018 r. należy wskazać, że 3 najdłużej trwające postępowania odwoławcze trwały od 75 do 165 dni.

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



Po trzecie – kierowanie spraw do łącznego rozpoznania. Jak wspomniano, 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 (w okresie sprawozdawczym liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania wyniosła 473, czyli 18% ogólnej liczby rozpoznanych

spraw). W sytuacji gdy do odwołania, którego termin rozpoznania został już wyznaczony, dołączone zostanie kolejne odwołanie, niejednokrotnie powstaje konieczność zniesienia uprzednio wyznaczonego terminu z jednoczesnym wskazaniem kolejnego, a to z uwagi na konieczność zawiadomienia o terminie posiedzenia stron lub uczestników postępowania odwoławczego z odpowiednim wyprzedzeniem lub oczekiwania na ewentualne przystąpienia.

Po czwarte – utrzymanie na dotychczasowym poziomie zasobów kadrowych i infrastruktury niezbędnych do prowadzenia postępowań odwoławczych, przy jednoczesnym powiększeniu składu osobowego Izby. Przypomnienia wymaga, że we wrześniu 2017 r, skład Izby powiększył się o 18 osób i na zakończenie okresu sprawozdawczego wynosił 48 członków. Jednocześnie nie doszło do odpowiedniego (adekwatnego do wzrostu liczebności Izby) zwiększenia zasobów kadrowych zapewniających obsługę postępowań odwoławczych, tj. protokolantów, których średnia liczba w okresie sprawozdawczym nie pozwalała nawet na pełne wykorzystanie pozostającej aktualnie do dyspozycji Izby infrastruktury i poszerzenia zaplecza technicznego (kolejne sale rozpraw).

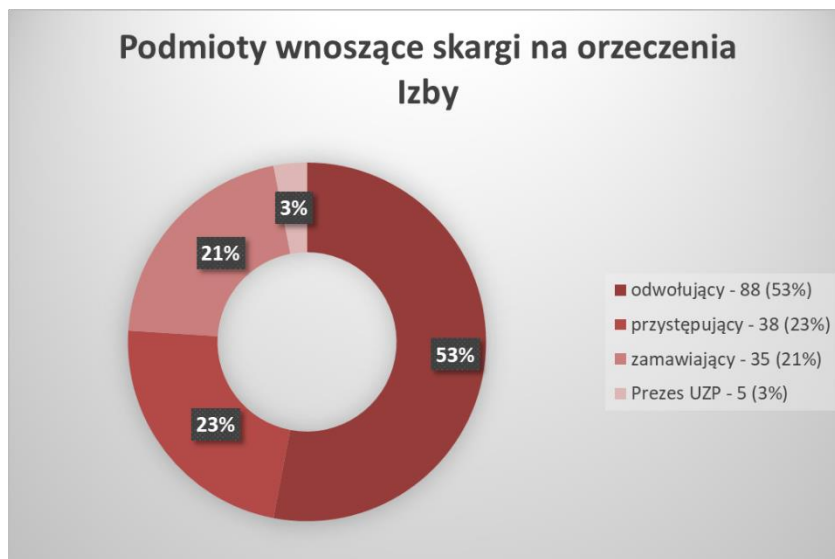
13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawitej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała w 2018 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 1119 przypadkach (co stanowi 81% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2017 r. było to 1023 (74%).

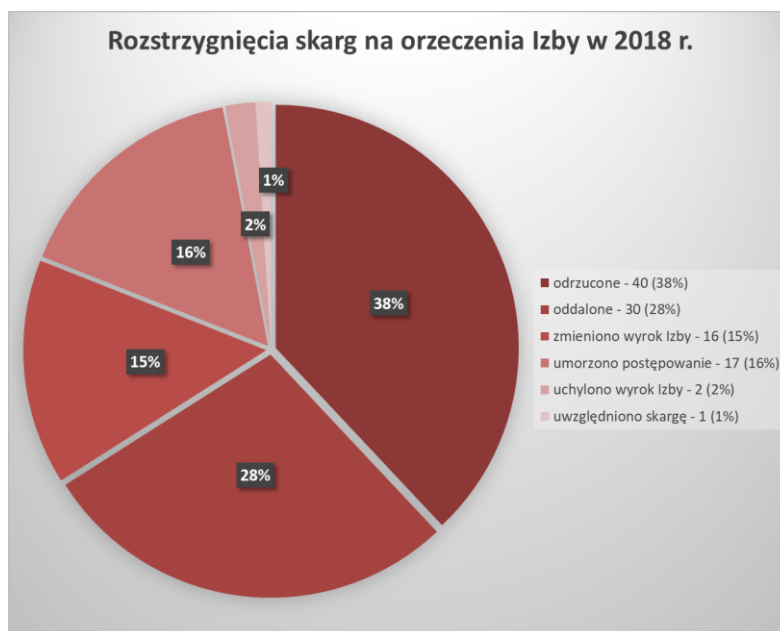
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W 2018 r. wniesiono 166 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 6,2% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające.

W poprzednich latach było to odpowiednio: 2017 – 159 (5,7%), 2016 – 130 (5,2%), 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), 2013 r. – 144 (5,2%), 2012 r. – 152 (5,9%), a w 2011 r. – 148 (6%).



Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 22 marca 2019 r.), że w 2018 r. rozpoznano 106 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 40 skarg zostało odrzuconych (38%), 30 skarg zostało oddalonych (28%), w 16 sprawach zmieniono wyrok (15%), w 17 sprawach umorzono postępowanie skargowe (16%), w 2 sprawach uchylono wyrok (2%), w 1 sprawie uwzględniono skargę (1%). W toku jest 60 spraw.



15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Krajowa Izba Odwoławcza w 2018 r. wydała 29 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 14 postanowień odmawiających uchylenia

zakazu zawarcia umowy (48%), 13 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (45%) oraz 2 postanowienia umarzające postępowanie w sprawie wniosku (7%).

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

Z kolei w 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 37 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 20 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (54%), 12 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (32%) oraz 5 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (14%).

16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

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

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

Dla porównania w 2017 r. Izba wydała w formie uchwał 70 opinii, w tym: 48 opinii (70%) nieuwzględniających zastrzeżeń, 16 opinii (23%) uwzględniających zastrzeżenia w całości oraz 5 opinii (7%) częściowo uwzględniających zastrzeżenia.



CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby

1. Pierwsze problemy i zagadnienia związane z elektroniczną zamówień publicznych

Przepisy unijne w coraz szerszym zakresie uwzględniają nowoczesne rozwiązania informatyczne w procesie udzielania zamówień publicznych, co ma istotny wpływ na krajowy porządek prawny. Proces elektronicznej zamówień ma swą podstawę prawną w Dyrektywie klasycznej, która wprowadziła w tym zakresie nowe regulacje. Warto nadmienić, że zgodnie z motywem 52 preambuły Dyrektywy klasycznej środki elektroniczne powinny stać się standardowymi środkami komunikacji i wymiany informacji w postępowaniach o udzielanie zamówień, ponieważ znacząco zwiększają możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień na całym rynku wewnętrznym.

W wyniku realizacji obowiązku implementacji Dyrektywy klasycznej, polski ustawodawca, w dniu 22 czerwca 2016 r., uchwalił ustawę nowelizującą, która przenosi na grunt krajowego porządku prawnego unijne rozwiązania w zakresie elektronicznej zamówień publicznych, co spowodowało, że w roku 2018 rozpoczął się pierwszy etap elektronicznej procesu udzielania zamówień publicznych, w ramach którego formy tradycyjne będą sukcesywnie zastępowane elektronicznymi formami prowadzenia postępowania. Przy czym, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 2 wskazanej ustawy, pełna elektroniczna obejmuje aktualnie jedynie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zaś postępowania o mniejszej wartości zostaną objęte elektroniczną od 1 stycznia 2021 r.

W okresie sprawozdawczym pojawiły się pierwsze spory, obejmujące swoim zakresem zagadnienia dotyczące elektronicznej zamówień publicznych, co skutkowało pojawieniem się pierwszych interpretacji stanów faktycznych, związanych z elektroniczną komunikacją pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Należy jednak zaznaczyć, że obowiązek użycia środków komunikacji elektronicznej powstał dopiero od dnia 18 października 2018 r. (w przypadku centralnych zamawiających od 18 kwietnia 2017 r.), zaś od 18 kwietnia 2018 r. zmienił się jedynie sposób przekazywania zamawiającemu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, co od tej daty odbywa się drogą elektroniczną (art. 15 ust. 2 ustawy nowelizującej). Zatem jest to relatywnie krótki okres, w którym rynek zamówień publicznych dopiero rozpoczął funkcjonowanie w nowej rzeczywistości prawnej, dotyczącej elektronicznej zamówień publicznych.

Obowiązek przesyłania JEDZ w sposób elektroniczny spowodował, że pojawiły się spory dotyczące kwalifikacji prawnej okoliczności podania przez wykonawcę błędnego hasła dostępu do dokumentu JEDZ i przez to braku możliwości zweryfikowania tego dokumentu

przez zamawiającego. Problem ten był przedmiotem wyroku Izby z dnia 18 października 2018 r., sygn. akt KIO 2018/18. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy okoliczność podania w ofercie odwołującego nieprawidłowego hasła dostępu do dokumentu JEDZ, nie była między stronami sporna. Istotą sporu były konsekwencje podania błędnego hasła. Zamawiający w związku z nieuzyskaniem dostępu do tego dokumentu uznał go za niezłożony i zastosował procedurę określoną w art. 26 ust. 3 Pzp, a kolejne czynności w postaci wykluczenia odwołującego i zatrzymania wadium, były konsekwencją tego wezwania. Odwołujący natomiast zakwestionował zasadność zastosowania ww. procedury i zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że stanowisko odwołującego zasługiwało na aprobatę, a działania zamawiającego nie miały oparcia w stanie faktycznym i przepisach prawa. W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 26 ust. 3 Pzp, który nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentu, który nie został przedłożony, jest niekompletny lub zawiera błędy. W rozpoznawanej sprawie plik zawierający dokument JEDZ został zamawiającemu dostarczony w formie elektronicznej, zaś z uwagi na brak możliwości jego otwarcia zamawiający nie mógł go jednak zweryfikować, nie mógł zatem ustalić, że jest on niekompletny, bądź że zawiera błędy.

Izba podzieliła w tej sprawie stanowisko odwołującego, że wobec braku możliwości otwarcia pliku zawierającego JEDZ za pomocą hasła podanego w ofercie, zamawiający nie tylko mógł, ale miał również obowiązek wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Skład orzekający wyjaśnił też, że zastosowanie tego przepisu nie byłoby prowadzeniem negocjacji co do treści oferty ani nie prowadziłoby do dokonania w niej niedopuszczalnych zmian. Informacja o hasle dostępu do dokumentu JEDZ została podana w ofercie, jednak nie umożliwiła zamawiającemu dostępu do tego dokumentu. Oznaczało to więc, że pojawiła się wątpliwość co do prawidłowości tej informacji. Nie sposób twierdzić, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, dotyczących tego hasła, prowadziłyby do jakichkolwiek istotnych, merytorycznych zmian treści oferty, hasło to miało bowiem znaczenie informacyjno-techniczne i nie wpływało w żaden sposób na zakres i treść zobowiązania wykonawcy. Podobnie, wyjaśnienie kwestii prawidłowości hasła nie wpływałoby na treść i poprawność samego dokumentu JEDZ, a jedynie mogłoby spowodować, że zamawiający uzyskałby możliwość zapoznania się z nim, hasło zatem jest tylko narzędziem umożliwiającym dostęp do dokumentu.

Ponadto Izba zauważyła, że zamawiający, zamiast zmierzać do wyjaśnienia prawidłowości hasła, podjął czynności skutkujące dla wykonawcy daleko idącymi i niewspółmiernymi do popełnionego błędu konsekwencjami. Procedura unormowana w art.

26 ust. 3 Pzp dokonywana jest bowiem pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania i ewentualnego zatrzymania jego wadium. Nie może więc być ona stosowana zamiast wezwania do złożenia wyjaśnień, jeśli racjonalnie oceniając sytuację można przewidywać, że wyjaśnienia takie usunęłyby zaistniałe wątpliwości, pozwalając zamawiającemu ustalić prawidłowość samego dokumentu JEDZ.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że bezpodstawne skierowanie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp spowodowało w dalszej kolejności powstanie sporu co do skutecznego dostarczenia wezwania odwołującemu, a w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania oraz zatrzymanie wadium i uznała te dwie ostatnie czynności za bezpodstawne.

Stanowisko dotyczące dopuszczalności uzyskania informacji w zakresie klucza deszyfrującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zostało podtrzymane w kolejnym wyroku Izby z dnia 15 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2668/18.

Na problem techniczny z podpisaniem oferty wskazywał odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2658/18, rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 17 stycznia 2019 r. Zamawiającemu zarzucono nieprawidłowe przygotowanie postępowania, w sposób uniemożliwiający złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego na dokumencie formularza ofertowego. Przedsiębiorca twierdził, że brak symbolu kłódki przy formularzu ofertowym powoduje, że dokument ten nie może uzyskać kwalifikowanego podpisu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego wskazując, że brak możliwości podpisania formularza z pozycji platformy nie stanowi o tym, że to system blokował możliwość złożenia oferty opatrzonej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym, odwołujący miał możliwość złożenia oferty zgodnej z wymaganiami ustawowymi przez pobranie formularza (na podstawie komendy „pobierz formularz”), opatrzenie go kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, a następnie zamieszczenie podpisanego formularza na platformie EFO i za jej pośrednictwem przesłanie do zamawiającego, tak jak zrobili to dwaj pozostali wykonawcy. Ponadto, zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby oferta została wypełniona on-line i tak wysłana do zamawiającego. Trudno zatem nie dostrzec, jak istotnym jest aby wykonawcy korzystający z nowych narzędzi do składania ofert dochowali należytej staranności również w zakresie pozyskania wiedzy w jaki sposób ofertę należy sporządzić i złożyć, co jest warunkiem prawidłowego przygotowania oferty w postaci elektronicznej.

Kolejnym zagadnieniem związanym z elektronicznym składaniem ofert jest kwalifikowany podpis elektroniczny. W wyroku z 8 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2639/18

Izba rozpoznawała spór dotyczący konieczności walidacji podpisu elektronicznego, za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania.

W orzeczeniu tym wskazywano na różnicę pomiędzy podpisem elektronicznym, a kwalifikowanym podpisem elektronicznym, którego niezbędnym elementem jest możliwość walidacji przez niezależną instytucję, wydającą kwalifikowane certyfikaty. W ocenie Izby, możliwość dokonania walidacji podpisu elektronicznego przez zamawiającego za pośrednictwem kwalifikowanego dostawcy usług zaufania, wpisanego do właściwego rejestru, stosownie do art. 32 ust. 2 rozporządzenia eIDAS, zapewnia prawidłowy wynik procesu walidacji i umożliwia wykrycie wszelkich problemów związanych z bezpieczeństwem. Natomiast wobec treści art. 10a ust. 5 Pzp, przewidującego rygor nieważności nienależycie podpisanego JEDZ, oraz ciążącego na zamawiającym obowiązku weryfikacji podpisania JEDZ, to wykonawca – jako profesjonalista – winien zadbać o to, aby złożony przez niego podpis umożliwiał jego walidację przez dostawcę usług zaufania.

Zagadnienie skutków złożenia opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym skanu dokumentu gwarancji, sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej, w celu wniesienia wadium, było przedmiotem rozważań Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1573/18 (wyrok z dnia 22 sierpnia 2018 r.) oraz KIO 2426/18 (wyrok z dnia 11 grudnia 2018 r.). Ww. orzeczenia dotyczyły odwołań wniesionych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, które zostały wszczęte przed dniem 18 października 2018 r.

W sprawie KIO 1573/18 Izba opowiedziała się za poglądem, zgodnie z którym opatrzenie dokumentu gwarancji bankowej, sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej, kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie oznacza, że mamy w tej sytuacji do czynienia z oryginałem gwarancji wadialnej. W przedmiotowym wyroku, skład orzekający omówił regulacje dotyczące elektronicznej gwarancji bankowej, wynikające z Prawa bankowego, a także różnice pomiędzy elektronicznym podpisem zewnętrznym a jego wewnętrzną formą.

W postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała postanowienie, zgodnie z którym wadium, z wyjątkiem przelewu pieniężnego, należało złożyć w oryginale w siedzibie zamawiającego. W uzasadnieniu orzeczenia zwrócono uwagę na zawartą w treści dokumentu gwarancji klauzulę o obowiązku zwrotu gwarancji po wygaśnięciu lub spłacie zobowiązania, co należy wykluczyć w przypadku elektronicznej formy dokumentu gwarancji. Skład orzekający Izby wskazał, iż czynność zwrotu wymaga dla swojego wykonania istnienia zmaterializowanej formy tego co jest zwracane, tj. w tym przypadku oryginału dokumentu gwarancji, sporządzonego w formie pisemnej.

Podobny pogląd zaprezentowano w uzasadnieniu drugiego z przywołanych powyżej wyroków (KIO 2426/18). W stanie faktycznym tej sprawy dokument gwarancji załączony przez odwołującego do oferty został sporządzony w formie pisemnej, natomiast zamawiającemu został przekazany skan tego dokumentu opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę, która pierwotnie złożyła własnoręczny podpis na dokumencie gwarancji, sporządzając w ten sposób oryginał dokumentu gwarancji w formie pisemnej. Izba stwierdziła, iż sporządzenie skanu dokumentu gwarancji wystawionego w formie pisemnej, a następnie podpisanie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiło wytworzenie elektronicznej kopii tego dokumentu. Ponadto Izba za istotną uznała treść dokumentu gwarancji, z której bezsprzecznie wynikała okoliczność wygaśnięcia gwarancji w przypadku zwrotu jej oryginału do gwaranta. Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, iż w rozpoznawanej sprawie złożenie przez wykonawcę dokumentu gwarancji nie spełniło celu, dla którego zamawiający wymagają wniesienia wadium w postępowaniu, wyrażającego się w zabezpieczeniu interesów finansowych zamawiającego. Izba za wątpliwą uznała możliwość zaspokojenia się zamawiającego z wniesionej przez wykonawcę gwarancji, wobec nieposiadania przez niego oryginału tego dokumentu w formie pisemnej. W konsekwencji Izba uznała za prawidłową decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium. Orzeczenie to zapadło w stanie faktycznym, w którym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zdecydował, że komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywać się będzie wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Podsumowując należy zauważyć, że wprowadzenie elektronicznej komunikacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w znacznie szerszym zakresie niż miało to miejsce dotychczas, zaowocowało pojawieniem się nowych zagadnień w orzecznictwie Izby. Wyroki dotyczące tej materii niejednokrotnie wywoływały szeroką dyskusję pomiędzy uczestnikami rynku zamówień publicznych. Miało to miejsce w szczególności w przypadku pierwszego orzeczenia dotyczącego wykorzystania algorytmu SHA-1 przy złożeniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego (wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2428/18) oraz pierwszego rozpoznania sporu dotyczącego skutków prawnych złożenia opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym skanu oferty, sporządzonej pierwotnie w formie pisemnej (wyrok z dnia 4 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2611/18). Tym niemniej warto nadmienić, że zagadnienia te nabrały znaczenia w roku 2019, którego nie obejmuje okres sprawozdawczy i jedynie krótko zaznaczyć należy, że kolejne składy Izby podzieliły pogląd o możliwość stosowania algorytmu SHA-1, przy podpisywaniu

dokumentów za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Przesądono również, że odręcznie podpisany formularz oferty, który został zeskanowany, a następnie opatrzony podpisem elektronicznym, stanowi właściwą formę oferty.

2. Procedura odwrócona (art. 24aa ust. 1 Pzp) - przegląd problematyki orzeczniczej

Procedura odwrócona została uregulowana w art. 24aa ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Wobec powyższego, zamawiający może, po ustaleniu rankingu ofert, ograniczyć się do badania pod względem podmiotowym jedynie tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, przy jednoczesnym braku obowiązku poddania badaniu pozostałych ofert. Instytucja procedury odwróconej stanowi implementację art. 56 ust. 2 Dyrektywy klasycznej.

Problematyka procedury odwróconej niejednokrotnie była przedmiotem wnoszonych do Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r. odwołań. Na podstawie analizy treści wydanych w tym okresie orzeczeń można zdecydowanie wyrazić pogląd, iż orzecznictwo w omawianym zakresie ukształtowało się jednolicie co do problematyki interesu w uzyskaniu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie przyjęła pogląd, że w ramach procedury odwróconej brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców daje szeroką możliwość kwestionowania czynności zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej, tj. niezależnie od zajętego przez wykonawcę miejsca w rankingu.

W tym zakresie wskazać należy na wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2446/18, w którym Izba stwierdziła, że w sytuacji uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, odwołujący będzie mieć szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Izba zauważyła, że w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowany w rankingu ofert. Ponadto, w wyroku z dnia 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1403/18 Izba wskazała, że bez znaczenia w takiej sytuacji pozostaje argumentacja zamawiającego wskazującego na możliwość odrzucenia oferty Odwołującego (w tym przypadku jako zawierającej błędną stawkę podatku VAT) skoro Zamawiający faktycznie – wobec prowadzenia procedury odwróconej – nie dokonał faktycznie tej czynności. Tym bardziej Izba przyznawała wykonawcy interes w uzyskaniu zamówienia, gdy wnoszący odwołanie złożył w postępowaniu ofertę, a w procesie badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury odwróconej jego oferta została odrzucona, co wykonawca

zakwestionował w ramach złożonego odwołania. Izba w takich sytuacjach uznawała, że w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawca ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Powyższy pogląd został wyrażony również w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt KIO 862/18. Ponadto, szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone również w wyrokach: z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2041/18, z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt KIO 2050/18, KIO 2069/18, z dnia 6 września 2018 r., sygn. akt KIO 1652/18, z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1319/18, z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 446/18, z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt KIO 417/18. Izba potwierdziła również, że zastępczy wybór oferty w procedurze odwróconej mieści się w ramach przesłanki wniesienia odwołania określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp – wyrok Izby z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 74/18.

Problematyka procedury odwróconej była poruszana także w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. W wyrokach Izby z dnia 28 września 2018 r., sygn. akt KIO 1793/18, KIO 1820/18 oraz m. in. w wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1066/18 Izba uznała, że zarzuty zaniechania wykluczenia podnoszone wobec innych wykonawców – niż wykonawca, zajmujący pierwsze miejsce w rankingu – nie mogą być przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia co do istoty, wobec niepodjęcia przez zamawiającego czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Orzeczenia Izby wydawane w 2018 r. wielopłaszczyznowo odnosiły się do regulacji procedury odwróconej. Izba niejednokrotnie w orzeczeniach dotyczących procedury odwróconej – omawiając jej istotę i cel wprowadzenia do polskiego porządku prawnego – poruszała szereg wątpliwości odnoszących się między innymi do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (na przykład w wyroku z dnia 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2109/18, wyroku z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2480/18), wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 Pzp (wyrok z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 380/18), czy też odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 687/18), rażąco niskiej ceny (wyrok z dnia 27 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 718/18).

Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się również w kwestii oceny ofert w postępowaniach z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że ocena ofert, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp to badanie ofert – oświadczeń lub dokumentów nań się składających (oferta w sensie *largo*) pod każdym innym, niż podmiotowy względem, co oznacza konieczność sprawdzenia w odniesieniu do wszystkich ofert, czy nie istnieją podstawy do odrzucenia którejkolwiek z nich, a zatem zastosowania art. 89 ust. 1 Pzp. Pogląd ten został wypowiedziany w wyroku KIO z dnia 6 marca 2018 r., sygn. akt KIO 298/18, na tle stanu faktycznego, w którym zostały złożone w sumie cztery oferty,

a zamawiający dokonał oceny ofert (dwóch – odwołującego i przystępującego) w listopadzie 2017 roku, tj. w czasie, gdy pozostałe dwie oferty nie zostały przez zamawiającego odrzucone – odrzucenie tych ofert nastąpiło później, w następstwie wygaśnięcia wadium, o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 8 lutego 2018 roku wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający winien w listopadzie 2017 roku dokonać oceny wszystkich czterech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, stosując wzór przewidziany w treści SIWZ dotyczący przypadku, gdy złożono 4 (albo więcej) ofert. Zamawiający nie mógł w ocenie Izby, przyjąć, że dysponuje jedynie dwoma ofertami.

Tematyka związana z oceną ofert została również poruszona w wyroku z dnia 16 stycznia 2018 r., w sprawie o sygn. akt KIO 7/18, gdzie zwrócono uwagę na postanowienia SIWZ dotyczące oceny ofert w ramach ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny. Odwołujący się wykonawca zarzucił zamawiającemu, że na skutek udzielonej odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, zgodnie z treścią SIWZ na etapie badania i oceny ofert nie zostanie przeprowadzona ocena w ramach kryterium „emisja spalin”. Zamawiający powiązał to kryterium z postawionym warunkiem posiadania potencjału technicznego, pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia, a następnie postanowił, że deklarowany tabor będzie weryfikował na 5 dni przed podpisaniem umowy, co więcej negatywna weryfikacja będzie traktowana jak odmowa podpisania umowy. W związku z powyższym odwołujący wskazał, że takie działanie jest całkowicie sprzeczne z prawem, gdyż brak spełnienia elementów odnoszących się do kryterium oceny ofert nie determinuje ważności oferty, a jedynie wpływa na ranking wykonawców. Ponadto, nie ma możliwości dokonywania oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej [przed podpisaniem umowy]. Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut za zasadny, wskazując że zamawiający ustalając kryterium „emisja spalin”, już na etapie złożenia oferty, w ramach tego kryterium winien żądać przedłożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów, gdyż to na ich podstawie zamawiający będzie w stanie ustalić prawidłową liczbę punktów, która ma decydujące znaczenie w ustaleniu rankingu ocenianych ofert. Przeniesienie tego badania na etap późniejszy, tzn. po ustaleniu pozycji rankingowej, czy wręcz na etap przed podpisaniem umowy, uniemożliwia zamawiającemu dokonanie prawidłowego ustalenia, która ze złożonych ofert będzie przedstawiała najkorzystniejszy bilans wszystkich kryteriów oceny ofert. Izba nakazała modyfikację SIWZ przez określenie sposobu dokonywania oceny ofert w ramach tego kryterium, w tym w szczególności określenia zakresu dokumentów, na podstawie których ocena w ramach kryterium będzie dokonywana.

Ciekawym - z punktu widzenia omawianej problematyki - jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 391/18. Izba w orzeczeniu tym

poruszyła problematykę procedury odwróconej wobec ryzyka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jak zauważono: „W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby w przypadku zastosowania procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp, zamawiający mógł poprzestać na ocenie ofert (tj. z pominięciem badania, czy wykonawca którego oferta zajęła pierwsze miejsce w tak powstałym rankingu nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), a następnie z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza”. Jak słusznie zauważono w wyroku tym: „Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury z art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu”.

Podsumowując, analiza treści wydanych na gruncie omawianej instytucji w 2018 r. orzeczeń prowadzi do wniosku, że regulacje ustawowe odnoszące się do procedury odwróconej niejednokrotnie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, a Izba jednolicie wypowiedała się w sprawie interesu w uzyskaniu zamówienia w procedurze odwróconej.

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

Zabezpieczenie oferty wspólnej wadium stanowiło w ciągu ostatnich kilku lat przedmiot rozważań w doktrynie, jak też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Zarysowały się dwa poglądy o zasadniczo odmiennej ocenie skuteczności wadium ustanowionego przez i na rzecz jednego z wykonawców składających ofertę wspólną. Podstawowy przedmiot rozbieżności dotyczył wadium wnoszonego w postaci gwarancji wadialnej, czyli dokumentu wystawianego przez bank lub instytucje ubezpieczeniowe, jako jednej ze wskazanych w art. 45 ust. 6 Pzp form zabezpieczenia oferty na wypadek wystąpienia okoliczności, o jakich mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Konsekwencją uznania wadium za nieprawidłowe, określoną w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, było wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie z postępowania. Aktualnie, po nowelizacji Pzp z 22 czerwca 2016 r., przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, skutek braku wadium lub jego nieprawidłowe wniesienie wiąże z podstawą do odrzucenia oferty.

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

Jako odmienny ukształtował się pogląd prezentowany, m.in. w części orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w których uznawano gwarancję wystawioną na rzecz jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, za skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej. W orzeczeniach tych wskazywano na brak odmiennej regulacji ustawowej, co do obowiązku wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z której wynikałby obowiązek zabezpieczenia oferty wspólnej przez każdego ze współkonsorcjantów. Ponieważ wniesienie wadium wymaga podjęcia czynności jeszcze przed złożeniem oferty, którą ma ono zabezpieczać (np. dokonanie przelewu w terminie pozwalającym na stwierdzenie, że środki zostały przekazane na rachunek zamawiającego

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

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

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

Wydane w okresie już po podjęciu uchwały przez Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej wskazują na ujednocianie stanowiska dotyczącego oceny treści dokumentu wadium w kontekście oznaczenia w jego treści dłużnika. Przykładowo, w wyroku z dnia 26 lutego 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do poprawności gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, w której treści wskazano jeden z podmiotów składających ofertę wspólną (sygn. akt KIO 251/18). W sprawie tej elementem stanu faktycznego była okoliczność dotycząca udzielenia dającemu zlecenie pełnomocnictwa w dacie późniejszej, niż wystawiona gwarancja oraz przedstawiona na rozprawie treść umowy konsorcjum. Izba uwzględniła okoliczność, iż umowa konsorcjum została zawarta przed wystawieniem wadium złożonego wraz z ofertą, a jej treść wprost wskazywała na umocowanie pełnomocnika do wniesienia wadium w formie gwarancji. Umowa ta rozwiewała ewentualną wątpliwość, jaka w świetle uchwały SN mogłaby wystąpić w związku

z ustaleniem, iż pełnomocnictwo załączone do oferty zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji wadialnej.

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

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

Wskazana powyżej uchwała Sądu Najwyższego pozostaje niewątpliwie cenną wskazówką przy interpretacji składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego gwarancji. Należy jednak pamiętać, że decydujące znaczenie w każdej sprawie będzie miała treść złożonej gwarancji. Niezbędna pozostaje zatem dbałość wykonawców

ubiegających się o zamówienie o takie ukształtowanie oświadczeń woli zamieszczonych w gwarancji, które pozwolą wnioskować o poprawności takiego dokumentu.

4. Interes w żądaniu unieważnienia postępowania, jako interes w uzyskaniu zamówienia

Art. 179 ust. 1 Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis ten zawiera materialnoprawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania w postaci interesu oraz szkody, wynikającej z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, między którymi powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy (wyroki z: 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 88/14, 93/14, 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 66/18). Wymienione przesłanki podlegają obligatoryjnemu badaniu po skierowaniu odwołania na rozprawę (wyrok z 11 września 2013 r., sygn. akt KIO 2037/13). Brak ich istnienia powoduje oddalenie odwołania, bez konieczności rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu (wyrok z 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 10/11).

Wykładnia powołanego przepisu dokonywana w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych w poprzednich latach wiązała zarówno przesłankę interesu, jak i szkody z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywano, że obowiązkiem odwołującego się wykonawcy jest wykazanie, że w konkretnym postępowaniu obiektywnie ma potrzebę uzyskania zamówienia będącego przedmiotem danego postępowania. Wykazanie to powinno mieć charakter konkretny i pewny, a nie hipotetyczny, odnoszący się do aktualnie toczącego się postępowania, a nie do innego, przyszłego postępowania (wyroki z: 5 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1757/13, 12 marca 2015 r., sygn. akt KIO 385/15, 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 66/18).

Wykładnia przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp, ograniczająca dopuszczalność odwołania jedynie do sytuacji, w których podniesienie określonych zarzutów przez odwołującego się wykonawcę przyniosłoby mu możliwość uzyskania zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy wniesione odwołanie, spowodowała konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie o przedmiotowy zakres wskazanej normy. Ustalenia domagała się kwestia, czy do wniesienia środków ochrony prawnej uprawniony jest wykonawca, którego zamawiający wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucił jego ofertę, w sytuacji, gdy wnosi on odwołanie nie tylko wobec tych czynności, ale również kwestionuje dokonany przez zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty. Problem ten zyskał na znaczeniu w tych postępowaniach, gdzie w dacie rozstrzygnięcia

postępowania zamawiający dysponował jedynie dwiema ofertami: ofertą odwołującego się wykonawcy oraz ofertą uznaną za najkorzystniejszą. W takiej sytuacji brak potwierdzenia zarzutów zmierzających do ochrony wykonawcy wnoszącego odwołanie, przy uznaniu za zasadne zarzutów dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, nie prowadzi do uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który wniósł odwołanie, a do możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Próba odpowiedzi na pytanie, czy ewentualne unieważnienie postępowania będące skutkiem wniesienia odwołania, mieści się w pojęciu interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, podejmowana była w orzecznictwie Izby już w poprzednich latach (wyroki z: 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2099/16, 13 października 2017 r. sygn. akt KIO 2021/17, 2 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2007/17 i 2014/17) i ugruntowała się w roku 2018.

Punktem odniesienia dla orzecznictwa krajowego było stanowisko prezentowane przez TSUE w orzeczeniach z: 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (*Fastweb*), 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligenica Facility Esco (PFE)*, 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (*Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*) i 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (*Archus et Gama*).

W powołanych orzeczeniach TSUE wskazywał, że każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33 wyroku w sprawie C-100/12). Trybunał uznał również, że w sytuacji, gdy skarżone są jednocześnie wybór najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy kwestionującego ten wybór, każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Wywiódł, że, po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie (pkt 27 wyroku w sprawie C-689/13). Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jednak z zastrzeżeniem, że nie został ostatecznie wykluczony z danego postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 36 wyroku w sprawie C-355/15).

Do znaczenia pojęcia „dane zamówienie”, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 Pzp polski ustawodawca, a które we wskazanym na wstępie orzecznictwie Izby rozumiane było wyłącznie w powiązaniu z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w związku z którym było wniesione odwołanie, TSUE odniósł się w wyroku w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym

Trybunał stwierdził, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, w sytuacji gdy wykonawca kwestionuje jednocześnie odrzucenie własnej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na kanwie zaprezentowanego orzecznictwa TSUE w roku 2018 Izba rozstrzygała zagadnienia dotyczące interesu w uzyskaniu zamówienia w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia odwołania może być unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Pierwsze z nich polegało na ocenie, czy żądanie unieważnienia postępowania może pozbawić wykonawcę możliwości wykazania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia lub możliwości poniesienia szkody.

Izba co do zasady uznawała, że wykonawcy, którzy żądają unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia. W orzecznictwie wskazywano, że pojęcie „danego zamówienia” powinno być wykładane z uwzględnieniem definicji „zamówienia publicznego” zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy, a więc rozumiane jako odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, na roboty budowlane, dostawy czy usługi. Oznacza to, że dane zamówienia to dana umowa, a więc nie konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale zawarcie umowy na realizację określonego przedmiotu zamówienia. Izba wskazywała, że dopóki umowa na określony przedmiot zamówienia nie została zawarta, a przedmiot tego zamówienia i warunki uzyskania zamówienia w sposób istotny nie zostały zmienione, to wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia niezależnie od tego, czy do zawarcia tej umowy doszło w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, czy też kilku. Pogląd, że wykonawca może dążyć do wyeliminowania innych wykonawców i unieważnienia postępowania w celu umożliwienia sobie startu w kolejnym postępowaniu, wyrażono w orzeczeniach z: 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18, 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 74/18, 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 171/18, 5 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1227/18.

W orzecznictwie Izby zaznaczyło się również stanowisko wyrażające wątpliwości, czy wykonawca żądający unieważnienia postępowania może mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia, w sytuacji gdy nie jest pewne, czy zamawiający ponowi zamówienie, czy przedmiot i warunki zamówienia nie ulegną istotnym zmianom, a także czy ponowne postępowanie zostanie przeprowadzone w trybie konkurencyjnym umożliwiającym udział odwołującego się wykonawcy. Akcentowano konkretny, a nie abstrakcyjny charakter interesu w uzyskaniu zamówienia oraz znaczenie odwołania jako środka ochrony prawnej, nakierowanego na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś interesu publicznego. Pogląd ten został

wyrażony w orzeczeniach z 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 840/18 i z 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1609/18.

Drugie zagadnienie dotyczyło kwestii, czy interes w uzyskaniu zamówienia posiada także wykonawca ostatecznie wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia, czyli możliwości badania zarzutów odwołania podniesionych przez wykonawcę, który w terminie ustawowym nie zaskarżył własnego wykluczenia lub odrzucenia swojej oferty albo, gdy został wyeliminowany z postępowania na skutek orzeczenia Izby lub sądu okręgowego.

Izba uznawała, że brak możliwości wniesienia środka ochrony prawnej umożliwiającego przywrócenie danego podmiotu do udziału w postępowaniu oznacza, że utracił on status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 10 Pzp i nie ubiega się już o dane zamówienie publiczne, co oznacza brak spełnienia obu przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp. Omawiany pogląd został wyrażony w orzeczeniach z: 26 kwietnia 2018 r., sygn. akt 705/18, 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 840/18, 16 maja 2018 r., sygn. akt KIO 869/18 i 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18 i był przyczyną odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp w orzeczeniu z 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2491/18.

Trzecim zagadnieniem domagającym się rozstrzygnięcia było, czy Izba może nakazać unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy po otwarciu ofert okaże się ono dotknięte wadą uniemożliwiającą prawidłowy wybór wykonawcy.

Na to pytanie orzecznictwo udzieliło odpowiedzi twierdzącej, gdyż skoro Izba stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp może unieważnić poszczególne czynności, to tym samym może unieważnić ciąg czynności poczynszy od czynności wszczynającej postępowanie, w sytuacji gdy naruszenia ustawy przez zamawiającego powodują, że nie można wyłonić wykonawcy w sposób zgodny z ustawą. Pogląd ten w odniesieniu do różnych stanów faktycznych znalazł wyraz w orzeczeniach z: 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 105/18, 23 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 241/18, 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 320/18, 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 382/18 i KIO 383/18.

Z przedstawionego orzecznictwa wynika, że postrzeganie interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, rozumianego jako zawarcie umowy na konkretny przedmiot zamówienia, a nie jako zawarcie umowy w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego upowszechnia się w orzecznictwie. Interes we wniesieniu odwołania nie może być jednak rozumiany w ten sposób, że uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej jest podmiot ostatecznie wykluczony lub taki, którego oferta została ostatecznie odrzucona przez zamawiającego.

5. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 22d ust. 2 Pzp.

Regulacja zawarta w art. 22d ust. 2 Pzp, wprowadzająca do ustawy *expressis verbis* zasadę, zgodnie z którą zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, stanowi instytucję stosunkowo młodą – przepis ten został dodany na mocy ustawy nowelizującej i wszedł w życie 28 lipca 2016 r. Stąd też i orzeczenia Izby co do jego stosowania nie są liczne – jakkolwiek na niewielką liczbę sporów w tym zakresie może mieć wpływ również fakt, że poglądy wyrażane w poszczególnych orzeczeniach są ze sobą w głównych założeniach zbieżne.

Omawiana norma prawna stanowi transpozycję przepisu art. 58, zatytułowanego „Kryteria kwalifikacji”, ust. 4 akapit 2 zdanie 2 Dyrektywy klasycznej, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wskazującego, że „instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”.

Analiza art. 22d ust. 2 Pzp – jak też całej grupy norm dotyczących warunków udziału w postępowaniu, wśród której znajduje się omawiany przepis – nie pozostawia wątpliwości, że jego rolą jest zerwanie z dominującym wcześniej formalistycznym poglądem o konieczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu jedynie „na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” i urealnienie oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia poprzez rozciągnięcie tego procesu w czasie, celem nadania tej ocenie cech faktycznej weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia – w ramach postawionych przez zamawiającego w danym postępowaniu warunków udziału. Wskazane powyżej rozciągnięcie w czasie tej oceny realizowane być może przez cały okres trwania postępowania – bez określenia jakiegokolwiek granicznego terminu – od momentu wskazania przez wykonawcę przedmiotowych „zasobów technicznych i zawodowych”, co może spowodować przeniesienie tej oceny nie tylko na okres między oceną wniosków lub ofert, a wyborem oferty najkorzystniejszej, lecz również – przed samym zawarciem umowy, które uważa się za formalne i faktyczne zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. pogląd wyrażony w uchwale SN z 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10). W praktyce – chwila poprzedzająca podpisanie umowy jest także ostatnim momentem na dokonanie korekty wyboru wykonawcy.

Regulacja ta daje więc zamawiającemu instrument umożliwiający podpisanie umowy właśnie z wykonawcą, który jest realnie zdolny do podźwignięcia ciężaru zamówienia – co może zostać poddane ponownej weryfikacji, niezależnej od pierwotnie dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co ma szczególne znaczenie w przypadku

postępowañ długotrwałych – będących też najczęściej zamówieniami o największej wartości i stopniu skomplikowania. Instrument ten gwarantuje wówczas *de facto* możliwość ponownej podmiotowej weryfikacji wykonawcy i ocenę jego zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia.

Przedmiotowy przepis jest odpowiedzią ustawodawcy na zauważony już wcześniej problem rozbieżności w dysponowaniu przez wykonawców zasobami na potrzeby ubiegania się o zamówienie publiczne i na potrzeby jego realizacji. Przykładem jest tu orzeczenie Izby z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 297/13 i KIO 300/13), w którym Izba rozważyła m.in. kwestię zdolności technicznej, dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie w sposób realny dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w związku z ubieganiem się, w oparciu o te same zasoby, o inne zamówienie realizowane równolegle. W powyższym orzeczeniu Izba wskazała, że „wobec przedstawienia przez wybranego wykonawcę tych samych zasobów w każdym z postępowań o zamówienie, w istocie jedynie w jednym postępowaniu wykonawca warunku nie spełnia. Nie sposób jednak – wobec braku oświadczenia wykonawcy, co do którego postępowania dedykuje wykazywane zasoby oraz wobec niemożności zastąpienia w tym oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (...) uznać, w którym postępowaniu wykonawcy spełnili warunki. Innymi słowy, na obecnym etapie, wobec braku takiego oświadczenia, ocena o spełnieniu warunków udziału w obu postępowaniach musiała zostać uznana za przedwczesną, uzależnioną od oświadczenia wybranego wykonawcy co do tego, w odniesieniu do którego z zamówień dedykuje zadeklarowane zasoby.” Izba zauważyła także, że: „konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są związane ze sferą jego realizacji”.

Słusznie więc również ustawodawca – najpierw unijny, a następnie krajowy – zauważył i podkreślił fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia nie toczy się w próżni, lecz jego cel jest realny i ma głębokie przełożenie ekonomiczne, a art. 22d ust. 2 Pzp miał stanowić – wraz m.in. z przepisami art. 22a ust. 4 (obowiązek realizacji przez podmiot

udostępniający zasoby prac, dla których zasoby te były wymagane) oraz art. 22c ust. 2 Pzp (uwzględnienie sytuacji finansowej wykonawcy wykraczającej poza wartość danego zamówienia) – remedium zapobiegające jedynie formalnej ocenie spełniania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a w konsekwencji zbyt dużemu odsetkowi rozwiązywania przez zamawiających umów z powodu ich nienależytego wykonania.

Choć art. 22d ust. 2 Pzp wprost nie odwołuje się do sankcji wykluczenia wykonawcy, uznać należy, że wypełnienie się hipotezy normy prawnej ujętej w tym przepisie może odnieść jedynie taki skutek. Wynika to przede wszystkim z materii, do której przepis się odnosi, jak też z założenia, że wyeliminowanie wykonawcy, którego podmiotowa ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu (w znaczeniu pozytywnym, tj. odnoszącym się do posiadania pożądaných przez zamawiającego cech) da wynik negatywny, zawsze będzie skutkowałą wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej związanego z omawianą instytucją wskazać należy, że nie jest ono liczne. Jak zatem widać instytucja ta, mimo jej doniosłego praktycznego wymiaru, nie stanowi źródła sporów pomiędzy wykonawcami a podmiotami zamawiającymi. Wskazywany cel regulacji ujętej w treści art. 22d ust. 2 Pzp był przedmiotem badania m.in. w wyroku z 11 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2709/17, w którym Izba odniosła się do kwestii relacji pomiędzy rzeczywistą a formalną oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu: „Oceniając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę cel normy określonej art. 22d ust. 2 Pzp, którym jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępność określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłoby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej.”. W kolejnym orzeczeniu Izby, tj. w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2211/18, Izba poddała ocenie realną zdolność wykonawcy do realizacji kilku części tego samego zamówienia.

Sytuacja wypełniająca hipotezę omawianego przepisu może bowiem wystąpić również, gdy wykonawca ubiega się lub zostanie mu udzielone zamówienie w kilku częściach tego samego postępowania, lub w kilku odrębnie prowadzonych postępowaniach, u tego samego lub różnych zamawiających. Wykonawca, dysponując jednym i tym samym potencjałem, jest bowiem w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jednakże wykazanie to ma jedynie charakter formalny. Jakkolwiek należy podkreślić, że w prawidłowo prowadzonym postępowaniu pierwszej z tych sytuacji powinien zapobiec już sam zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu – zakazując podwójnego powoływania się na te same zasoby.

Specyfika stanu faktycznego w rozpoznawanej w orzeczeniu KIO 2211/18 sprawie również wymusiła indywidualne podejście i szczegółową analizę zaistniałych okoliczności wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, choć nie wiązała się z samymi warunkami udziału w postępowaniu, lecz z oceną ofert. Jak wskazała Izba w powyższym orzeczeniu, zamawiający bowiem „dopuszczył możliwość złożenia oferty na więcej niż jedną część, nie ograniczając ich ilości (...), to w § 14 SIWZ zatytułowanym ”Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert w ust. 7 ustalił skomplikowany (złożony) mechanizm przyznawania punktów, wyboru ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach oraz ograniczenia w zakresie udzielenia zamówienia (zawarcia umowy) ograniczając liczbę tych ostatnich do 6. Regulacje te winny być brane pod uwagę przez wykonawców w procesie ofertowania. Oznacza to, że złożenie ofert przez poszczególnych wykonawców na wiele części powinno odbywać się przez pryzmat nie tylko ich sytuacji faktycznej i prawnej (zaangażowanie faktyczne w inne przedsięwzięcia, związanie stosunkami zobowiązaniowymi z podmiotami trzecimi), lecz również przez pryzmat wyżej wskazanych postanowień SIWZ”. Następnie Izba dodała, że: „choć instytucja uregulowana w treści art. 22d ust. 2 Pzp wprost nie przewiduje sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania, za słuszny uznać należy postulat, że stwierdzenie okoliczności wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie odnosi się do kwestii (referuje do) warunków udziału w postępowaniu stanowiąc emanację realnego (a nie jedynie formalnego) podejścia do kwestii zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Przez taki pryzmat Izba poddała ocenie zarzuty zawarte w odwołaniu (...) Stąd też wypełnienie się przesłanki ujętej w art. 22d ust. 2 Pzp pozwala na uznanie, że wykonawca (mimo formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) może na daną chwilę nie posiadać potencjału pozwalającego na spełnienie zobowiązania wobec podmiotu zamawiającego.”. W ramach poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych stwierdzono, że wykonawca, wobec którego doszło do zastosowania art. 22d ust. 2 Pzp, znajdował się w specyficznej sytuacji, gdyż na moment podjęcia przez

zamawiającego decyzji o wykluczeniu był etatowym pracownikiem zamawiającego, zatrudnionym w pełnym wymiarze godzin i jednocześnie zaangażowanym w szereg przedsięwzięć o charakterze zawodowym (komercyjnym), naukowym i dydaktycznym. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że czynności tej osoby jako eksperta merytorycznego będą kolidowały z jej obowiązkami wynikającymi ze stosunku pracy, a brak jest dowodów, że taka kolizja nie wystąpi lub że osoba ta uzyskała zgodę zamawiającego (pracodawcy) na taki sposób równoległej współpracy.

Przywołane wyżej orzeczenia, zarówno sprzed wprowadzenia do krajowego porządku prawnego art. 22d ust. 2 Pzp, jak i wydane w okresie obowiązywania ww. instytucji, wskazują na konieczność uwzględniania w postępowaniu o udzielenie zamówienia dynamicznych zmian w sytuacji wykonawców, indywidualnego podejścia do kwestii oceny ich zdolności do realizacji zamówienia, jak też realnego podejścia do oceny ich potencjału. Postulaty te dotyczą nie tylko zasobów technicznych i zawodowych, do których w swojej treści odnosi się art. 22d ust. 2 Pzp, a omawiana regulacja jest częścią szerokich zabiegów ustawodawcy, wyrażających się w zmianie dotychczas obowiązujących lub wprowadzeniu nowych przepisów z zakresu warunków udziału w postępowaniu, mających na celu zmianę podejścia w pojmowaniu badania w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwalifikacji wykonawcy do realizacji zamówienia z formalistycznej na realistyczną. Instytucja uregulowana w art. 22d ust. 2 Pzp urealniam ocenę potencjału wykonawcy i nadaje jej wymiar pożądany ze względu na cel, jakim służyć ma formułowanie warunków udziału w postępowaniu. Konsekwencją wprowadzenia do systemu zamówień publicznych tej instytucji jest też usankcjonowanie wynikającej z potrzeb praktyki powtórnej weryfikacji wykonawców w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w odniesieniu do zdolności technicznej, zawodowej i potencjału kadrowego, a weryfikacja ta może nastąpić na każdym etapie postępowania i może mieć miejsce – jeśli jest to uzasadnione okolicznościami – nawet kilkakrotnie, co ma szczególne znaczenie w postępowaniach wieloetapowych oraz tych postępowaniach, których przebieg obejmuje nierzadko okres wielu miesięcy.

6. Wykluczenie wykonawcy z powodu brania udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, zawiera jedną z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba

że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 24 ust. 10 Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Omawiane przepisy obowiązują od 28 lipca 2016 r. - zostały wprowadzone ustawą nowelizującą, którą jednocześnie został uchylony m.in. art. 24 ust. 2 pkt 1, regulujący wcześniej tę podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Stanowią one wdrożenie do systemu krajowego art. 57 ust. 4 lit. f Dyrektywy klasycznej.

Zmiana przepisów w omawianym zakresie znalazła odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wyraźnie akcentuje się różnicę w aktualnym stanie prawnym w porównaniu do stanu sprzed nowelizacji. W orzecznictwie za ugruntowany można uznać pogląd, iż art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wprowadza domniemanie zakłócenia konkurencji w przypadku udziału w przygotowaniu postępowania wykonawcy lub jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług niezależnie od wymiaru, zakresu, formy czy też rodzaju tego udziału. Na powyższe Izba zwróciła uwagę m.in. w wyrokach z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1075/18, z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2038/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 1974/18.

Odnosząc się bezpośrednio do brzmienia omawianego przepisu, w orzecznictwie Izby konsekwentnie podkreślano, iż wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób, co wynika wprost z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp *in fine*. W wyroku z dnia 19 października 2018 r. (sygn. akt KIO 2037/18) Izba wyraziła przekonanie, iż „mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu, zdaniem składu orzekającego, przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 Dyrektywy klasycznej [...]. Wskazane przepisy wprost odnoszą się do konieczności przedsięwzięcia przez instytucję zamawiającą odpowiednich środków celem wyeliminowania zakłócenia konkurencji i wykluczenia oferenta z udziału

w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu, aby zapewnić zachowanie zasady równego traktowania wykonawców”. Analogiczny pogląd został zaprezentowany także w wyrokach: z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 216/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 1974/18.

Na kanwie omawianej regulacji, badając prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu bądź zaniechaniu wykluczenia wykonawcy w określonym stanie faktycznym, Izba co do zasady stawiała wobec konieczności dokonania oceny czy powstałe na skutek udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania zakłócenie konkurencji mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż poprzez jego wykluczenie, z jednoczesnym zagwarantowaniem zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, iż domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału wykonawcy (jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług) w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, może zostać wyeliminowane zarówno przez samego zamawiającego, jak i przez wykonawcę. W wyroku z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 1974/18, Izba zwróciła uwagę, że „zarówno przepisy Dyrektywy 2014/24/UE i w ślad za nimi art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz powiązane z nim art. 24 ust. 10 i art. 31d ustawy Pzp nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy biorącego wcześniej bezpośrednio lub pośrednio udział w jego przygotowaniu. W ocenie Izby takie działania mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego (np. przez wskazywane w regulacjach Dyrektywy i przepisach krajowych przekazanie informacji oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na składanie ofert) lub następnie przez samego wykonawcę, który co prawda ma mniejsze możliwości niż zamawiający w tym zakresie i na którego dodatkowo nałożono obowiązek udowodnienia podjęcia takich działań lub, co istotne, udowodnienia, że jego udział nie zakłóci konkurencji (a więc, że istnieją obiektywne czynniki za tym przemawiające)”. Dalej Izba wskazała, iż do powstania zakłócenia konkurencji „nie dochodzi wówczas, gdy to podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego”. Na wyeliminowanie zakłócenia konkurencji przez działania samego zamawiającego Izba wskazywała także m.in. w wyrokach: z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt KIO 2037/18 oraz z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2038/18. W takiej sytuacji Izba podkreślała także, iż wyeliminowanie zakłócenia

konkurencji przez zamawiającego, zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie, w tym udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Natomiast w kontekście obalenia domniemania zakłócenia konkurencji przez samego wykonawcę, Izba wskazywała przede wszystkim na doniosłą rolę art. 24 ust. 10 Pzp i podkreślała, iż wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 992/18, z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt KIO 2037/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 1974/18). Jednocześnie Izba sygnalizowała, iż ustawodawca zapewnił wykonawcy w takiej sytuacji również możliwość skorzystania z instytucji samooczyszczenia i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp (wyrok z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1075/18).

Badając wywiązanie się przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 24 ust. 10 Pzp z ciężącego na nim obowiązku udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, Izba stanęła także przed koniecznością rozstrzygnięcia jak należy rozumieć pojęcie „udowodnienia,” o którym mowa w tym przepisie, w szczególności czy zwrot ten oznacza, że wezwany wykonawca każdorazowo ma obowiązek przedstawić dowody potwierdzające przywoływane przez niego okoliczności. W wyroku z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 473/18 Izba zwróciła uwagę, iż przyjęcie takiego stanowiska mogłoby prowadzić w określonych okolicznościach do nadmiernego i nieuzasadnionego formalizmu. W ocenie składu orzekającego „nie taki jest cel omawianej regulacji. Celem jest przede wszystkim ustalenie, czy udział wykonawcy, bądź jak w przedmiotowej sprawie - jego pracownika - w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Mając na uwadze różnorodność stanów faktycznych, jakie mogą mieć miejsce na gruncie omawianej regulacji, nie można kategorycznie wykluczyć możliwości wystąpienia sytuacji, w których wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę będą mogły zostać ocenione przez zamawiającego pozytywnie, tj. dadzą podstawę do stwierdzenia, że wykonawca udowodnił, że nie doszło do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu”. Izba w przywołanym wyroku podkreśliła także okoliczność, iż udowodnieniu przez wykonawcę w tym wypadku podlegać ma przesłanka negatywna (tj. że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji), co powoduje co do zasady brak możliwości wykazania owej przesłanki stosownymi dowodami (na powyższe zwrócono uwagę także w wyrokach: z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt KIO 2037/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt KIO 1974/18).

W okresie sprawozdawczym Izba zajmowała się również kwestią zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w sytuacji, gdy w przygotowaniu postępowania brał udział nie wykonawca, lecz podmiot wskazany w ofercie, jako udostępniający temu wykonawcy swoje zasoby.

W wyroku z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2281/18, KIO 2286/18, KIO 2291/18, Izba podkreśliła, że osoby udostępnione przez podmiot trzeci nie należą do żadnej z kategorii podmiotów wymienionych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, nie zostało bowiem udowodnione, że osoby te łączy z wykonawcą umowa zlecenia, umowa o dzieło lub inna umowa o świadczenie usług. Izba zauważyła, iż wpływu na konkurencję na etapie ubiegania się wykonawców o zamówienie nie może mieć zamiar danego wykonawcy wykorzystania określonych osób dopiero na etapie realizacji zamówienia. Ponadto Izba wskazała, iż w postępowaniu zamawiający udostępnił dokumentację projektową opracowaną przez podmiot trzeci wszystkim wykonawcom na jednakowych zasadach, wykonawcy nie kwestionowali jej treści i zakresu, zaś termin składania ofert został wyznaczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, zatem wykonawcy dysponowali odpowiednim czasem na zapoznanie z ww. dokumentacją. W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż nie można uznać, że w postępowaniu nastąpiło zakłócenie konkurencji, a w konsekwencji nie zachodzi podstawa do zastosowania art. 24 ust. 10 Pzp.

Podsumowując zauważyć trzeba, iż orzecznictwo Izby dotyczące omawianego przepisu w analizowanym okresie charakteryzuje jednolitość. Wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, była dokonywana z uwzględnieniem prawa unijnego oraz poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie, mając na względzie domniemanie zakłócenia konkurencji wynikające z treści ww. przepisu, Izba w swoich rozstrzygnięciach podkreślała w sposób szczególny doniosłość spoczywającego na zamawiającym obowiązku zapewnienia wykonawcy przed wykluczeniem na podstawie ww. przepisu możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Izba zwracała uwagę zarówno na brak automatyzmu przy podejmowaniu przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na omawianej podstawie, jak również na możliwość przeciwdziałania przez zamawiającego naruszeniu konkurencji powstałemu na skutek udziału wykonawcy, bądź zatrudnionych przez niego osób, w przygotowaniu postępowania.

7. Instytucja umowy ramowej – problemy orzecznicze na tle przyjętych regulacji Pzp

Instytucja umowy ramowej uregulowana została w rozdziale 5, dziale III w przepisach art. 99-101b Pzp. Wskazane przepisy dają zamawiającemu możliwość zawarcia umowy ramowej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu

nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego. Ponadto ustawa definiuje umowę ramową jako umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Przepisy dotyczące umowy ramowej niejednokrotnie w praktyce przysparzają – zarówno zamawiającym jak i wykonawcom – szeregu trudności w interpretacji, a w konsekwencji również stanowią przeszkodę we właściwym ich stosowaniu. Zamawiający jednak sięgają po instytucję umowy ramowej w celu udzielenia zamówienia publicznego, a pojawiające się wątpliwości – których nie da się rozwiązać na etapie postępowania – rozstrzygane są przez Krajową Izbę Odwoławczą. W omawianej materii rok 2018 również przyniósł kwestie problematyczne, które stały się przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Spory, jakie pojawiły się na gruncie omawianej instytucji w okresie sprawozdawczym dotyczyły między innymi opisu przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wydawanych orzeczeniach wskazywała na rolę opisu przedmiotu zamówienia, który niewątpliwie ma znaczenie i wpływa na etap badania i oceny ofert. I tak, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1354, KIO 1355/18 przedmiotem rozważań Izby było zagadnienie odnoszące się do prawidłowego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. Wątpliwości, jakie zaistniały wobec sporu, który zawisł przed Izbą dotyczyły tego, czy opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, wobec zastosowania instytucji umowy ramowej dla robót budowlanych musi być opisem kompletnym, zgodnym z przepisami Pzp oraz przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. W przywołanym orzeczeniu Izba wskazała na spoczywający na zamawiającym obowiązek precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby świadczenie będące przedmiotem umowy ramowej powinno być skonkretyzowane, a brak precyzyjnego określenia prac prowadzić może do rozbieżności oraz dowolnej interpretacji wycenionego przez wykonawców zakresu prac. Wycena miała decydujące znaczenie, gdyż wyłącznie na podstawie kryterium ceny zamawiający wybierał wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową. Izba zauważyła, że do umowy ramowej mają również zastosowanie przepisy odnoszące się do badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, ale także przepisy odnoszące się do obowiązku badania oferty w świetle art. 89 ust. 1 Pzp – czyli m. in. zgodności oferty z SIWZ. W ocenie Izby, na etapie badania i oceny ofert mogła powstać

wątpliwość, jak zamawiający miałby dokonać takiej oceny, skoro zakres prac nie został określony precyzyjnie, a także jak zamawiający miałby badać ewentualne wystąpienie rażąco niskiej ceny, w szczególności w stosunku do szacunku i niedookreślonego przedmiotu zamówienia – charakteru wymaganych prac – ujętych w dziesięciu tysiącach nieprecyzyjnych pozycji. Zdaniem Izby, zamawiający - wobec nałożonego na niego ustawą obowiązku wynikającego z art. 31 – zobowiązany był opisać przedmiot zamówienia, w szczególności z uwzględnieniem okoliczności, że przedmiot zamówienia stanowiły roboty budowlane. W konsekwencji Izba z treści art. 101a ust. 3 Pzp wywiodła, że „istotne warunki zamówienia”, o których jest mowa w tym przepisie obejmują również opis przedmiotu zamówienia, który powinien być precyzyjny oraz znany wszystkim wykonawcom. W orzeczeniu tym zauważono, że nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia dokonany w ramach umowy ramowej może prowadzić do niewłaściwej wyceny ofert oraz ich nieporównywalności na etapie badania i oceny dokonanej przez zamawiającego.

Problematyka umowy ramowej pojawiła się również w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 198/18 poruszono zagadnienie rażąco niskiej ceny. W złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach wykonawca uzasadniał zastosowanie dla części usług zerowej stawki wynagrodzenia m.in. usprawiedliwiając się nieistotnością wskazanych usług wobec całego katalogu usług objętych umową ramową. Uzasadniając odrzucenie oferty zamawiający poza uznaniem cen za nierealne wskazał również na argument, że udzielenie zamówienia następuje na podstawie zamówień wykonawczych, zatem możliwa jest sytuacja, w której odwołujący otrzyma od zamawiającego zamówienie na wykonanie wyłącznie jednej z usług wycenionych na „0” zł. W uzasadnieniu wyroku Izba zwróciła uwagę na charakter zamówienia i zasady udzielania zamówień wykonawczych na poszczególne usługi, uznając że prace w każdym segmencie powinny być traktowane w sposób autonomiczny oraz powinny być wyceniane w każdym segmencie na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny przyjętej dla danego segmentu. Zawarcie umowy ramowej w wyniku tego postępowania nie gwarantowało wykonawcy powierzenia mu wykonania wszystkich usług, a także nie gwarantowało ich udzielenia w określonych ilościach. Wynagrodzenie zatem z tytułu wykonania poszczególnych usług nie mogło zawierać się w innych elementach wynagrodzenia. Wykonawcy kalkulując cenę oferty w tym postępowaniu nie mogli przyjąć założenia, że zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych na wszystkie usługi wymienione w formularzach cenowych oraz na wskazane w tych formularzach ilości. Udzielanie zamówienia wykonawcy na poszczególne usługi objęte umową ramową miało następować na podstawie zindywidualizowanych zamówień wykonawczych. Każde z zamówień wykonawczych stanowiło zatem samoistny przedmiot zamówienia, którego udzielenie na podstawie umowy ramowej było zdarzeniem przyszłym

i niepewnym. Wykonawca nie miał podstaw do przyjęcia, czy i jakie prace będzie faktycznie wykonywał i w jakiej ilości, a co za tym idzie, nie miał podstaw faktycznych do budowania cen z założeniem, że pewne prace będzie mógł wykonać, w tym samym czasie czy przy okazji realizacji innych. W konsekwencji Izba zwróciła uwagę na ważny aspekt związany z udzielaniem zamówień wykonawczych, które wobec charakteru i istoty umowy ramowej muszą traktowane być autonomicznie i w tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera badanie rażąco niskiej ceny zamówienia, bowiem wykonawca nie może zakładać możliwości kompensacji kosztów poszczególnych usług, nie mając gwarancji, że zamówienia wykonawcze na dane zamówienie zostaną mu udzielone. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1555/18. Izba nie dopuściła możliwości kompensacji kosztów wynagrodzenia przy poszczególnych umowach realizacyjnych zauważając, że do każdej umowy realizacyjnej, stosowany jest wyłącznie jeden rodzaj wynagrodzenia. W sytuacji, gdy cena za realizację danego typu zamówienia (kampanii) lub cena roboczogodziny byłaby rażąco niska, to wykonawca wybrany nie miałby możliwości rekompensowania zaniżonego wynagrodzenia poprzez inne systemy wynagrodzenia.

W analizie treści wydanych orzeczeń w 2018 r. poruszających tematykę umowy ramowej nie sposób pominąć wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt 1075/18. Orzeczenie to wydaje się być interesujące z uwagi na istotę sporu. Problem, jaki pojawił się na gruncie omawianego orzeczenia, dotyczył zagadnienia etapu badania przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Istotą zainicjowanego przez strony sporu było pytanie, na jakim etapie zamawiający powinien badać przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, czy na etapie postępowania przeprowadzanego w celu zawarcia umowy ramowej, czy też może na etapie postępowania o konkretne zamówienie wykonawcze. Jak wskazano w uzasadnieniu orzeczenia zamawiający, badając przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, bada w szczególności przesłankę „udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, a więc udział w czynnościach związanych z opisem przedmiotu zamówienia, ustaleniem wartości zamówienia i sporządzeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie znajduje zatem uzasadnienia ograniczenie w stosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp - tj. przesłanki „udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. Ustawodawca w żaden sposób nie wyłączył, ani nie ograniczył, takiego postępowania spod reżimu przesłanek wykluczenia z postępowania. Jak zauważono, warunki i gwarancje zawarte w umowie ramowej uprawniają w dalszej kolejności, na kolejnych etapach postępowania, do ubiegania się wykonawcy o skonkretyzowane zamówienie objęte umową

ramową. Nawet w sytuacji, gdy nie dojdzie do zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego na skonkretyzowany, a wskazany wcześniej przedmiot, to jednak nie ulega wątpliwości, że bez zawarcia umowy ramowej nie istnieje możliwość ubiegania się o zamówienia wykonawcze.

Ciekawym – z punktu widzenia omawianej problematyki – jest orzeczenie Izby z dnia 8 marca 2018 r., sygn. akt KIO 267/18. Izba w tym wyroku stwierdziła, że procedura mająca na celu zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą może w określonych okolicznościach sprawy zostać uznana za przesłankę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na dokonane zastrzeżenie w ogłoszeniu, z którego wynikało, że umowa ramowa miała być zawarta z jednym wykonawcą - co w okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i interes zamawiającego - było niedopuszczalne. Przyjęta przez zamawiającego formuła umowy ramowej pozwalała na elastyczne podejście do realizacji zamówienia. Jednak, po ogłoszeniu kolejnych zleceń, wykonawca wybrany do realizacji umowy ramowej nie musiałby składać ofert, jeżeli nie byłby wykonaniem danej części przedmiotu zamówienia zainteresowany. Zamawiający zaś nie dysponowałby żadnym mechanizmem, aby wymusić na wykonawcy złożenie oferty. Mogło więc dojść do sytuacji, w której część zakresu rzeczowego objęta postępowaniem nie zostałaby wykonana, a zamawiający nie miałby możliwości zmiany reguł zawarcia umowy ramowej i wybrania do jej wykonywania więcej niż jednego wykonawcę, wobec postanowień określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Izba zauważyła, że celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i (jeżeli zachodzi taka potrzeba) przewidywanych ilości. Tymczasem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu miał jasno sprecyzowane potrzeby rzeczowe, które miały być zrealizowane w ściśle określonym czasie. Izba stwierdziła, że wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu formuła prowadzonego postępowania, zmierzająca do zawarcia umowy ramowej nie czyniła zadość interesom zamawiającego, zaś odstąpienie od tych zasad po wszczęciu postępowania, po terminie składania wniosków było już niemożliwe, gdyż naruszałoby zasady udzielenia zamówienia publicznego. W konsekwencji odstąpienie od pierwotnie określonych przez zamawiającego zasad mogło nastąpić tylko w wyniku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Spory jakie wyłoniły się na gruncie instytucji umowy ramowej dotyczyły również postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego w zakresie istotnych zmian w stosunku do wymagań określonych w umowie ramowej. Istotne znaczenie ma wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2655/18. Na gruncie umowy wykonawczej pojawiły się zarzuty dokonywania istotnych zmian warunków

określonych w umowie ramowej w postaci zamawiania usług nieobjętych zakresem umowy ramowej. Izba - poddając szczegółowej analizie warunki i opis przedmiotu zamówienia określony umową ramową – nie stwierdziła, aby warunki zamówienia przedstawione w postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej zawierały niedopuszczalne zmiany w stosunku do postanowień umowy ramowej wiążącej strony. Izba zauważyła, że umowa ramowa określa ogólne warunki realizacji zamówienia, zaś dopiero umowy wykonawcze precyzyjnie je konkretyzują, czego nie można utożsamiać z kształtowaniem zamówienia realizacyjnego w sposób istotnie zmieniający jego warunki względem umowy ramowej.

Podsumowując, analiza treści wydanych orzeczeń w 2018 r. na gruncie umowy ramowej prowadzi do wniosku, że regulacje ustawowe odnoszące się do tej instytucji – wobec ich niejasnego brzmienia – mogą budzić wątpliwości w procesie udzielania zamówienia publicznego oraz rodzić obawy, co do właściwego ich zastosowania. Niemniej jednak orzeczenia wydane w 2018 r. wskazują na próbę wytyczania wykładni w procesie udzielania zamówienia, a Izba niejednokrotnie w wydanych orzeczeniach, rozstrzygając zainicjowany odwołaniem spór, zobowiązana była uwzględnić specyfikę umowy ramowej - zarówno na etapie zawarcia umowy ramowej jak i na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego. Przywołane orzeczenia wskazują na szerokie spectrum problematyki pojawiającej się na gruncie umowy ramowej, począwszy od opisu przedmiotu zamówienia, rażąco niskiej ceny, wykluczenia wykonawców - aż po etap postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego.

Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r.

1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa

W roku 2018, tak jak w latach poprzednich, Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała działania mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa. Działania te prowadzone były w trzech zasadniczych obszarach. Pierwszy z nich dotyczył poszerzania wiedzy, przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkoleń grupowych oraz uczestnictwa w konferencjach. Drugi, wynikał z konieczności wypracowania spójnej wykładni nowych regulacji Pzp oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował narady orzecznicze oraz seminaria z udziałem Prezesa Urzędu oraz przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych.

2. Szkolenia zbiorowe

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia z zakresu etyki prawniczej oraz kompetencji i umiejętności warsztatowych przydatnych w pracy orzeczniczej.

Szkolenia te miały na celu wzmocnienie umiejętności miękkich w zakresie prowadzenia rozpraw, utrwalenie wiedzy i dobrych praktyk orzekających członków Izby.

3. Narady orzecznicze i seminaria

W celu wypracowania jednolitej wykładni przepisów ustawy, członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji kwestie formalne i merytoryczne istotne w praktyce orzeczniczej. Zagadnienia, nad którymi dyskutowała Izba, obejmowały szerokie spektrum problematyki z zakresu bieżących spraw, związanych z nowelizacją Pzp, jak i również te, będące kontynuacją wcześniej poruszanych problemów. W roku sprawozdawczym, Krajowa Izba Odwoławcza w ramach narad orzeczniczych dyskutowała między innymi nad zagadnieniami dotyczącymi: samodzielnego uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, niezasadnym zastrzeżeniem informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy w kontekście wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), dołączenia do przystąpienia dokumentów potwierdzających umocowanie osoby składającej przystąpienie jako warunek skuteczności przystąpienia, treści sentencji orzeczeń wydawanych przez Izbę, możliwości i terminów dotyczących samooczyszczenia (*self cleaning*).

Narady orzecznicze w roku 2018 dotyczyły również bieżących problemów interpretacyjnych w miarę ich ujawniania się w orzecznictwie. Cykliczne spotkania członków KIO miały na celu omówienie problemów orzeczniczych i służyły wymianie poglądów na poruszane tematy. Narady orzecznicze stanowią jedno z narzędzi służących do wypracowania jednolitej interpretacji przepisów ustawy Pzp.

W roku sprawozdawczym kontynuowano spotkania o charakterze seminaryjnym. Miały one charakter cykliczny i stanowiły forum wymiany poglądów między członkami Izby oraz przedstawicielami UZP.

4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna

W 2018 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali m.in. udział w konferencjach:

1. „Odpowiedzialność za gromadzenie i wydatkowanie środków publicznych” - konferencja odbyła się w dniach 24-25.01.2018 r. w Krakowie,
2. „Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych 2018. Trudności i wątpliwości praktyki” - konferencja odbyła się w dniu 05.03.2018 r. w Warszawie,

3. „Procedura zamówień publicznych” - konferencja odbyła się w dniu 16.04.2018 r. w Lublinie,
4. XI Konferencja Naukowa „Potrzeby i Kierunki Zmian w Prawie Zamówień Publicznych” - konferencja odbyła się w dniach 18-19.06.2018 r. w Gdańsku,
5. „Warsztaty z zakresie projektu ustawy Pzp” - konferencja odbyła się w dniach 13-14.09.2018 r. w Warszawie,
6. „Dostępność dla osób niepełnosprawnych oraz projektowanie uniwersalne w zamówieniach publicznych” – konferencja odbyła się w dniu 24.10.2018 r. w Warszawie,
7. „Problemy regulacji zamówień publicznych” – konferencja odbyła się w dniu 16.11.2018 r. w Warszawie,
8. XIII Konferencja Zielone Zamówienia Publiczne pn. „Ochrona powietrza a zamówienia publiczne” – konferencja odbyła się dnia 22.11.2018 r. w Warszawie.

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

W okresie sprawozdawczym zostały opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych, we współpracy z Krajową Izbą Odwoławczą, kolejne 3 zeszyty orzecznicze, których celem jest informowanie uczestników systemu zamówień publicznych o istotnych zagadnieniach rozstrzyganych w orzecznictwie.

5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa

W dniu 24 września 2018 r. przedstawiciele Krajowej Izby Odwoławczej uczestniczyli w spotkaniu organizowanym przez Urząd Zamówień Publicznych z przedstawicielami Agencji Rozwoju Regionalnego, społeczeństwa obywatelskiego oraz administracji obwodowej z dotkniętych wojną obwodów Donieckiego i Ługańskiego, którego tematem było „Promowanie przejrzystości i uczciwości w zamówieniach publicznych: uczenie się z polskiego doświadczenia”. W czasie wizyty goście zapoznali się ze strukturą, kompetencjami i zasadami funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniach 12-13 lutego 2018 r. na Węgrzech, 3-5 maja 2018 r. na Malcie, 14-15 czerwca 2018 r. w Bułgarii oraz 6-9 listopada 2018 r. w Chorwacji, przedstawiciele Izby wzięli udział w spotkaniach organów odwoławczych pierwszej instancji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanych przez Komisję Europejską oraz w związku z prezydencją Węgier w ramach Grupy Wyszehradzkiej. Celem spotkań jest stworzenie sieci organów odwoławczych pierwszej instancji działających w państwach

członkowskich Unii Europejskiej, a tym samym forum wymiany doświadczeń i dobrych praktyk w związku z rozpoznawaniem środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych.

Podsumowanie

Rok 2018 r., był jedenastym rokiem funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych.

Wprowadzone nowelizacją Pzp zmiany sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (powyżej tzw. progów unijnych) polegające na pełnej elektronizacji całej procedury, łącznie ze składaniem ofert, stawiają wyzwania w zakresie prawidłowego zinterpretowania przepisów, a w szczególności w zakresie ich jednolitego wykładania. W okresie sprawozdawczym oczywiście pojawiała się problematyka elektronicznego dokumentu JEDZ, natomiast zagadnienia dotyczące prowadzenia całego postępowania wraz ze składaniem ofert w formie elektronicznej, sporadycznie zaczęły pojawiać się, w tym krótkim okresie (od 18 października do końca roku), w orzecznictwie Izby.

Krajowa Izba Odwoławcza przez wypracowane standardy, nieustannie dba o podnoszenie jakości wydawanych przez siebie orzeczeń, w czym w zdecydowanym stopniu pomagają organizowane narady orzecznicze, seminaria oraz udział w szkoleniach i konferencjach.

W 2018 r. Izba dążyła do uzyskania jednolitej wykładni przepisów prawa, z zachowaniem niezawisłości orzeczniczej członków i starania te będą kontynuowane w kolejnych latach. Orzeczenia wydawane przez Izbę mają bowiem duży wpływ na zachowanie rynku zamówień publicznych, dlatego też jednolitość orzecznicza, postrzegana przez rynek, jako jeden z ważniejszych elementów całego systemu zamówień publicznych, stoi u podstaw działań Krajowej Izby Odwoławczej.