

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2015 roku**

Warszawa 2016 r.

Spis treści

Wprowadzenie	6
CZĘŚĆ I	7
Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r.	7
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby	7
2. Skład osobowy Izby	8
3. Organy Izby.....	8
4. Rzecznik dyscyplinarny	9
5. Rzecznik prasowy.....	9
CZĘŚĆ II	9
Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r. w ujęciu statystycznym	9
1. Rozpoznawanie odwołań	9
1.1. Wpływ odwołań	9
1.2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania	11
1.3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych	11
1.4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby	12
1.5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań	12
1.6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania	12
1.7. Rodzaje rozstrzygnięć	13
1.8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie	13
1.9. Zdania odrębne	14
1.10. Powołanie biegłego	14
1.11. Prawomocność orzeczeń	14
1.12. Terminowość rozpoznawania odwołań	14
1.14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	15
2. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy.....	16
3. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	17

3.1. Rodzaje wydanych opinii	17
CZĘŚĆ III	18
Problemy wynikające z orzecznictwa Izby	18
1. Rażąco niska cena w świetle przepisów ustawy nowelizującej	18
2. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą	22
3. Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp	27
4. Kryteria oceny ofert inne niż cena	30
5. Mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczaniu podatku od towarów i usług w orzecznictwie Izby	36
6. Dokumenty elektroniczne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	40
7. Gwarancja wadialna składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w świetle orzecznictwa Izby oraz sądów okręgowych	44
8. Treść sentencji wyroku Izby a realizacja prawa stron i uczestników postępowania odwoławczego do sądu	499
9. Terminy w postępowaniu odwoławczym i skutki ich niedotrzymania przez wykonawcę – wybrane zagadnienia	544
Część IV	577
Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r.	577
1. Podnoszenie kwalifikacji	58
2. Działalność edukacyjna	59
3. Analiza przepisów	60
4. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa	61
Podsumowanie	611

Wykaz skrótów i skrótowców

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114)
Dyrektywa sektorowa	Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 1)
Dyrektywa odwoławcza	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, s. 31)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 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 2014 r. poz. 101 ze zm.)
ustawa nowelizująca	ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
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)

rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
specyfikacja lub SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
TK	Trybunał Konstytucyjny
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 2013 r. poz. 907 ze zm.; ostatnie miejsce publikacji zależnie od daty wszczęcia omawianego w danym miejscu postępowania)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Wprowadzenie

Prezentowana *Informacja* przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r.

Część I opracowania charakteryzuje podstawy prawne funkcjonowania Izby, jej strukturę i organy.

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym oraz porównanie rezultatów pracy Izby w roku 2015 z poprzednim okresem sprawozdawczym. Dodatkowo niektóre dane obrazują pracę Izby we wszystkich kolejnych latach jej działalności.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które zaznaczyły się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych w 2015 r.

Problematyka poruszana w *Informacji* dotyczy przede wszystkim przepisów znowelizowanych w 2014 r., w tym art. 8 ust. 3, art. 24 ust 2a oraz art. 90 ust. 3 Pzp oraz zagadnień wpływających na dostępność środków ochrony prawnej dla wykonawców, istotnych dla systemu zamówień publicznych, czyli upływu terminów w postępowaniu odwoławczym oraz sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w kontekście możliwości poddania go kontroli instancyjnej.

Zagadnieniem, które pojawiło się w minionym roku w orzecznictwie Izby po raz pierwszy, jest znaczenie odwróconego mechanizmu rozliczania podatku od towarów i usług stosowanego w odniesieniu do wybranych dostaw oraz kwestia posłużenia się w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaświadczeniem wystawianym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w formie elektronicznej. Przedstawiono również charakterystykę orzecznictwa dotyczącego tematyki pozacenowych kryteriów oceny ofert, które w związku z planowanymi zmianami ustawy zyskają na znaczeniu.

Wybrane zagadnienia są nie tylko doniosłe orzeczniczo, ale wpisują się również w dyskusję toczącą się w związku z nowelizacją Prawa zamówień publicznych oraz oczekiwanymi pracami, które mają doprowadzić do powstania nowego Prawa zamówień publicznych.

Krótkie sprawozdanie z pozaorzecniczej 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, w celu jej przedłożenia przez Prezesa Izby, na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 6 Pzp, Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

CZĘŚĆ I

Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 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. postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym). Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964). 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 ostatecznym wydaniem przez KIO orzeczenia.

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

W 2014 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. *Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej*, regulujący najważniejsze aspekty organizacji pracy Izby i – w braku regulacji ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby, w tym wyroków, postanowień czy uchwał.

2. Skład osobowy Izby

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

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawiśli 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. Faktycznie jednak stan liczebny Izby jest znacznie niższy. W roku 2015 w skład Izby wchodziło 39 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 Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję. W okresie objętym *Informacją* funkcję Prezesa Izby pełnił Paweł Trojan, zaś funkcję Wiceprezesa Izby do 15 czerwca 2015 r. pełniła Anna Chudzik, od 16 czerwca 2015 r. Magdalena Grabarczyk.

Zgromadzenie Ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby.

4. Rzecznik dyscyplinarny

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

W roku 2015 rzecznikiem dyscyplinarnym Izby była Honorata Łopianowska.

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

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

5. Rzecznik prasowy

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywania informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. W roku 2015 roku funkcję rzecznika prasowego Izby pełniła Justyna Tomkowska.

Część II

Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r. w ujęciu statystycznym

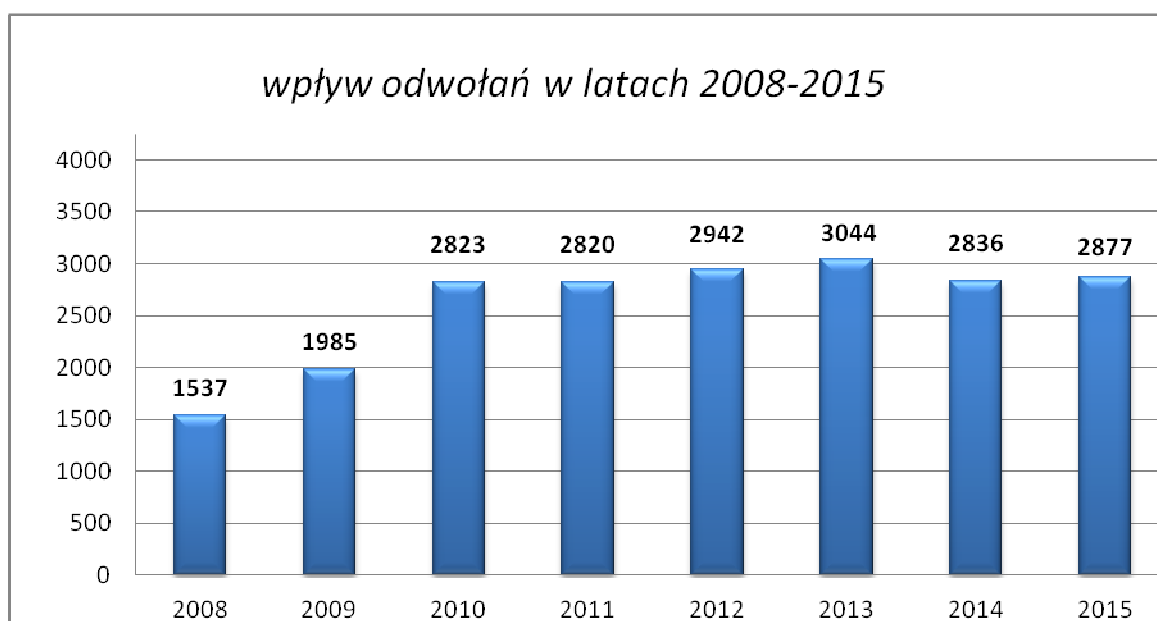
1. Rozpoznawanie odwołań

1.1. Wpływ odwołań

W 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło 2877 odwołań, z czego 17 dotyczyło zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Natomiast liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 2901 (w tym 180 odwołań wniesionych w 2014 r.). Spośród odwołań wniesionych w 2015 r. do rozpoznania w 2016 r. pozostało

156 odwołań, a także dwa odwołania z 2014 r. (rozprawy w tych sprawach odroczone z uwagi na skierowanie do TSUE pytań prejudycjalnych) i jedno odwołanie z 2013 r. (posiedzenie odroczone do czasu zakończenia postępowania przez prokuraturę, która zabezpieczyła komplet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia).

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

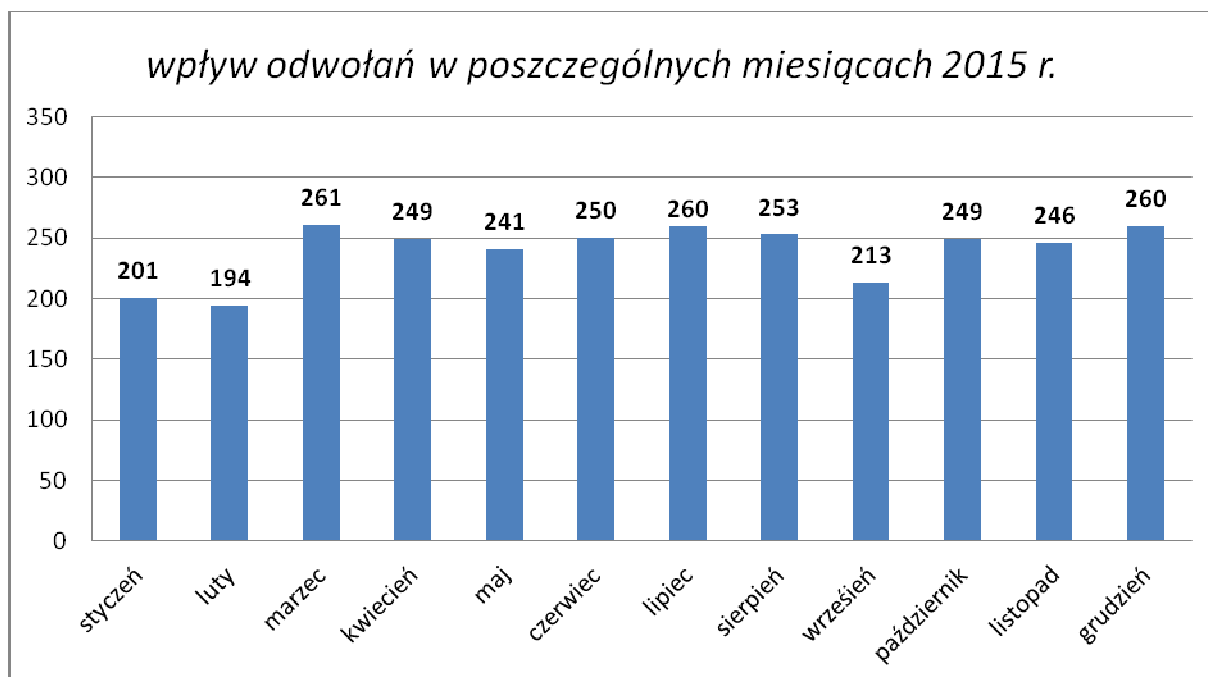


Jak można zaobserwować – roczny wpływ odwołań od 2010 r., kiedy po raz pierwszy przekroczył pułap 2,8 tys., utrzymuje się na zbliżonym poziomie.

W 2015 r. nadal dominującym sposobem wnoszenia odwołań była forma pisemna, w której wniesiono 2333 odwołania (czyli 81%). 544 odwołań (czyli 19%) zostało wniesionych w formie elektronicznej.

Udział odwołań wnoszonych elektronicznie z roku na rok rośnie (2010 – 4,5%, 2011 – 11%, 2012 – niemal 15%, 2013 – 16%, 2014 – 17,9%), w 2015 r. w stosunku do roku poprzedzającego wzrósł o 1,1 punktu procentowego.

W ujęciu miesięcznym wpływ odwołań w 2015 r. kształtował się następująco:



W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2015 r. – 755 odwołań, na zbliżonym poziomie był II i III kwartał – odpowiednio 740 i 726 odwołań, natomiast w I kwartale wpłynęło mniej, bo 656 odwołań.

1.2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Dominowały odwołania wniesione w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2360, czyli 82% ogółu wniesionych w 2015 r. odwołań (w 2014 r. był to zbliżony odsetek – 79%). Pozostałe 517, czyli 18% odwołań wniesionych w 2015 r., dotyczyło postępowań o wartościach podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 2877 odwołań wniesionych w 2015 r. 48% dotyczyło usług, 34% – dostaw, a 18% – robót budowlanych (dla porównania w 2014 r. 41% odwołań dotyczyło usług, 39% – dostaw i 20% – robót budowlanych).

1.3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań odwoławczych zgłoszono 2834 przystąpień, w tym 2273 po stronie zamawiającego (80%) oraz 561 po stronie odwołującego (20%).

1.4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby

W 2015 r. 772 odwołań zawierało braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2014 r. miało to miejsce w stosunku do 717 odwołań).

Spośród 2901 odwołań rozpoznanych w 2015 r. zwróconych zostało 244 odwołań, czyli 8,4% (dla porównania w 2014 r. zwrócono 216 odwołań, czyli 8% spośród rozpoznanych w tamtym roku). Prezes Izby zwrócił z powodu: nieuiszczenia wpisu – 75 odwołań, nieuzupełnienia braków formalnych – 76 odwołań, nieuzupełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 85 odwołań. Natomiast składy orzekające zwróciły 3 odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu oraz 5 odwołań z powodu nieuzupełnienia braków formalnych.

Spośród braków formalnych skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały: 1) braki pełnomocnictwa – 97 odwołań (dodatkowo wystąpiło 6 przypadków braku dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie, którymi mogły być również pełnomocnictwa), 2) brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 64 odwołania, 3) braki w treści odwołania wskazane w art. 180 ust. 3 Pzp – 16 odwołań, 4) brak odpisu z KRS – 28 odwołań.

1.5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

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

W 2015 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym 2352 odwołań (88%), a w składzie trzyosobowym – 313 odwołań (12%). W 2014 r. w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 87% i 13%.

1.6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania

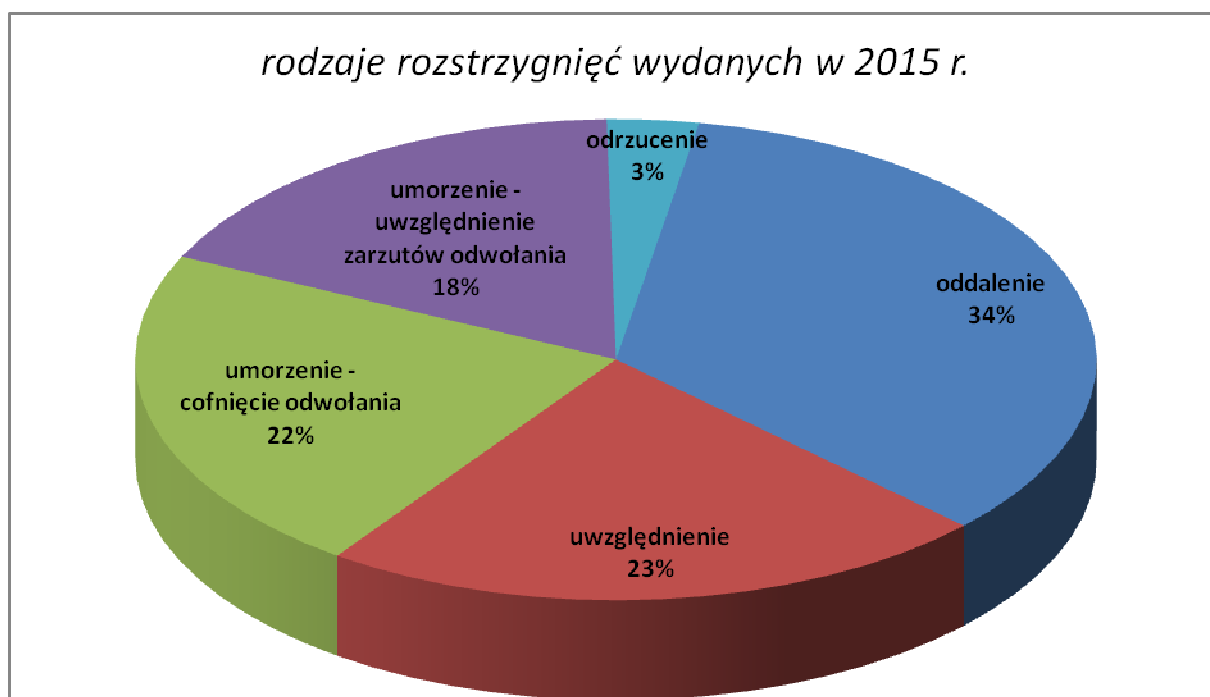
Stosownie do art. 189 ust. 1 Pzp Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 717, tj. 27% ogólnej liczby 2657 rozpoznanych odwołań (natomiast w 2014 r. 21% odwołań zostało skierowanych do łącznego rozpoznania)

1.7. Rodzaje rozstrzygnięć

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby podlegało 2657 odwołań, w wyniku czego: 1) 913 odwołań zostało oddalonych (34%), 2) 603 odwołania zostały uwzględnione (23%), 3) 590 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (22%), 4) 469 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (18%), 5) 82 odwołania zostały odrzucone (3%).

W 1516 sprawach rozpoznanych merytorycznie w 2015 r. wyroki uwzględniające odwołanie stanowiły 40%, a oddalające – 60%. Analogicznie udziały tych rozstrzygnięć przedstawiały się w roku poprzedzającym (również udział odwołań odrzuconych jest analogiczny jak w 2014 r.).



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

W 2015 r. Izba w 1 postępowaniu nałożyła na zamawiającego karę finansową. Natomiast nie było przypadków skrócenia okresu obowiązywania umowy ani orzeczenia o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1.9. Zdania odrębne

Do wyroków wydanych w okresie sprawozdawczym członkowie składów orzekających zgłosili 6 zdań odrębnych. Dla porównania w 2014 r. zgłoszono 2 zdania odrębne.

W 2015 r. 5 zdań odrębnych zostało zgłoszonych w związku z zaprezentowanym w Części III *Informacji* zagadnieniem gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, 1 zdanie odrębne dotyczyło kwestii rażąco niskiej ceny.

1.10. Powołanie biegłego

W 2015 r. składy orzekające przeprowadziły dowody z opinii biegłego w trzech postępowaniach odwoławczych (analogicznie jak w 2014 r.). Biegli zostali powołani z następujących dziedzin: kosztorysowanie inwestycji budowlanych, utrzymanie czystości w obiektach medycznych (odnośnie skuteczności biobójczej specjalistycznego preparatu) oraz telekomunikacji i telekomunikacji radiowej.

1.11. Prawomocność orzeczeń

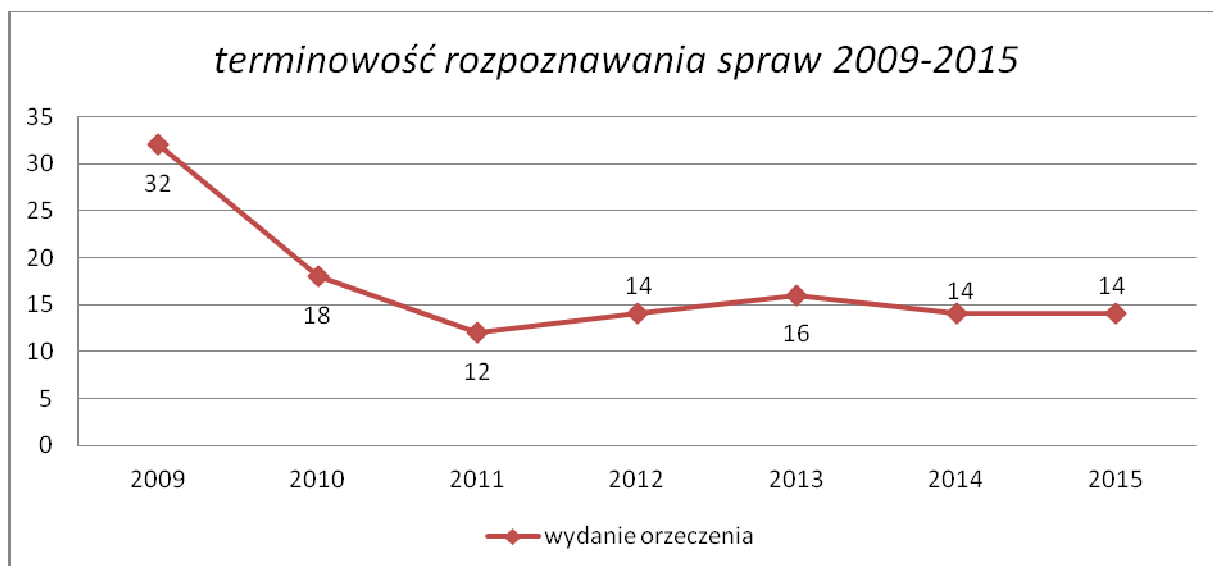
W 2015 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 51 orzeczeń, we wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony. Ponadto dwa wnioski zostały rozpoznane negatywnie.

1.12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2015 r. średnio postępowanie odwoławcze trwało 14 dni (analogicznie jak w roku poprzednim).

Co do zasady w 2015 r. zachowywany był zatem 15-dniowy instrukcyjny termin rozpoznania odwołań, wskazany w art. 189 ust. 1 Pzp, także w sytuacjach wystąpienia dodatkowych czynności, które Izba zobowiązana była wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie).

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



1.13. Ogłaszanie orzeczeń

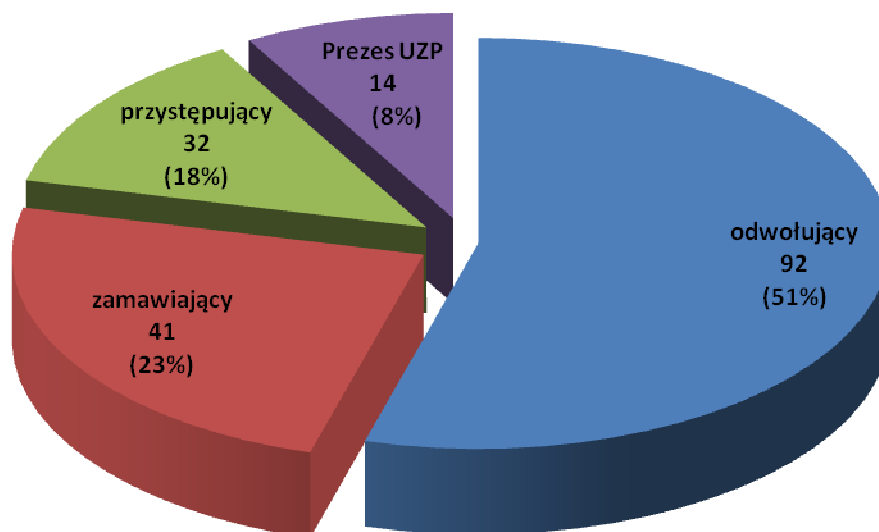
Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp Izba w sprawie zawilej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. W 949 przypadkach (co stanowi 63% z ogólnej liczby wydanych wyroków) Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała w 2015 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia (w 2014 r. było 911 odroczonej orzeczeń, co dało analogiczny udział 62%).

1.14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

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

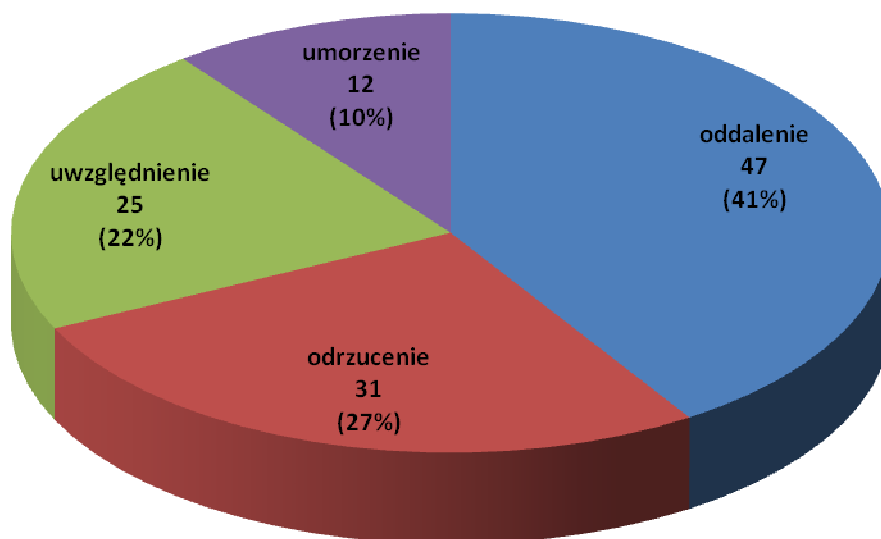
W 2015 r. podział skarg według podmiotów je wnoszących przedstawiał się następująco:

podmioty wnoszące skargi w 2015 r.



Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na 22 lutego 2016 r.), że w 2015 r. rozpoznano 115 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 47 skarg zostało oddalonych (41%), 31 skarg zostało odrzuconych (27%), 25 skarg zostało uwzględnionych (22%), a w 12 sprawach umorzono postępowanie skargowe (10%).

rozstrzygnięcia skarg przez sądy okręgowe w 2015 r.



W toku jest 64 spraw.

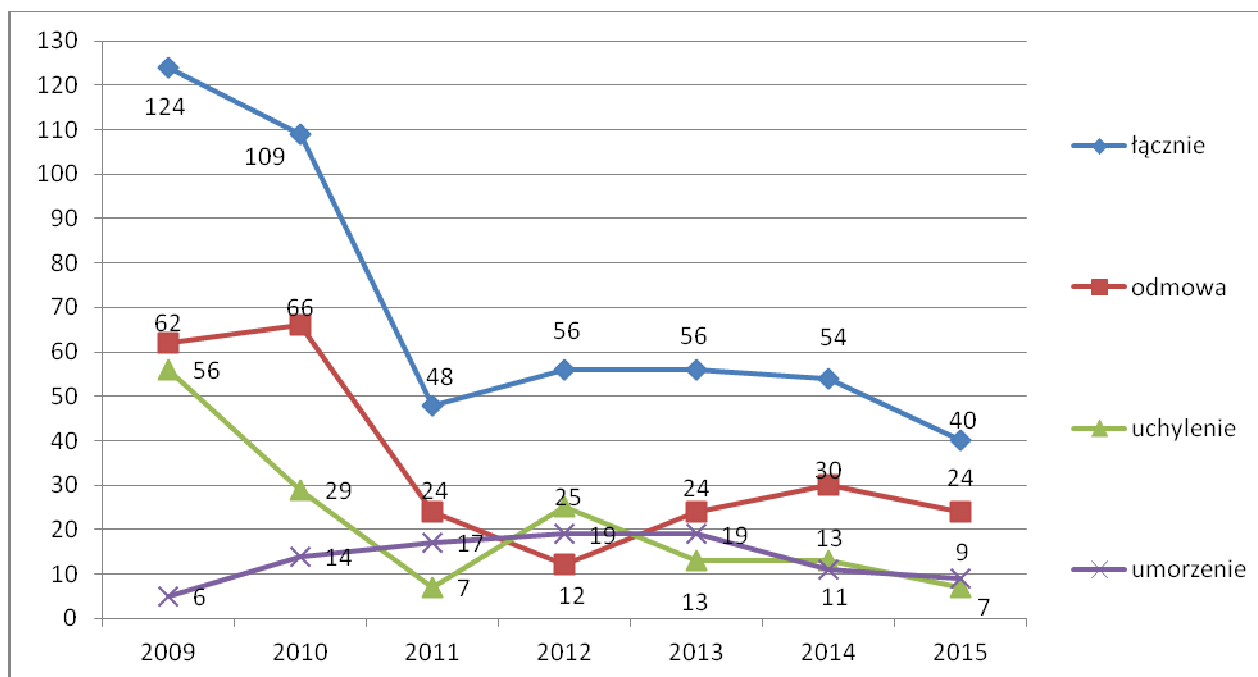
2. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

W 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 40 postanowień w sprawie wniosków

o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 24 postanowienia odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy (60%), 7 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (17,5%) oraz 9 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (22,5%).

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

Dla porównania poniżej zaprezentowano wydane rozstrzygnięcia w okresie 2009-2015:



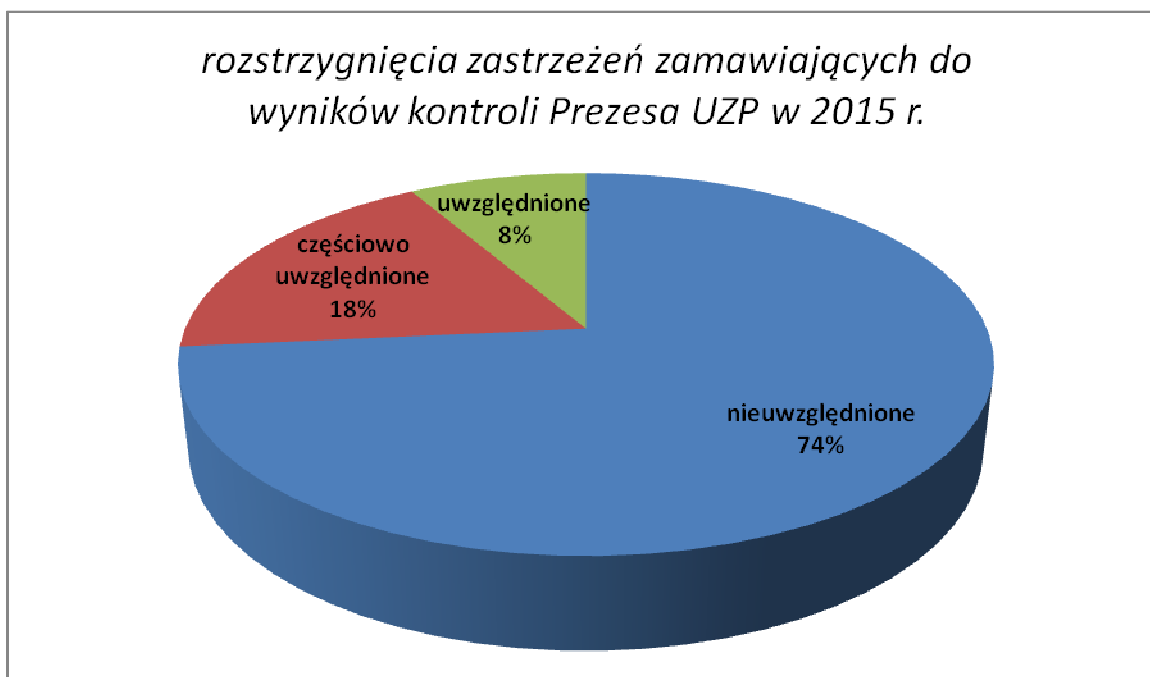
3. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

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

3.1. Rodzaje wydanych opinii

W 2015 r. Izba wydała w formie uchwał 83 opinie, w tym: 61 (74%) nieuwzględniające zastrzeżeń, 15 (18%) częściowo uwzględniające zastrzeżenia oraz 7 (8%) uwzględniające zastrzeżenia w całości.

Dla porównania w 2014 r. na 113 wydanych uchwał: 87 (77%) nie uwzględniło zastrzeżeń, 8 (7%) uwzględniło częściowo zastrzeżenia, a 18 (7%) uwzględniło zastrzeżenia w całości.



CZĘŚĆ III

Problemy wynikające z orzecznictwa Izby

1. Rażąco niska cena w świetle przepisów ustawy nowelizującej

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia przez zamawiającego ofert z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz zarzuty nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty należą do najczęściej rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Nowelizacja ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. wyszła naprzeciw wątpliwościom uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzając regulacje zawierające dyrektywy w zakresie obowiązku zamawiającego zbadania cen ofert złożonych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu nadanym w wyniku nowelizacji, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada zatem możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do wskazanej przez wykonawcę ceny ofertowej, czy daje ona szansę na prawidłowe, zgodne z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami wykonanie zamówienia. Orzecznictwo przyjęło jednolicie, iż ustawodawca w znowelizowanym przepisie dał jednoznaczne wytyczne, kiedy zamawiający musi wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności: cena oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa także o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Pogląd ten został wyrażony m.in. w wyrokach wydanych: 17 marca 2015 r. sygn. akt KIO 417/15, 18 marca 2015 r. sygn. akt KIO 439/15, 24 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 858/15, 7 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1586/15, 10 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2595/15.

Orzecznictwo Izby udzieliło odpowiedzi na pytanie, czy brak zaistnienia w danym postępowaniu szczególnych okoliczności dotyczących ceny oferty wskazanych w art. 90 ust. 1 Pzp oznacza pozbawienie zamawiającego uprawnień do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Izba uznaje, że pierwsza część przepisu art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia uprawnienie, a jednocześnie obowiązek po stronie zamawiającego. W orzecznictwie podnosi się, iż wyjaśnienie od wykonawcy jest niezbędne, jeżeli tylko wydaje się, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tak, że budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający może powziąć uzasadnione wątpliwości co do ceny ofertowej danego wykonawcy w konkretnych okolicznościach faktycznych danej sprawy, niezależnie od tego, czy ustalony przez ustawodawcę wyznacznik matematyczny podejrzenia rażąco niskiej ceny zaistnieje. Zatem wprowadzony w znowelizowanym przepisie obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w razie zaistnienia konkretnych okoliczności nie niweluje obowiązku zamawiającego każdorazowej analizy wysokości zaoferowanych cen i uprawnienia zamawiającego do wystąpienia o wyjaśnienia w tym zakresie, w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do ich wysokości. Pogląd ten został wyrażony m.in. w wyrokach wydanych: 6 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 148/15, 7 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1586/15, 26 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1746/15.

W roku 2015 Izba podtrzymała pogląd wyrażony już w orzecznictwie w roku 2014, że wskazany w art. 90 ust. 1 Pzp wyznacznik w postaci „wartości zamówienia” stanowi wartość szacunkową danego zamówienia z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających, obliczoną z należytą starannością oraz zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp jako

wartość netto, do której, w celu jej porównywalności z wartością ofert złożonych w postępowaniu, należy doliczyć kwotę VAT właściwą dla danego przedmiotu zamówienia. Izba wskazywała, że porównywanie wartości szacunkowej netto z cenami zaoferowanymi w danym postępowaniu określanymi w kwotach brutto prowadziłyby do konieczności oceny nieporównywalnych *de facto* elementów i w konsekwencji do niewymiernych wyników tej oceny. Stanowisko takie Izba zajęła m.in. w wyrokach wydanych: 6 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 148/15, 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15, 27 marca 2015 r. sygn. akt KIO 500/15, 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 818/15.

W znowelizowanym przepisie jako przykładowe czynniki podlegające ocenie, oprócz dotychczasowych, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu czy pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wskazano także koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 20 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.).

W 2015 r. zarzuty wynikające ze sposobu rozumienia pojęcia „koszty pracy” nie były często podnoszone przez wykonawców. Orzecznictwo Izby w tym okresie zmierzało w kierunku celowościowej wykładni pojęcia kosztów pracy, stwierdzając, iż odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych. Pogląd ten został wyrażony m.in. w wyrokach wydanych: 27 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 47/15, 18 marca 2015 r. sygn. akt KIO 398/15.

Orzecznictwo Izby udzieliło również odpowiedzi na pytanie o możliwość wielokrotnego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Wyrażany jest pogląd, że żaden przepis Pzp ani przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter jednorazowy niezależnie od okoliczności danego przypadku. Zastrzega się jednak, że żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej nie może być prowadzone wielokrotnie, aż do przedstawienia przez wykonawcę dostatecznych argumentów uzasadniających wysokość ceny oferty. Zamawiający nie może bowiem, przy bierności wykonawcy, wydobywać od niego informacji, kiedy sam zainteresowany nie wykazuje należytej troski o los złożonej oferty. Taki sposób procedowania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji

w postępowaniu. Jeśli jednak wykonawca składając wyjaśnienia dołożył należytej staranności, udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są rzetelne, ale wymagają doprecyzowania, zamawiający jest uprawniony do uzyskania wyjaśnień bardziej szczegółowych i zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających. Jest to szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wystąpieniu, bądź gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień. Tezy takie zostały sformułowane m.in. w wyrokach wydanych: 9 marca 2015 r. sygn. akt KIO 343/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15.

Nowelizacja potwierdziła ukształtowany w orzecznictwie pogląd, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W treści znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp zostało wskazane, że zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie dowodów, zaś art. 90 ust. 2 Pzp w nowym brzmieniu wprost wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. To wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Służyć temu mają wyjaśnienia, ale także dowody, jeżeli można je powołać. W orzecznictwie Izby prezentowany jest jednak pogląd, że sam fakt niezłożenia dowodów nie uzasadnia twierdzenia, iż cena jest rażąco niska. Obowiązek złożenia dowodów wskazany w art. 90 ust. 1 Pzp dotyczy sytuacji, w których takie dowody istnieją, tj. mogą być obiektywnie pozyskane. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodów, przedmiotem oceny pozostają wyjaśnienia samego wykonawcy, które powinny być kompletne i spójne, wskazywać na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość ceny oferty. Stanowisko takie Izba zajęła m.in. w wyrokach wydanych: 5 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 132/15, 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 189/15, 26 marca 2015 r. sygn. akt KIO 499/15, 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 547/15, 21 października 2015 r. sygn. akt KIO 2180/15, 10 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2595/15.

Znowelizowane przepisy ustawy modyfikują ogólną regułę w zakresie obowiązku dowodowego w postępowaniu odwoławczym. Aktualnie ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania (art. 190 ust. 1a Pzp). W orzecznictwie Izby zwrócono jednak uwagę, że ustawodawca unormował wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Jeżeli zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być jedynie to,

czy istnieją wątpliwości co do rzetelności oceny oferty, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga. Pogląd ten został wyrażony m.in. w wyrokach wydanych: 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 166/15, 20 maja 2015 r. sygn. akt KIO 935/15.

W orzecznictwie Izby w roku 2015 obecne są wszystkie elementy omawianej zmiany przepisów ustawy dotyczące problematyki rażąco niskiej ceny: wytycznych, w jakich okolicznościach niezbędne jest przeprowadzenie badania ofert pod kątem elementów mających wpływ na wysokość ceny, oraz wskazania, na których podmiotach uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Efektem dokonanej zmiany przepisów jest również zwiększenie stopnia szczegółowości postępowań wyjaśniających w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty jest jednym z najczęściej badanych w postępowaniach odwoławczych przez Izbę. Z omówionego orzecznictwa należy wyprowadzić wniosek, że problemem, z jakim mierzą się poszczególne składy orzekające nie jest już konieczność złożenia wyjaśnień przez wykonawcę oraz ich ocena pod względem formalnym, czyli kompletności i szczegółowości, lecz ocena o charakterze merytorycznym, czyli ich rzetelności i wiarygodności.

2. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą

Zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp podlega ona ograniczeniu tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednym z takich przypadków, bardzo często występującym w praktyce, jest wskazane w art. 8 ust. 3 Pzp prawo wykonawcy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie bądź we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W art. 8 ust. 3 Pzp ustawodawca definiuje zakres pojęciowy „tajemnicy przedsiębiorstwa” przez odesłanie do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten wskazuje, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z przytoczonej definicji wynika, że dane informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy przesłanki: 1) nie zostały ujawnione

do wiadomości publicznej; 2) posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą; 3) wykonawca podjął niezbędne działania, mające na celu dochowania ich poufności.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, kontynuując pogląd wyrażony wcześniej w orzecznictwie zespołów arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, jednogłośnie przyjęło za uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, że zamawiający nie może bezrefleksyjnie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz ma nie tylko prawo, ale i obowiązek weryfikacji zasadności takiego zastrzeżenia (tj. powinien zbadać, czy zaistniały łącznie wszystkie trzy przesłanki skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Jeżeli w konsekwencji takiej weryfikacji zamawiający dojdzie do wniosku, że zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezzasadne, to takie informacje ujawnia się (inni wykonawcy mogą się zapoznać z ofertą wykonawcy również w części bezzasadnie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Zwykle weryfikacja zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odbywała się w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez zamawiającego, często w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp, w zależności od charakteru tych informacji. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca mógł odstąpić od zastrzeżenia tajemnicy albo je podtrzymać – wówczas opisywał powody, dla których uważa zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za zasadne (wyjaśnienia w tym zakresie często były również zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nierzadko była wykorzystywana przez wykonawców w celu ograniczenia dostępu do własnej oferty, co miało zapobiec jej zakwestionowaniu w postępowaniu odwoławczym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Ustawodawca podjął zatem działania, które miały zminimalizować tendencję niezasadnego utajniania informacji składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Obecnie na wykonawcy już w momencie składania oferty (bądź wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem w obowiązującym stanie prawnym, aby skutecznie zastrzec informacje złożone wraz z ofertą jako tajemnicę przedsiębiorstwa,

wykonawca musi spełnić łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – zastrzec informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (co oznacza zachowanie trzech przesłanek, o których mowa we wstępie: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności), po drugie – wykazać (już w ofercie bądź we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Druga przesłanka – „wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” – stanowi w istocie nazwanie przez ustawodawcę jednego z „niezbędnych działań w celu zachowania poufności” (wyrok z 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15). Wykazanie, o którym mowa w znowelizowanym art. 8 ust. 3 Pzp, aby mogło stać się przedmiotem badania przez zamawiającego, musi nastąpić wraz ze złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Termin ten nie może zostać przekroczony. W orzeczeniach wydanych po zmianie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp jednogłośnie dostrzega się, że „Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego *nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie” (sygn. akt KIO 279/15). Analogiczny pogląd wyrażono m.in. w wyrokach wydanych 26 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 306/15, z 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15 i KIO 570/15 oraz 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 561/15. Brak jednoznacznego uwidocznienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może zostać uznany za brak podjęcia „niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności”, a nawet jako ujawnienie ich do wiadomości publicznej, przez załączenie do oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy braku wyraźnego opisanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa (sygn. akt KIO 279/15).

Wykonawcy na gruncie obowiązujących przepisów muszą mieć świadomość, że późniejsze – niż wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – wykazywanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa będzie uznane za spóźnione i w konsekwencji – nieskuteczne. Izba w wyroku z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15 zauważyła, iż „Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich

wyjaśnień (tj. wykazania w ofercie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przyp. autora opracowania) lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”. Taki sam pogląd wskazano w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 306/15 oraz sygn. akt KIO 561/15.

W uzasadnieniu orzeczeń zapadłych po nowelizacji często konstatuje się, że obecnie zamawiający nie przeprowadzają postępowania wyjaśniającego odnośnie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby *de iure et facto* naruszenie komentowanego przepisu.” (wyrok z 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15). Podobny pogląd wyrażono także w wyrokach wydanych: 26 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 306/15, 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15 i KIO 764/15 oraz 19 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1697/15. W ostatnim z przywołanych wyroków odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1-3 Pzp przez podjęcie decyzji o odtajnieniu oferty odwołującego jeszcze przed otrzymaniem od wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie. Izba nie stwierdziła zarzucanych naruszeń, ponieważ zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp (a nie było sporne, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było wszczęte już po wejściu w życie nowelizacji), zamawiający podejmuje decyzję o ewentualnym odtajnieniu informacji zawartych w ofercie na podstawie informacji do niej załączonych.

W orzecznictwie podkreśla się, że ogólnikowe stwierdzenia nie mogą być uznane za skuteczne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (często wykonawcy przywołują jedynie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, bez skonkretyzowania rzeczywistych przesłanek przemawiających za skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa). W ocenie składów orzekających same deklaracje i twierdzenia mogą być niewystarczające, a „wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK” (wyrok z 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt: KIO 568/15 i KIO 570/15), przy czym można „wykazywać” przy pomocy dowolnych środków dowodowych; inicjatywa w tym zakresie

należy do wykonawcy. Takie stanowisko zostało wyrażone również w uzasadnieniach wyroków: z 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 764/15, z 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15 oraz z 19 sierpnia sygn. akt. KIO 1697/15.

Wykonawca winien starannie formułować uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. I tak przykładowo: „Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy” (wyrok z 6 maja 2015 r. sygn. akt KIO 807/15).

Złożone dowody na okoliczność wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podlegają ocenie zamawiającego. Bada on składane w tym zakresie dowody i oświadczenia w kontekście treści informacji, co do których wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocena tych okoliczności odbywa się na takich samych zasadach, jak dotychczasowa obowiązkowa weryfikacja tajemnicy przedsiębiorstwa (przed nowelizacją art. 8 ust. 3 Pzp) w trybie postępowania wyjaśniającego, z tym że zamawiający już na etapie złożenia oferty otrzymuje komplet informacji, na podstawie których powinien podjąć decyzję co do ewentualnej niezasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (przed nowelizacją art. 8 ust. 3 Pzp – dopiero po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy).

W praktyce zdarza się, że wykonawcy zastrzegają informacje zawarte w pismach lub dokumentach składanych zamawiającemu w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu albo badania i oceny ofert, przykładowo wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Orzecznictwo stanęło zatem przed dylematem, czy dopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które są zawarte nie we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w ofercie, lecz w innych dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania, przykładowo w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub w wyjaśnieniach dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Problem ten został rozwiązany w ten sposób, że w odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej zasady wyrażone w art. 8 ust. 3 Pzp dotyczące ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wyroki wydane: 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15, 16 marca 2015 r. sygn. akt KIO 338/15, 18 września 2015 r. sygn. akt KIO 1947/15).

Warto zauważyć, że Izba coraz częściej staje przed koniecznością oceny zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączonych do nieujawnianych dokumentów wyjaśnień wykonawcy dotyczących przyczyn, dla których zawarte w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z 11 maja 2015 r., sygn. akt KIO 863/15, skład orzekający stwierdził, że nie można wykluczyć sytuacji, w której wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być nieodłącznie związane z zastrzeżonymi informacjami. Zwrócił jednakże uwagę, że składane zamawiającym wyjaśnienia mające stanowić wypełnienie przesłanki znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niejednokrotnie przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., popartych obszernym przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa. Zasygnalizował przy tym, że nawet jeśli w treści wyjaśnień znajduje się szczegółowe odniesienie do przesłanek określonych w przywołanym przepisie (przykładowo – do przesłanki związanej z podjęciem przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji), to ich ziszczenie się wykazywane jest przez odwołanie do typowej, powszechnie znanej argumentacji, która nie zasługuje na ochronę przewidzianą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nowelizacja art. 8 ust. 3 Pzp skróciła czas badania oferty (bądź wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) w odniesieniu do zastrzeżenia w niej tajemnicy przedsiębiorstwa dzięki nałożeniu na wykonawców, już w momencie składania oferty (bądź wniosku), obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo ze znowelizowanego przepisu wynika domniemanie, iż brak wykazania wraz ze złożoną ofertą (bądź wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skutkuje uznaniem, że dane informacje nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy a art. 24 ust. 2a Pzp

Art. 24 ust. 2a Pzp został wprowadzony do przepisów ustawy z dniem 19 października 2014 r. Stanowi on transpozycję do ustawy art. 45 ust. 2 lit. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Ustawa zmieniająca uchyliła jednocześnie art. 24 ust. 1 pkt 1a

Pzp, będący wynikiem uprzedniej implementacji wskazanego przepisu dyrektywy. Uchylony przepis był szeroko krytykowany przez środowiska związane z systemem zamówień publicznych. Jego niezgodność z prawem unijnym została wykazana m.in. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt C-465/11 Forposta oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2012 r. (sygn. akt V Ca 2015/12). Wskazana ustawa nowelizująca uchyliła również art. 24 ust. 1a Pzp.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2a Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Analiza treści orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanych w związku z podniesieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a Pzp, pozwala na wyodrębnienie problemów związanych ze stosowaniem tego przepisu przez zamawiających.

W wyroku z 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 142/15, Izba stwierdziła, iż zamawiający wyklucza wykonawcę z udziału w postępowaniu jedynie w sytuacji, gdy w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w treści SIWZ przewidział podstawę wykluczenia wykonawcy, jaka wskazana została przez ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 2a Pzp. Brak tej podstawy we wskazanych dokumentach uniemożliwia wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu. Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z 6 października 2015 r. sygn. akt KIO 2064/15.

W innych orzeczeniach Izba zwracała uwagę na konieczność udowodnienia przez zamawiającego, iż w przypadku danego wykonawcy zachodzą przesłanki do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp. W wyroku z 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 145/15, Izba podkreśliła, że niesłuszne, nieracjonalne i sprzeciwiające się treści wskazanego przepisu dyrektywy byłoby założenie, że udowodnienie faktu, iż wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn oznaczonych w art. 24 ust. 2a Pzp ma następować dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zdaniem Izby,

w okolicznościach rozpatrywanego przypadku, zamawiający winien był zgromadzić dostępne mu dowody (te same, które przedstawia w ewentualnym postępowaniu odwoławczym) już w momencie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów to potwierdzających. Podobnie orzekła Izba w wyroku z 11 maja 2015 r. sygn. akt 885/15 oraz w wyroku z 19 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1220/15.

W wyroku z 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 793/15, Izba wskazała na leżący po stronie zamawiającego obowiązek wykazania, że niewykonanie zamówienia, będące podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania, było przez niego zawinione. Izba podkreśliła, iż wina wykonawcy (w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo) jest niezbędną przesłanką wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Na obowiązek wykazania przez zamawiającego winy wykonawcy Izba zwróciła uwagę we wskazywanym wyżej orzeczeniu o sygn. akt KIO 2064/15.

W wyroku z 1 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 758/15, Izba stwierdziła, że z przepisu art. 24 ust. 2a Pzp nie wynika obowiązek uprzedniego rozstrzygnięcia sądowego, potwierdzającego fakt naruszenia obowiązków zawodowych w przeszłości. W tym zakresie przepis art. 24 ust. 2a Pzp różni się od uchylonego art. 24 ust. 1a, który istotnie takiego rozstrzygnięcia wymagał.

Orzeczenie z 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1570/15, dotyczy problemu wykluczania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp w sytuacji, gdy poważnego naruszenia obowiązku zawodowego dopuścił się podmiot udostępniający wykonawcy własne zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. W ocenie Izby – w sytuacji, w której wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający jest w stanie wykazać, iż podmiot udostępniający swoje doświadczenie poważnie naruszył w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie – konsekwencje tego ustalenia dotyczą bezpośrednio wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, chyba że udowodni fakt podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, mających zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości przez podmiot, z którego udziałem zamierza realizować przedmiotowe zamówienie.

Nie została natomiast przesądzona kwestia możliwości wezwania wykonawcy do wykazania, iż podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają

zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. W wyroku z 1 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 758/15, podtrzymanym przez Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z 22 września 2015 r., sygn. akt XII Ga 397/15, Izba stwierdziła, iż art. 24 ust. 2a Pzp nie wskazuje na obowiązek jakiegokolwiek działania zamawiającego w tym zakresie, ale nakłada na zainteresowanego ciężar i – przede wszystkim – inicjatywę w zakresie wykazania, że szkodę naprawił lub zobowiązał się do jej naprawienia a także, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Tym samym zamawiający nie ma obowiązku sygnalizowania zamiaru wykluczenia, jego podstawy faktycznej, która jest między stronami znana, a także wzywania, by wykonawca przedstawił okoliczności dla niego korzystne, pozwalające mu na oczyszczenie się ze stwierdzonego faktu poważnego wykroczenia zawodowego. Z kolei w wyroku z 6 października 2015 r., sygn. akt KIO 2064/15, Izba wskazała, iż udowodnienie okoliczności, na które wskazuje art. 24 ust. 2a Pzp, będzie po stronie wykonawcy możliwe, o ile w ogóle zamawiający da szansę wypowiedzenia się co do dostrzeżonych naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy. W sytuacji, gdy zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy w tym zakresie z żadnym wezwaniem czy wnioskiem, niedopuszczalne jest wykluczenie tego wykonawcy na podstawie wskazanego artykułu.

Krajowa Izba Odwoławcza w 2015 r. kilkakrotnie rozpoznawała zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiających przepisu art. 24 ust. 2a Pzp. W wydawanych orzeczeniach Izba wskazywała na ustawowe przesłanki zastosowania przepisu oraz dokonywała jego wykładni. Podkreślenia wymaga, że przepis ten – choć 2015 był pierwszym pełnym rokiem jego obowiązywania – nie nasręcza problemów interpretacyjnych i zasadniczo nie powoduje rozbieżności w orzecznictwie Izby. Natomiast dorobek orzecznictwa stanowi cenne źródło wiedzy dla zamawiających i wykonawców co do okoliczności i możliwości jego zastosowania.

4. Kryteria oceny ofert inne niż cena

Ustawą nowelizującą wprowadzono istotne zmiany w zakresie przepisów dotyczących kryteriów oceny ofert. Zasadniczym celem wyżej wskazanych zmian było dalsze upowszechnienie pozacenowych kryteriów oceny ofert i zmobilizowanie zamawiających do odejścia od wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny.

W znowelizowanym art. 91 ust. 2 Pzp dodano do wymienionych w nim przykładowych kryteriów oceny ofert kolejne kryteria odnoszące się do aspektów społecznych

i innowacyjnych oraz rozszerzono opis kryteriów środowiskowych. Ustawodawca wskazał, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Zawarty w art. 91 ust. 2 Pzp katalog pozacenowych kryteriów oceny ofert ma charakter otwarty i zamawiający są uprawnieni do tego, aby w zależności od rodzaju i złożoności przedmiotu zamówienia oraz z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp kreować inne kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ustalenie kryteriów oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej to jedna z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w ramach przygotowania postępowania. Prawidłowe i optymalne wybranie tych kryteriów, nadanie im odpowiedniej wagi i opisanie sposobu oceny ofert z zastosowaniem danego kryterium warunkuje wybór oferty, która w najwyższym stopniu będzie spełniania oczekiwania zamawiającego.

Wyliczenie przykładowych kryteriów oceny ofert wskazane w art. 91 ust. 2 Pzp uzupełnia katalog wyłączeń zawarty w art. 91 ust. 3 Pzp, gdzie ustawodawca zabronił ustalania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp ograniczenie to nie znajduje zastosowania do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym.

Najbardziej doniosłe zmiany w obszarze kryteriów oceny ofert wprowadził przepis art. 91 ust. 2a Pzp, który ograniczył możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej jedynie w oparciu o kryterium ceny wyłącznie do zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Przepis ten nie precyzuje pojęć „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe”, niemniej jednak należy je rozumieć w taki sam sposób, jak identyczne sformułowania zawarte już uprzednio w art. 70 Pzp przy określeniu przesłanki zastosowania trybu zapytania o cenę. Przedmiot zamówienia o ustalonych standardach jakościowych to taki, który nie będzie nietypowy lub specjalistyczny. Natomiast przez „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć powtarzalne cechy jakościowe i techniczne rzeczy (dostaw), usług lub robót budowlanych.

Dodatkowo przepis art. 91 ust. 2a Pzp nakłada na zamawiających posiadających status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) oraz zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp), którzy zdecydują się na dokonanie wyboru

oferty najkorzystniejszej wyłącznie w oparciu o kryterium ceny, obowiązek wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób uwzględnili w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Wskazane zmiany przepisów ustawy znalazły odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r. Problematykę związaną z pozacenowymi kryteriami oceny ofert można podzielić na dwie zasadnicze grupy, ze względu na etap, na jakim znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia. Pierwsza grupa zagadnień dotyczy opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, którego zamawiający zobowiązany jest dokonać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Druga grupa problemów orzeczniczych jest związana ze stosowaniem tych kryteriów w toku oceny ofert.

W ramach pierwszej grupy, tj. zarzutów podnoszonych na etapie sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący najczęściej kwestionowali nieprecyzyjny, niejasny, wprowadzający zbyt dużą dowolność i brak obiektywizmu opis kryterium oceny ofert. W konsekwencji odwołujący podnosili, że takie opisanie kryteriów oceny ofert prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Izba w wydanych orzeczeniach podkreślała, że kryteria oceny ofert powinny być opisane w sposób jasny, precyzyjny, umożliwiając wykonawcom późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Reprezentatywny w tym zakresie jest wyrok z 19 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1688/15, w którym Izba zwróciła uwagę, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek precyzyjnego i transparentnego określenia kryteriów oceny ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nałożone przez ustawodawcę obowiązki wynikają z konieczności zapewnienia, aby na późniejszym etapie oferty nie były wybierane dowolnie, arbitralnie, ale właśnie na podstawie owych kryteriów. Ponadto znajomość tych kryteriów na etapie ofertowania jest kluczowa z punktu widzenia wykonawców. Umożliwia złożenie oferty w warunkach, w których wiedzą oni czym zamawiający będzie się kierował wybierając ofertę najkorzystniejszą. Izba odwołała się także do orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w których wskazywano, że pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być: związane z przedmiotem zamówienia, wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji, oraz nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru (wyrok ETS z 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab). Orzeczenie to, co prawda dotyczyło kryteriów oceny ofert o charakterze środowiskowym, ale sformułowane przez Trybunał zasady dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert można uznać za uniwersalne.

W sprawie zakończonej wyrokiem Izby z 21 maja 2015 r., sygn. akt KIO 963/15, odwołujący zarzucił brak dookreślenia sposobu lub metody odniesienia, na podstawie której zamawiający będzie oceniał efektywność proponowanych rozwiązań (działań, technologii, sposobu organizacji pracy potencjału technicznego i osobowego), a także brak nadania wagi punktowej poszczególnym elementom podlegającym ocenie w ramach danego podkryterium. Rozstrzygając tę kwestię, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na to, że przepisy Pzp nie wymagają dokonywania opisu sposobu oceny w kryteriach pozacenowych z użyciem wzorów matematycznych, albo oparcia takiej oceny na zasadzie zero-jedynkowej, czy metodologii „spełnia/nie spełnia”. W konsekwencji Izba uznała, że uwzględnienie żądania odwołującego co do oczekiwanego przyznawania punktów ofertom przewidującym mniej skuteczne działania w zakresie standardów utrzymania drogi, ograniczyłoby w sposób istotny wynikającą z ustawy i prawa europejskiego swobodę uznawania danej oferty za najkorzystniejszą, a więc pozostającą w najlepszej relacji jakości do ceny.

Z kolei w uchwale z 18 grudnia 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 66/15, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że sposób oceny ofert według ustalonych kryteriów winien być tak dalece zobiektywizowany, jak to tylko jest możliwe dla danego rodzaju zamówienia, a przede wszystkim ma być przewidywalny dla wykonawców.

W postępowaniu tym zamawiający ustalił, że opis kryteriów i sposób oceny ofert obejmuje wycinek zamawianego opracowania, którego wybór wskazywał na preferencje zamawiającego co do sposobu wykonania zamówienia. Izba wskazała, że w takiej sytuacji sposób oceny ofert powinien w przejrzystej formie przedstawiać zobiektywizowane mierniki stopnia spełnienia oczekiwań zamawiającego i wyznaczać jednoznaczne granice dla przyznawania punktacji. Podkreśliła, że skonkretyzowanie przesłanek oceny warunkuje prawidłowość czynności porównania ofert w kryteriach i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający powinien mieć na względzie konieczność zapewnienia w przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uczciwej konkurencji między wykonawcami i równego ich traktowania, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, z czym wiąże się konieczność skonstruowania kryteriów i sposobu ich oceny tak, aby wyłączona była możliwość dokonania subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny. Potwierdza to także motyw 46 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, w którym wskazano, że „aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić – ustanowiony przez orzecznictwo – obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającą uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty”. Ponadto Izba zwróciła uwagę na to, że kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu

kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty. Innymi słowy – konkretnym wyznaczonym cechem nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe, aby umożliwić merytoryczne rozstrzygnięcie wyższości jednej oferty nad drugą.

W omawianej uchwale Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła także pogląd, że sformułowanie oceny ofert w sposób na tyle nieprecyzyjny, że pozostawia dowolność i uznaniowość w dokonywaniu tej oceny, stanowi bezpośrednio naruszenie zasady ochrony uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, statutowanej w art. 7 ust. 1 Pzp. Takie określenie kryteriów oceny ofert utrudnia wykonawcom przygotowanie oferty pod kątem zdobycia jak największej liczby punktów i rzetelnego konkurowania z ofertami innych wykonawców, narażając ich jednocześnie na subiektywną ocenę ofert przez zamawiającego bądź przyznanie mniejszej liczby punktów z powodu braku zaproponowania w ofercie rozwiązania, które byliby w stanie zaoferować, gdyby wiedzieli, że będzie ono oceniane i dodatkowo punktowane.

W ramach drugiej grupy, tj. zarzutów podnoszonych na etapie oceny ofert odwołujący najczęściej kwestionowali błędną, niezgodną z ustalonymi kryteriami ocenę ofert, polegającą na zawyżeniu lub zaniżeniu przyznanej punktacji. W orzecznictwie ujawnił się również problem dokonywania oceny ofert w oparciu o kryteria nieopisane uprzednio w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym zakresie Izba w wydanych orzeczeniach wskazywała, że z przyznawaniem punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert jest często związany pewien element subiektywizmu. Przykładowo w wyroku z 12 marca 2015 r., sygn. akt KIO 353/15, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że określenie przez zamawiającego podkryteriów, w ramach których będzie dokonywał oceny ofert w danym kryterium, ma na celu wyłączenie dowolności w ocenie dokonywanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Kryterium koncepcji realizacji zamówienia nie pozostaje do końca mierzalne i ma ocenny, uznaniowy charakter. Ocena kryteriów jakościowych, takich jak ocena koncepcji realizacji zamówienia oparta na przygotowanych w SWIZ opisach poszczególnych podkryteriów, pozostawia wykonawcom pewną swobodę co do zakresu i sposobu opisanie elementów oferty, które będą podlegać ocenie. W konsekwencji ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji przetargowej zawiera pewne subiektywne elementy, które są wynikiem samego procesu oceny, który w przypadku każdej z osób dokonujących tej oceny jest inny, co nie oznacza, że niewłaściwy. Sam fakt dokonywania oceny przez poszczególnych członków komisji przetargowej w sposób odmienny, tzn. przez przyznanie innej liczby punktów w danym kryterium, nie stanowi w ocenie Izby o nieprawidłowości dokonanej oceny. Wręcz przeciwnie, świadczy o indywidualności dokonanej oceny przez

poszczególnych członków komisji w poszczególnych podkryteriach kryterium koncepcji realizacji zamówienia. Izba zwróciła także uwagę, że w opisie poszczególnych podkryteriów oceny ofert zamawiający posłużył się pojęciami wartościującymi, takimi jak przykładowo: adekwatny, spójny, wpływający pozytywnie. Użyte przez zamawiającego określenia przy opisie poszczególnych podkryteriów wskazują na poziom efektów, jakie zostaną osiągnięte przez wykonawcę w zaprezentowanej koncepcji i podlegają ocenie.

Na konieczność dokonania indywidualnej oceny ofert przez członków komisji przetargowej Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę w wyroku z 30 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO 476/15. W orzeczeniu tym Izba doszła do przekonania, że komisja przetargowa oceniała oferty wykonawców w kryterium metodyki niezgodnie z postanowieniami SIWZ, albowiem członkowie komisji przetargowej nie przyznawali punktów indywidualnie, a wspólnie wypracowywali stanowisko, co mogło mieć wpływ w ocenie Izby na przyznaną wykonawcom punktację.

W wydanych orzeczeniach Izba zwracała także uwagę na konieczność dokonywania oceny ofert wyłącznie w oparciu o kryteria ustalone wcześniej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które powinny być niezmiennie w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia. Dla przykładu w orzeczeniu z 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 398/15 Izba zwróciła uwagę, że z zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów, muszą być wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Niedopuszczalna jest zatem zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert. Tym samym zamawiający nie może zmienić zasad przyznawania punktów w kryterium terminu płatności, a także treści oferty wykonawcy, musi więc przyznać wykonawcy tyle punktów, ile wynika z wprowadzonych przez niego zasad.

Podobne tezy Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w uchwale z 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 43/15, wskazując, że zamawiający nie może dokonywać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, które nie zostały zapisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wybiórczo stosując zapisane kryteria lub w inny sposób niezgodny z określonymi w SIWZ kryteriami. Zauważyć należy, że na etapie oceny ofert treść specyfikacji wiąże zarówno wykonawców, jak i przede wszystkim zamawiającego, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien stać na straży uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Interpretacja specyfikacji

istotnych warunków zamówienia wbrew jej jednoznacznym, literalnym zapisom stanowiłaby niewątpliwie istotne naruszenie powyższych zasad.

Przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert zasadniczo nie budzą wątpliwości interpretacyjnych w rozstrzygnięciach wydanych przez Izbę w 2015 r. Z orzecznictwa wynika jednak, że prawidłowy dobór kryteriów oceny ofert oraz nadanie im odpowiedniego znaczenia i opisanie w taki sposób, aby doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, która gwarantuje oszczędne i racjonalne wydatkowanie środków publicznych, nastęrcza wielu zamawiającym duże trudności.

5. Mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczaniu podatku od towarów i usług w orzecznictwie Izby

Mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u (ang. *reverse charge*) został wprowadzony po raz pierwszy do polskiego systemu podatkowego w oparciu o nowelizację ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo o miarach z dnia 1 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 64, poz. 332). W obszarze zamówień publicznych ten sposób rozliczania podatku zaczął mieć znaczenie w związku z nowelizacją ustawy o VAT, która nastąpiła ustawą z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 605) i weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Ustawa nowelizująca wprowadziła mechanizm odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u na wybrane produkty elektroniczne i rozszerzyła listę towarów objętych tym sposobem rozliczenia podatku. Zwiększenie rodzajów towarów nastąpiło przez zmianę załącznika nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług, który aktualnie w poz. 28a-28c wymienia przenośne maszyny do automatycznego przetwarzania danych, takie jak: laptopy, notebooki, tablety oraz telefony komórkowe, w tym smartfony, będące przedmiotem wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasadę odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u stosuje się, jeżeli łączna wartość towarów wymienionych w poz. 28a-28c, w ramach jednolitej gospodarczo transakcji obejmującej te towary, bez kwoty podatku od towarów i usług, przekracza kwotę 20.000,00 zł. Za transakcję jednolitą gospodarczo uznaje się transakcję obejmującą umowę, w ramach której występuje jedna lub więcej dostaw towarów wymienionych w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy, nawet jeżeli są one dokonane na podstawie odrębnych zamówień lub wystawianych jest więcej faktur dokumentujących poszczególne dostawy.

Dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej stawki i kwoty VAT, zamiast tego faktura powinna zawierać wyrazy – „odwrotne obciążenie”. Ponieważ na zamawiającym ciąży obowiązek podatkowy i jest on zobligowany do rozliczenia

podatku od tejże transakcji, tym samym nie przekazuje wykonawcy zamówienia stosownej kwoty na uiszczenie należnego podatku VAT. Oznacza to, że sama wartość zamówienia nie uwzględnia podatku VAT, jednakże w dalszym ciągu sama transakcja podlega opodatkowaniu. Zmiana sposobu rozliczeń nie powoduje zmniejszenia kwoty środków koniecznych do zaangażowania przez zamawiającego.

Powołana nowelizacja ustawy o VAT zmieniła art. 91 ust. 3a Pzp, którego nowe brzmienie spowodowało wśród uczestników rynku zamówień szereg wątpliwości co do poprawności stosowania tego przepisu.

Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. W informacji wykonawca wskazuje nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania odwróconego VAT, oraz wskazuje ich wartość bez kwoty tego podatku. Natomiast zamawiający w celu oceny takiej oferty, dolicza do przedstawionej w niej ceny, podatek od towarów i usług w odpowiedniej stawce, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Odnosnie prawidłowości stosowania przepisu art. 91 ust. 3a Pzp w 2015 r. zostało rozpatrzonych merytorycznie przez Krajową Izbę Odwoławczą osiem odwołań wykonawców, w wyniku czego wydano wyroki: 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1956/15, 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15, 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15, 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15, 23 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2411/15 oraz 11 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2555/15.

Jednym z problemów związanych ze zmianą przepisów była kwestia, czy wykonawca w postępowaniu wszczętym po dniu 1 lipca 2015 r. powinien zawsze składać wraz z ofertą informację dla zamawiającego wynikającą z art. 91 ust. 3a Pzp. W odwołaniach wyrażano pogląd, że wymóg złożenia informacji wynikającej z powołanego przepisu jest niezależny od sytuacji, czy w postępowaniu może zaistnieć sytuacja odwróconego opodatkowania podatkiem VAT.

Izba rozstrzygając ten problem stwierdziła, że wykładnia art. 91 ust. 3a Pzp prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji odnośnie tego, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę prowadzącą do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Z treści powołanego wyżej przepisu wynika ponadto, że takiemu obowiązkowi informacyjnemu zawsze ma towarzyszyć obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do powstania

obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. Wobec powyższego Izba przyjęła, że obowiązek informacyjny wykonawców wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się jedynie w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia takiej informacji. Pogląd taki został wyrażony w wyrokach wydanych: 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15, 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15. Przepis art. art. 91 ust. 3a Pzp należy bowiem czytać całościowo i tak też wywodzić stosowne wnioski (wyrok z 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15).

Analiza stanowisk poszczególnych składów orzekających zajętych w ramach rozstrzygnięcia sporów powstałych w różnych stanach faktycznych prowadzi do wniosku, że ocena konsekwencji niezłożenia informacji o zastosowaniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u jeszcze kształtuje się w orzecznictwie Izby.

W sytuacji, kiedy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, a obowiązek jego złożenia był niewątpliwy, Izba uznała zasadność odrzucenia przez zamawiającego oferty takiego wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stanowisko takie Izba zajęła w wyroku wydanym 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15. Natomiast w wyroku wydanym 23 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2411/15, Izba, biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny, wyraziła pogląd, że brak złożenia stosownego oświadczenia powinien być wyjaśniony przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W orzecznictwie zaznaczyło się również zagadnienie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezłożenia informacji w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W wyroku z 13 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2362/15, Izba uznała, że niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, nie może być rozpatrywane w kategorii błędu w obliczeniu ceny i nie może wywoływać skutku w postaci odrzucenia oferty. Wskazano, że okoliczność, kto ma być płatnikiem VAT (wykonawca czy zamawiający) pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowości obliczenia ceny oferty, gdyż określenie, czy po stronie zamawiającego powstaje obowiązek podatkowy nie ma znaczenia dla ogólnego finansowego kosztu ponoszonego przez zamawiającego w związku z zamówieniem.

Izba uznawała także, że brak jest podstaw do odrzucenia takiej oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ informacja złożona w trybie art. 91 ust. 3a Pzp nie stanowi treści oferty i nie ma wpływu na wykonanie przedmiotu zamówienia. Oświadczenie wykonawcy pozwala jedynie na ustalenie, na kim spoczywa obowiązek rozliczenia podatku VAT (wyrok z 11 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2555/15).

Brak oświadczenia o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok z 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15).

Konsekwentnie z omawianym poglądem Izba wskazywała również, że w sytuacji braku złożenia informacji wynikającej z art. 91 ust. 3a Pzp lub złożenia oświadczenia zawierającego niepełne informacje nie jest możliwe zastosowanie trybu uzupełniania dokumentów ofertowych w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast w sytuacji złożenia takiej informacji zawierającej błędy czy budzącej wątpliwości co do treści Izba akceptowała dokonywane przez zamawiających wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (wyroki z 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15 i 11 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2555/15). Izba wskazywała również, że w przypadku niezłożenia stosownej informacji nie ma podstaw, aby brak ten uznać za omyłkę podlegającą poprawieniu, w szczególności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (wyrok z 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15).

Izba rozstrzygała także problem obowiązku złożenia przez wykonawcę informacji, o której mowa w art. 91 ust. 3a Pzp, w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Żądanie takie Izba uznała nie tylko za niecelowe, ale i za niedopuszczalne. Wskazała, że celem zawarcia umowy ramowej jest stworzenie podstaw do zawierania w przyszłości tzw. umów realizacyjnych. Umowa ramowa nie stanowi sama w sobie zobowiązania do świadczenia przez którąkolwiek z jej stron. Umowa ramowa jest tylko podstawą dla zawieranych później umów realizacyjnych, jednak jej zawarcie nie powoduje obowiązku kontraktowania. Tym samym obowiązek złożenia zamawiającemu informacji o sposobie rozliczenia VAT materializuje się dopiero na etapie umów realizacyjnych (wyrok z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1956/16).

W kilku postępowaniach odwoławczych Izba rozpatrywała możliwość zaliczania do jednolitej gospodarczo transakcji, warunkującej zastosowanie odwróconego VAT, wartości przedmiotów czy też komponentów nabywanych w tym postępowaniu wraz z towarami wskazanymi w poz. 28a-28c załącznika nr 11 do ustawy o VAT. Izba uznała, że brak jest podstaw do zaliczania do takiej transakcji przedmiotów, które mogą mieć zastosowanie także do innych urządzeń, czy to nabywanych w tym zamówieniu, czy też już posiadanych przez zamawiającego, a nie wykazanych wprost w ww. załączniku do ustawy o VAT. Pogląd ten został wyrażony w wyrokach wydanych: 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1966/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15 i 28 października 2015 r. sygn. akt KIO 2263/15.

Postępowania odwoławcze dotyczące mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u w roku 2015 nie były liczne, stąd trudno stanowczo twierdzić, że znaczenie oświadczenia wykonawcy oraz konsekwencje błędów popełnionych w tym zakresie zostały już ustalone w orzecznictwie. U podstaw kształtującej się linii orzeczniczej leży założenie, że z oświadczenia wykonawcy wymaganego przez art. 91 ust. 3a Pzp zamawiający powinien uzyskać wiedzę, czy w procesie porównywania ofert do ceny zaproponowanej przez danego wykonawcę ma doliczyć podatek od towarów i usług, którym będzie obciążony jako płatnik tego podatku. Informacja ta nie stanowi jednak wiążącej podstawy do obliczenia należnego podatku. Podstawą naliczenia i wymiaru podatku są przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, nie zaś ustawa Prawo zamówień publicznych. Obowiązek podatkowy, a tym samym ustalenie wysokości podatku należnego spoczywa na zamawiającym, co daje podstawy do twierdzenia, że oświadczenie o istnieniu mechanizmu odwróconego obciążenia przy rozliczeniu VAT-u ma walor informacyjny, choć ma znaczenie dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nie można pominąć, że ustawodawca nie wprowadził szczególnego trybu postępowania związanego z brakiem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a Pzp lub złożenia takiego oświadczenia obarczonego błędami. W konsekwencji Izba rozstrzygając spory dotyczące tego oświadczenia podjęła próbę stosowania w odniesieniu do tego dokumentu zasad analogicznych jak przy ocenie innych dokumentów zawartych w ofercie.

6. Dokumenty elektroniczne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W obowiązującym porządku prawnym zasady obrotu dokumentami elektronicznymi regulowane są między innymi w ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565 ze zm.), ustawie z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2001 r., Nr 130, poz. 1450 ze zm.), rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 910/2014 r. z 13 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73). Regulacje w tym zakresie znajdują się również w k.p.a.

Normy powołanych aktów prawnych nie mogą być jednak wprost przeniesione na grunt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zatem w zakresie dokumentów elektronicznych składanych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego odesłanie to nie pozwala na stosowanie reguł obrotu cywilnoprawnego, gdyż procedura o udzielenie zamówienia stanowi procedurę szczególną, kompleksowo regulowaną przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków zastrzeżonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Zasada pisemności może być wyłączona np. w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które zgodnie z art. 27 ust. 4 Pzp mogą być przekazane zamawiającemu faksem lub drogą elektroniczną, ale na żądanie zamawiającego wskazane w ogłoszeniu powinny być potwierdzone pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ponadto, zgodnie z art. 82 ust. 2 Pzp, za zgodą zamawiającego dopuszczalne jest złożenie oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przepisach wykonawczych do ustawy określona została forma, w jakiej mogą być składane dokumenty, których może żądać zamawiający. W § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów dokumenty składa się w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania dokumentów elektronicznych powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wydaje się, że powołana regulacja daje podstawy do złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, w formie elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem wykonawcy, pozostawia jednak niejasną ocenę dopuszczalności złożenia dokumentu elektronicznego opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym przez organ, który go wystawił na wniosek wykonawcy. Dotyczy to przede wszystkim zaświadczeń żądanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, możliwych do uzyskania w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gwarantującym integralność, autentyczność i nienaruszalność treści (np. zaświadczenie z ZUS).

Przy obecnym brzmieniu przepisów zamawiający oraz wykonawcy nie znajdą wprost podstawy w przepisie wykonawczym do tego, aby dokument przekazany zamawiającemu w formie elektronicznej na adres poczty elektronicznej zamawiającego mógł być wydrukowany, a jego kopia – dołączona do oferty złożonej w formie pisemnej, a w przypadku dokumentów przekazywanych w toku badania i oceny ofert, jako załącznik do protokołu postępowania. Zasadniczo wykonawcy dysponujący dokumentem elektronicznym (zaświadczeniem urzędowym), dokonują jego wydruku, a następnie uwierzytelniają

i załączają do oferty, jako jego kopię. Na tle tej praktyki powstały wątpliwości, czy jest to prawidłowy sposób złożenia dokumentu elektronicznego opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym, a przede wszystkim, czy wydruk może stanowić dowód tego, co zostało w nim stwierdzone, czyli posiada moc dokumentu urzędowego.

Przy ocenie tej kwestii składy orzekające Izby wyrażały różne poglądy. Osłą sporu okazała się kwestia, czy wobec brzmienia obowiązujących przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów dopuszczalne jest złożenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu wydanego przez ZUS w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem przez dołączenie wydruku dokumentu do oferty oraz czy wydruk taki może być traktowany jako równoważny z zaświadczeniem pisemnym (według art. 14 k.p.a.).

Mając na uwadze brzmienie przepisów ustawy i rozporządzenia pytaniem domagającym się odpowiedzi jest, czy wydruk powinien być traktowany jako oryginał (opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym pracownika ZUS), czy też jako jego kopia możliwa do poświadczenia przez wykonawcę, co w jednej ze spraw rozpoznawanych przed Izbą zrodziło wątpliwości spowodowane tym, że w takim przypadku nie jest widoczny podpis elektroniczny, a wydruk zawiera przykładową adnotację: *Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć oprogramowania do weryfikacji podpisu. Data złożenia podpisu: 2015-06-15T11:36:23Z Podpis elektroniczny.*

Na tle tego zagadnienia stanowisko Izby zostało wyrażone w dwóch orzeczeniach, tj. w wyroku z 18 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 225/15 oraz w wyroku z 7 września 2015 r. sygn. akt KIO 1860/15. W pierwszym z nich skład orzekający uznał, iż wydruk zaświadczenia jest kopią oryginału występującego w obrocie elektronicznym i wymaga potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Podstawę dla takiej oceny Izba wywiodła z braku ustawowej regulacji pozwalającej na traktowanie wydruku zaświadczenia ZUS na równi z oryginałem dokumentu elektronicznego, jak ma to miejsce w przypadku wydruków z KRS (art. 4 ust. 4a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1203 ze zm.), zaświadczeń z CEIDG (art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2007 r. o swobodzie działalności gospodarczej t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.), czy też dokumentów bankowych, które na mocy przepisów szczególnych nie wymagają poświadczania za zgodność z oryginałem. W drugim orzeczeniu skład orzekający za przesądzającą dla rozstrzygnięcia uznał kwestię, czy podstawą dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu może być poświadczona przez wykonawcę za zgodność z oryginałem kopia dokumentu występującego w obrocie elektronicznym, różniąca się w podpisie. Przy braku szczególnej regulacji poświęconej składaniu dokumentów elektronicznych poświadczonych bezpiecznym podpisem elektronicznym skład orzekający

uznał, iż nie można przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu pominąć treści dokumentu oryginalnego tylko na tej podstawie, iż na wydruku z tego dokumentu nie widnieje podpis elektroniczny, a w jego miejscu znajduje się adnotacja wskazująca na jego istnienie.

Odmienne stanowisko legło u podstaw wyroku z 13 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2362/15, w którym wskazano między innymi, iż przepisy nie przewidują możliwości składania zaświadczeń z ZUS w formie wydruku dokumentu elektronicznego, a taki wydruk nie stanowi dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 76 k.p.a.

Jednocześnie w uzasadnieniu orzeczenia wskazano wprost na potrzebę zmiany przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Analiza wskazanych rozstrzygnięć prowadzi do konkluzji, że podstawą dla wyrażanych w nich ocen jest brak, tak w przepisach ustawy, jak i rozporządzenia, regulacji sposobu złożenia dokumentu elektronicznego opatrzonego podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu, mimo dopuszczenia tej formy, jako równoważnej formie pisemnej, na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Właściwe w tym celu wydaje się być wykorzystanie skrzynki poczty elektronicznej zamawiającego, co jednak nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach regulujących procedurę oraz nie rozwiązuje innych problemów, z jakimi wiąże się złożenie takiego dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma przede wszystkim przepisów, z których wynikałoby, iż dokument przekazany w formie elektronicznej na skrzynkę pocztową zamawiającego do upływu terminu składania ofert, uznaje się za złożony wraz z ofertą w terminie na jej złożenie (w przypadku dokumentu, który miał być złożony w ofercie). Dla ustalenia tego konieczne byłoby wskazanie momentu, z którym ustawodawca wiąże skutek w postaci wniesienia dokumentu elektronicznego, a takiego rozwiązania nie zawiera rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów. W związku z odesłaniem w art. 14 Pzp do przepisów Kodeksu cywilnego można przyjąć, iż oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią (art. 62 § 2 k.c.). Należy jednak zauważyć, iż regulacja ta nie jest wystarczająca, gdyż wykonawca nie może mieć pewności, czy dokument został złożony skutecznie wraz z ofertą, co może rodzić negatywne skutki w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd konieczne wydaje się być dookreślenie w przepisach wykonawczych do ustawy: po pierwsze – rodzaju nośników elektronicznych, na jakich dokumenty mogłyby być składane zamawiającemu, lub wskazania wyłącznie na środki komunikacji elektronicznej, po drugie – sposobu potwierdzania przez zamawiającego faktu otrzymania dokumentu elektronicznego, po trzecie – zasad przechowywania dokumentów elektronicznych, ich usuwania i udostępniania

wykonawcom, po czwarte – metod zabezpieczenia korespondencji w przypadku awarii serwera (sprzętu) zamawiającego przed terminem na złożenie oferty.

Opisana problematyka prowadzi do konkluzji, że obowiązujący stan prawny powoduje wiele wątpliwości i wymaga uzupełnienia istniejących luk w taki sposób, aby niezależnie od rodzaju dokumentów elektronicznych opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym występujących powszechnie w obrocie prawnym, mogły one być wykorzystane na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obecnie przepisy rozporządzenia przez wymaganie opatrzenia dokumentu bezpiecznym podpisem wykonawcy, wydają się być nieadekwatne do możliwości, jakie stwarzają nowoczesne formy komunikacji administracji i przedsiębiorców pozwalające na uzyskanie elektronicznych zaświadczeń opatrzonych bezpiecznym podpisem osoby uprawnionej.

Wprawdzie omówione zagadnienie nie było często poruszane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2015, ale rysujące się problemy stanowiąc mogą cenną wiedzę, szczególnie w perspektywie kolejnych nowelizacji przepisów.

7. Gwarancja wadialna składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w świetle orzecznictwa Izby oraz sądów okręgowych

Zabezpieczenie wadialne oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma istotne znaczenia z punktu widzenia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Art. 46 ust. 5 Pzp nakazuje zamawiającemu zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, jeśli wykonawca taki odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jeśli zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. O znaczeniu wadium świadczy również zawarty w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakaz wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł wadium.

Orzecznictwo już w poprzednich latach wypracowało pogląd, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wadium uznaje się za wniesione wtedy, gdy zamawiający może się z niego zaspokoić we wszystkich sytuacjach przewidzianych w Pzp. Na tym tle powstał problem, czy w kontekście skuteczności wniesienia wadium i możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego z wadium w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających jego zatrzymanie, ma znaczenie wskazanie w treści gwarancji firm (nazw) wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy ofertę składa konsorcjum.

W orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych zarysowały się dotychczas dwa odmienne stanowiska:

1. Oparte na ocenie, że w sytuacji, gdy pomiędzy treścią gwarancji a treścią oferty zachodzą rozbieżności podmiotowe (których klasycznym przykładem jest wystawienie gwarancji wyłącznie na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bez wymienienia w jej treści firm (nazw) pozostałych wykonawców, składających wspólnie ofertę) nie dochodzi do skutecznego wniesienia wadium a konsorcjum podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.
2. Oparte na ocenie, że brak wymienienia w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie uzasadnia wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Pogląd o wadliwości gwarancji, która nie wymienia wszystkich konsorcjantów oraz o braku solidarnej odpowiedzialności tych wykonawców na etapie prowadzonego postępowania, znalazł odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15.

Stanowisko przeciwne znalazło odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku z 23 lipca 2015 r. sygn. akt IV Ca 357/15 oraz w wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15.

Orzeczenia sądów okręgowych nie zapadły w takich samych stanach faktycznych, jednak tezy zawarte w uzasadnieniach są reprezentatywne dla poglądów wyrażanych w orzecznictwie Izby. Warto podkreślić, że argumenty przemawiające na rzecz każdego ze stanowisk zostały zawarte także w zdaniach odrębnych złożonych w sprawach, w których przedmiotem sporu była ocena wniesienia wadium w formie gwarancji, gdzie nie zostali wskazani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Argumenty reprezentatywne dla wskazanych stanowisk zostały przywołane w uzasadnieniach wyroków wydanych 5 marca 2015 r. sygn. akt KIO 336/15, 28 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1753/15, 13 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2362/15, 18 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1177/15, 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15 oraz w zdaniach odrębnych złożonych do niektórych z przywołanych rozstrzygnięć.

Na poparcie poglądu o wadliwości gwarancji, która nie wymienia wszystkich uczestników konsorcjum powoływano w szczególności następujące argumenty:

1. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie

zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Treść gwarancji bankowej z punktu widzenia modelowo sporządzonej gwarancji bankowej powinna wskazywać wykonawcę, a więc oba podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony, co przesądza zarówno o akceptacji gwarancji, jak i o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant.
3. Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej winno w swej treści zawierać informację, że podmiotem zabezpieczającym zapłatę wadium jest konsorcjum, a nie wyłącznie lider konsorcjum.
4. Objęcie gwarancją bankową tylko jednego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia spowoduje, że gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców.
5. Na warunki zapłaty składa się także wskazanie za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp bank gwarant odpowiada. Niejednoznaczne określenie podmiotu, za który bank odpowiada może być podstawą zarzutów banku wobec beneficjenta gwarancji wynikających z treści gwarancji.
6. Odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak towarzystwo ubezpieczeniowe (gwarant). W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem a zamawiającym jako beneficjentem, którego treść wynika z listu gwarancyjnego.
7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków.
8. Brak jest możliwości przypisania solidarnej odpowiedzialności uczestnikom konsorcjum na etapie postępowania przetargowego.
9. Solidarna odpowiedzialność podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowana została art. 141 Pzp i dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

10. Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywieść z art. 370 k.c., gdyż nie ma w tym przypadku wspólnego dla tych wykonawców mienia, co stanowi warunek *sine qua non* dla powstania odpowiedzialności solidarnej, o której mowa w tym przepisie.

Pogląd, że nie jest konieczne wskazanie w treści gwarancji wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, uzasadniany był w szczególności następująco:

1. Nie jest konieczne wymienienie w gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który samodzielnie ustala warunki wpłaty wadium w SIWZ.
2. Przepisy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ.
3. Odpowiedzialność konsorcjantów odbywa się na zasadach solidarności dłużników. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub z czynności prawnej. W zakresie zabezpieczonego przez wadium obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną ustanawia art. 141 Pzp. Niemniej powyższe nie oznacza, że w pozostałym zakresie zabezpieczonym wadium odpowiedzialność współkonsorcjantów nie jest solidarna, albo przynajmniej ukształtowana na wzór odpowiedzialności solidarnej. Solidarność tę należy przede wszystkim wyprowadzić z art. 370 k.c.
4. Świadczenia obciążające konsorcjum w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, a zwłaszcza świadczenie polegające na złożeniu oświadczenia o zawarciu umowy, mają charakter świadczenia niepodzielnego i w tym zakresie znajdzie zastosowanie art. 380 § 1 k.c.
5. Z uwagi na abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji bank nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym – nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.
6. Ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciążące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy postępowania, gdyż nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenia o potencjalnym zachowaniu banku. Niemniej jednak zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powoduje to, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia.

7. Wszystkie działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń.
8. Izba nie jest uprawniona do rozstrzygania, czy ewentualna odmowa wypłaty świadczenia pieniężnego z takiej gwarancji mogłaby być skutecznie złożona zamawiającemu, co mogłoby być przedmiotem sporu o zapłatę świadczenia prowadzonym przed sądem powszechnym.
9. Jeden z wykonawców na podstawie pełnomocnictwa lub umowy konsorcjum może być upoważniony przez pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wniesienia wadium w ich imieniu. W takim przypadku wniesienie wadium w formie gwarancji wskazującej wyłącznie tego umocowanego wykonawcę jest skuteczne wobec wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W omawianych stanowiskach odmiennie prezentowane jest także zagadnienie dotyczące istnienia po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia solidarnej odpowiedzialności na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestia ta stanowi niewątpliwie złożony problem także na gruncie prawa cywilnego

W związku ze znaczeniem omawianych zagadnień dla wyboru najkorzystniejszej oferty i zabezpieczeniem praw zamawiającego przy zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, problematyka gwarancji wadialnej konsorcjum była poruszana w czasie narady orzeczniczej członków Izby i taka pogłębiona refleksja powinna być kontynuowana.

Złożoność zagadnień związanych z zabezpieczeniem wadialnym oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy wadium wnoszone jest w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, uzasadnia konieczność podjęcia również innych działań zmierzających do wypracowania spójnej i jednolitej wykładni przepisów ustawy. W sytuacji, gdy rozbieżność cechuje również orzecznictwo sądów okręgowych, warto rozważyć, czy w sprawie tej nie powinien wypowiedzieć się Sąd Najwyższy. Wniesienie skargi kasacyjnej przez Prezesa Urzędu i stanowisko Sądu Najwyższego może mieć pozytywne znaczenie dla orzecznictwa sądów okręgowych oraz Izby.

8. Treść sentencji wyroku Izby a realizacja prawa stron i uczestników postępowania odwoławczego do sądu

Zagadnieniem, które w okresie sprawozdawczym nabrało szczególnego znaczenia dla uczestników rynku zamówień publicznych, był wpływ kształtu sentencji wyroku Izby na realizację zagwarantowanego przepisami Pzp prawa stron i uczestników postępowania odwoławczego do sądu.

Omawiane zagadnienie zaznaczyło się w orzecznictwie Izby już w 2014 r. W wyroku z 4 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1748/14 i KIO 1752/14, Izba uwzględniła jeden z zarzutów odwołania, co znalazło wyraz w pkt 1 sentencji orzeczenia. Odnośnie pozostałych zarzutów i żądań Izba uznała je za nieuzasadnione, czemu dała wyraz w uzasadnieniu. Odwołujący po nieskutecznej próbie uzupełnienia wyroku wniósł skargę obejmującą nieujęte w sentencji orzeczenia zarzuty i żądania, w której argumentował, że zaskarżenie orzeczenia w takim kształcie jest możliwe, a samo orzeczenie jest dla niego niekorzystne. Sąd Okręgowy w Warszawie, postanowieniem z 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3384/14, skargę odrzucił, wskazując, że odwołujący, którego odwołanie zostało uwzględnione, nie ma interesu w skarżeniu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, ponieważ nie został pokrzywdzony w wyniku jego wydania.

Po wydaniu tego rozstrzygnięcia w większości wyroków Izba – mając na względzie konieczność realizacji przysługującego stronom i uczestnikom postępowań odwoławczych prawa do sądu – kształtowała treść pkt 1 sentencji w ten sposób, że wskazaniu co do których zarzutów odwołanie zostało uwzględnione towarzyszyła klauzula odnosząca się do zarzutów lub żądań, które nie zostały uwzględnione.

Wątpliwości powstawały jednak w związku z art. 192 ust. 1 zd. pierwsze Pzp, zgodnie z którym o oddaleniu lub uwzględnieniu odwołania Izba orzeka wyrokiem, oraz na gruncie § 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu stanowiącego, że wyrok zawiera m.in. rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego.

Problematyka ta nabrała szczególnego znaczenia w związku z wyrokiem z 27 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1320/15, 1325/15 i 1330/15, którym Izba uwzględniła część zarzutów podniesionych w odwołaniu przez jednego z wykonawców (sygn. akt KIO 1330/15) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do złożenia oferty skierowanego do konkurenta odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, z wykorzystaniem procedur przewidzianych przepisami Pzp, w tym w art. 26 ust. 3 Pzp (pkt 1.1 sentencji orzeczenia).

W uzasadnieniu Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1330/15 podlega częściowemu uwzględnieniu w zakresie omówionym w uzasadnieniu, natomiast w zakresie nieuwzględnionych zarzutów – podlega oddaleniu.

Odwołujący się wykonawca złożył wniosek o uzupełnienie wyroku Izby w zakresie zgłoszonych w odwołaniu żądań, co do których Izba nie orzekła w sentencji, wskazując, że jej obecny kształt uniemożliwia mu wniesienie skargi do sądu, ponieważ w przypadku zaskarżenia twierdzeń zawartych w uzasadnieniu wyroku, skarga będzie podlegać odrzuceniu jako wniesiona od nieistniejącej części orzeczenia.

W uzasadnieniu wniosku odwołujący – powołując się na § 33 i 34 przywołanego wcześniej rozporządzenia, przepisy art. 196 ust. 1, 3-5, art. 197 ust. 1 i 2 i art. 198a ust. 1 Pzp, a nadto na art. 325 i art. 328 § 2 k.p.c. oraz orzecznictwo Izby, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego – argumentował, że:

1. Uzasadnienie nie stanowi elementu orzeczenia, a jedynie zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa – *ergo* wszelkie rozstrzygnięcia o żądaniach może nastąpić wyłącznie w sentencji wyroku, nie zaś w jego uzasadnieniu. Orzeczenie wskazuje czynności, których winien dokonać zamawiający w ramach wykonania wyroku Izby, a uzasadnienie stanowi jedynie wyjaśnienie przyczyn wydania orzeczenia danej treści, zatem *de lege lata* nie może być jedynym źródłem wiedzy o czynnościach, które winny być podjęte w celu usunięcia stwierdzonych niezgodności z przepisami Pzp.
2. Aktualnie ustawodawca konsekwentnie odróżnia orzeczenie od jego uzasadnienia (w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w którym uzasadnienie stanowiło integralną część orzeczenia), o czym świadczyć może m.in. okoliczność, że orzeczenie i jego uzasadnienie podpisywane jest przez skład orzekający oraz że do wniosku o stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby dołącza się odpis orzeczenia, nie zaś jego uzasadnienia.

Izba – postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2015 r. – odmówiła uzupełnienia ww. wyroku, wskazując na następujące argumenty:

1. Konstrukcja rozstrzygnięć (orzeczeń) Izby wynika z art. 192 ust. 1 i 2 oraz art. 196 ust. 1, 3 i 5 Pzp. Ponadto w § 34 ust. 1 rozporządzenia został określony zakres orzeczenia Izby, a w ust. 2 przepisu podano, że orzeczenie oraz uzasadnienie podpisuje skład orzekający. Powyższe regulacje wskazują, że Izba orzeka oddalając

lub uwzględniając odwołanie oraz wydaje postanowienia, ogłasza (podlegające ogłoszeniu) orzeczenia wraz z podaniem ustnie motywów rozstrzygnięcia; ponadto z urzędu (obligatoryjne) sporządza uzasadnienie każdego orzeczenia, a odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem, podpisane każde z osobna przez członków składu orzekającego, wysyła (doręcza) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego, jako łącznie orzeczenie z uzasadnieniem.

2. Wyrok Izby musi uwzględniać szczególny charakter unormowań zawartych w Pzp, które stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów k.p.c. Przepisy k.p.c. o sądzie polubownym w odniesieniu do postępowania odwoławczego i o apelacji w odniesieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia skargi mają odpowiednie zastosowanie wówczas, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Wyrok taki nie może być postrzegany jako forma orzeczenia w kategoriach zwykłego odpowiednika wyroku sądu, uzyska on bowiem moc prawną dopiero po zatwierdzeniu jego wykonalności przez ten sąd.
3. W orzecznictwie Izby przyjęto, że uzasadnienie wyroku może zawierać określone oceny i nakazy skierowane do zamawiającego, stanowiąc rozwinięcie i sprecyzowanie rozstrzygnięć ujętych w pkt 1 wyroku, nazywanym powszechnie – przykładowo za art. 325 k.p.c. – sentencją.

W konkluzji Izba stwierdziła, że w sprawie o sygn. akt KIO 1330/15, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp, rozstrzygnęła w punkcie 1.1. wyroku w całości co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując, które z nich podlegały uwzględnieniu – podkreślając, że z regulacji Pzp nie wynika instytucja częściowego uwzględnienia odwołania z jednoczesnym oddaleniem go w pozostałej części.

Odwołujący wniósł skargę na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1330/15, zaskarżając go również w części, w jakiej Izba w uzasadnieniu wyroku nie uwzględniła zarzutów i żądań odwołania. Skarżący stwierdził, że sentencja zaskarżonego wyroku nie jest dla niego korzystna, ponieważ Izba uwzględniła tylko jeden spośród wielu zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu, co oznacza, że w pozostałym, przeważającym zakresie odwołanie zostało oddalone. W skardze podkreślono, że w przypadku uwzględnienia co najmniej jednego z zarzutów odwołania Izba uwzględniła odwołanie (w sentencji), zaś o nieuwzględnionych zarzutach wypowiada się dopiero w uzasadnieniu.

Sąd Okręgowy w Warszawie właściwy do rozpoznania skargi powziął w związku z jej treścią wątpliwość dotyczącą dopuszczalności skargi na orzeczenie Izby i w związku z powyższym postanowieniem z 1 grudnia 2015 r. skierował zapytanie do SN, wskazując, że według sądu możliwe są trzy interpretacje zaskarżonego wyroku:

1. Można przyjąć, że Izba nie orzekła o całości żądania i wobec tego skarga winna zostać odrzucona z powodu braku substratu zaskarżenia. W tej sytuacji należy mieć jednak na względzie fakt, że Izba oddaliła wniosek skarżącego o uzupełnienie wyroku, odwołując się m.in. do katalogu możliwych rozstrzygnięć zawartych w wyrokach Izby. Sąd podkreślił, że w doktrynie zgodnie przyjmuje się, iż w sytuacji, gdy sąd – wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 325 k.p.c. – nie orzekł o zgłoszonym w żądaniu roszczeniu lub przyznał je w rozmiarze mniejszym, niż należało, strona może żądać zasądzenia tych roszczeń bądź w drodze uzupełnienia wyroku (art. 351 § 1 k.p.c.), bądź w drodze osobnego powództwa, nie może zaś do tego celu zmierzać przez wniesienie apelacji. Brak wyroku jako niezbędnego substratu zaskarżenia powoduje niedopuszczalność apelacji, a w konsekwencji jej odrzucenie.
2. Można przyjąć, że Izba uwzględniła odwołanie w całości w zakresie wszystkich zarzutów odwołującego i w związku z tym skarżący nie ma interesu prawnego (*gravamen*) w zaskarżeniu orzeczenia, co także skutkuje odrzuceniem skargi. Należy jednak zauważyć, iż obiektywnie wyrok Izby w tak przedstawionej sytuacji jest częściowo niekorzystny dla skarżącego, ponieważ uwzględniła ona odwołanie faktycznie jedynie tylko co do części wniesionych przez skarżącego zarzutów. Częściowe uwzględnienie odwołania wynika z treści sentencji wskazującej jakie czynności dokonane przez zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp należy powtórzyć. Treść uzasadnienia wyroku Izby bezspornie wskazuje, że zarzuty w pozostałym zakresie podlegają oddaleniu. Mając na uwadze, iż postępowanie wywołane wniesieniem skargi na orzeczenie Izby regulowane jest przepisami k.p.c., można przyjąć, że wystarczającą przyczyną wniesienia skargi jest już sama niezgodność zaskarżonego orzeczenia z żądaniem strony. Pokrzywdzenie orzeczeniem (*gravamen*) zachodzi wtedy, gdy zaskarżone orzeczenie jest obiektywnie w sensie prawnym niekorzystne dla skarżącego, gdyż z punktu widzenia jego skutków związanych z prawomocnością materialną skarżący nie uzyskał takiej ochrony prawnej, która zamierzał osiągnąć przez procesowo odpowiednie zachowanie w postępowaniu poprzedzającym wydanie orzeczenia. Sytuacja taka zachodzi w przedmiotowej sprawie, nieuwzględnienie przez Izbę wniosków skarżącego wskazanych w odwołaniu jest w sensie prawnym obiektywnie niekorzystne dla niego, gdyż uprawomocnienie się zaskarżonego wyroku skutkuje niezakwalifikowaniem skarżącego do dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
3. Można też uznać, że Izba orzekła o całości żądania, częściowo uwzględniając odwołanie w treści sentencji, a częściowo oddalając je w treści uzasadnienia wyroku.

Takie podejście rodzi jednak poważne wątpliwości co do prawidłowości i brzmienia sentencji orzeczenia sądu odwoławczego, które w takiej sytuacji musiałyby dotyczyć nie sentencji orzeczenia, a jedynie jego uzasadnienia. Za dopuszczalnością skargi przemawia fakt, iż sąd orzekając w sprawie ze skargi na orzeczenie Izby pełni funkcję drugiej instancji merytorycznej, w związku z czym uznanie za niedopuszczalną przedmiotowej skargi, uniemożliwi merytoryczną kontrolę co do części zarzutów, które zgodnie z uzasadnieniem do wyroku nie zostały uwzględnione. Odrzucenie przez Sąd Odwoławczy skargi należałoby także rozważyć w kontekście konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności i prawa skarżącego do sądowej kontroli kwestionowanego orzeczenia. Prawidłowość przyjętego przez Izbę sposobu formułowania wyroków na gruncie Pzp, w szczególności co do tego, czy w przypadku uwzględnienia jednego tylko z kilku postawionych zarzutów Izba może wydać wyrok jedynie uwzględniający odwołanie, a o pozostałych zarzutach rozstrzygnąć w uzasadnieniu, była często kwestionowana przez sądy okręgowe rozpatrujące jako druga instancja skargi na orzeczenia Izby. Sądy wielokrotnie traktowały wniesienie skargi jako kwestionujące wyłącznie uzasadnienie rozstrzygnięcia i odmawiały skarżącemu interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej, podczas gdy część orzecznictwa w omawianym przypadku poddało merytorycznemu rozpoznaniu skargi wniesione od rozstrzygnięcia Izby zawartego w uzasadnieniu orzeczenia.

Sąd Okręgowy stwierdził, że rozbieżności orzecznicze – zarówno Izby, która czasami odnosi się do wszystkich zarzutów w sentencji swojego orzeczenia, a innym razem do części zarzutów odnosi się jedynie w uzasadnieniu orzeczenia, jak i sądów odwoławczych, które raz odrzucają skargi ze względu na brak substratu zaskarżenia lub interesu prawnego (*gravamen*), a innym razem rozpoznają merytorycznie skargi – powodują konieczność ujednoczenia praktyki orzeczniczej w tym zakresie. Funkcjonowanie rozstrzygnięć skrajnie przeciwstawnych powoduje niestabilność obrotu gospodarczego i prawnego, a także podważa zaufanie obywateli względem prawidłowości funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

17 lutego 2016 r. Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi na wskazane zagadnienie prawne w uchwale (sygn. akt: III CZP 111/15). Sąd Najwyższy orzekł, że skarga do sądu od wyroku Izby dotycząca zarzutów oddalonych w uzasadnieniu tego orzeczenia a nierozstrzygniętych w sentencji jest dopuszczalna.

Sąd Najwyższy wskazał, że postępowanie odwoławcze jest pierwszą instancją merytorycznego rozstrzygnięcia sporu między zamawiającym a uczestnikiem konkursu lub innym podmiotem mającym interes w uzyskaniu danego zamówienia, zaś postępowanie, które toczy się przed sądem w wyniku skargi wniesionej na wyrok Izby jest postępowaniem

rozstrzygającym spór w drugiej instancji. Wywiódł, że orzeczenie o całości zarzutów i żądań powinno nastąpić w sentencji wyroku a nie w jego uzasadnieniu. Pominięcie tej zasady nie może jednak zamykać – przewidzianego w art. 78 Konstytucji – prawa do zaskarżenia wyroku wydanego w pierwszej instancji.

9. Terminy w postępowaniu odwoławczym i skutki ich niedotrzymania przez wykonawcę – wybrane zagadnienia

Prawo zamówień publicznych określa terminy, których przekroczenie powoduje negatywne skutki dla podjętych przez wykonawcę czynności w postępowaniu odwoławczym. Przede wszystkim uchybienie terminowi określonym w art. 187 ust. 2 oraz w art. 182 ust.1-4 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp powoduje, odpowiednio, zwrot odwołania wniesionego przez wykonawcę, bądź jego odrzucenie. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie wiąże ustawa z wniesieniem odwołania. W przypadku odrzucenia odwołania podniesione zarzuty nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, a wykonawca, który wniósł odwołanie obciążony jest kosztami postępowania odwoławczego, na których poczet zaliczany jest m.in. uiszczony przez wykonawcę wpis. Z kolei naruszenie przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego terminu wymaganego przez art. 185 ust. 2 Pzp powoduje, że wykonawca nie uzyskuje statusu uczestnika postępowania odwoławczego, któremu przysługuje prawo do wniesienia skargi na orzeczenie Izby, a w przypadku zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego – nie jest on uprawniony do wniesienia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust.3 i 4 Pzp w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty z odwołania.

Sposób liczenia biegu terminu na dokonanie czynności w postępowaniu odwoławczym ugruntował się w orzecznictwie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych.

Reprezentatywne w odniesieniu do zachowania terminu na dokonanie czynności w postępowaniu odwoławczym jest stanowisko orzecznictwa ukształtowane w odniesieniu do terminu na wniesienie odwołania. Dla zachowania tego terminu konieczne jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Pogląd taki został wyrażony m.in. w postanowieniach wydanych: 3 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 576/14, 20 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1654/14, 14 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 7/15, 21 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 73/15. Zbieżne stanowisko zajęły również przez sądy okręgowe m.in. w wyrokach wydanych przez: Sąd Okręgowy w Katowicach 16 września 2010 r. sygn. akt XIX Ga 302/10, Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp. 21 września 2011 r. sygn. akt V Ca 226/10, Sąd Okręgowy w Łodzi

26 listopada 2011 r. sygn. akt X Ga 311/10. Wskazana wykładnia przepisów ustawy została potwierdzona również przez Sąd Najwyższy w uchwale z 7 lutego 2014 r. sygn. akt III CZP 90/13.

Do obliczania biegu terminu stosuje się przepisy k.c., zatem jeśli upływ terminu na wniesienie odwołania przypada w sobotę, nie ulega on przedłużeniu zgodnie z art. 115 k.c. do pierwszego dnia roboczego, gdyż sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy. Pogląd taki został wyrażony w postanowieniach wydanych 5 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1410/13 oraz 8 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2567/13.

Odmienne poglądy zostały wyrażone przez Wiceprezesa UZP w piśmie z 3 marca 2015 r. skierowanym do Marszałka Sejmu. Wiceprezes stwierdził, że zgodnie z unijnymi przepisami obowiązuje zasada, iż jeżeli termin upływa w sobotę, to podlega on wydłużeniu do następnego dnia roboczego, gdyż do liczenia terminów wnoszenia odwołań określonych w Pzp ma zastosowanie rozporządzenie Rady (EWG, EURATOM) nr 1182/71 z dnia 3 czerwca 1971 r., określające zasady mające zastosowanie do okresów, dat i terminów, na podstawie art. 1 rozporządzenia nr 1182/71 w związku z treścią Dyrektywy klasycznej (motyw 60 preambuły) oraz Dyrektywą sektorową (motyw 57 preambuły). Jak stanowi art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 1182/71, „(...) za dni robocze uważa się wszystkie inne dni niż ustawowo wolne od pracy, niedziele i soboty”. Jeśli ostatni dzień okresu wyrażonego inaczej niż w godzinach jest dniem ustawowo wolnym od pracy, niedzielą lub sobotą, to zgodnie z postanowieniem art. 3 ust. 4 rozporządzenia, termin ten kończy się następnego dnia roboczego. Konsekwencje stosowania tego przepisu dla zamówień publicznych powinny być takie, że w sytuacji, kiedy termin wniesienia odwołania określony zgodnie z art. 182 Pzp przedłużeniu do końca pierwszego dnia roboczego następującego po sobocie, czyli do poniedziałku. Bezpośrednie stosowanie przepisów rozporządzenia nr 1182/71 w zakresie obliczania i upływu terminu na wniesienie odwołania ma pierwszeństwo przed regulacjami k.c., gdyż Pzp oraz wyżej wymienione rozporządzenie samodzielnie regulują przedmiotową materię bez konieczności sięgania po regulacje k.c. dotyczące sposobu liczenia terminów.

Pogląd ten nie znalazł odzwierciedlenia w postanowieniach Prezesa Izby oraz orzeczeniach Izby wydanych w 2015 r. W postanowieniach o zwrocie odwołania, odrzuceniu odwołania oraz stwierdzeniu nieskuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego uznano, że przywołany powyżej art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady nr 1182/71 nie obejmuje swoim zakresem terminów w postępowaniu odwoławczym.

W wyroku z 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 818/15, Izba, badając skuteczności zgłoszonego przystąpienia, uznała, że przepisy przywołanego rozporządzenia Rady nie mają zastosowania w przypadku polskiego systemu środków ochrony prawnej, gdyż kwestie

związane z obliczaniem terminów ustawodawca europejski pozostawił regulacjom wewnętrznym danego państwa. Rozporządzenie nr 1182/71 nie jest skierowane do polskich organów orzekających w sprawach zamówień publicznych, czy też uczestników polskiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zamawiających i wykonawców), lecz do organów unijnych tworzących prawo i w odniesieniu do tych podmiotów ma bezpośredni skutek obowiązywania. Dyrektywa klasyczna i Dyrektywa sektorowa zawierają odesłanie do wskazanego rozporządzenia Rady z 1971 r., którego to odesłania ustawodawca europejski nie zastosował w Dyrektywie odwoławczej. Ustawodawca europejski pozostawił zatem swobodzie państwa członkowskiego ustalenie w regulacjach krajowych zasad obliczania terminów na wnoszenie środków odwoławczych, mając na względzie specyfikę każdego z państw i określone w tym względzie potrzeby i rozwiązania w zakresie przyjętego dla konkretnych, różnych systemów odwoławczych. Wskazano, że art. 185 ust. 7 Pzp odsyła do przepisów k.p.c. o sądzie polubownym, w tym do art. 1184 § 2 k.p.c. w zw. z art. 165 § 1 k.p.c., oraz że w polskim porządku prawnym dni ustawowo wolne od pracy wylicza enumeratywnie ustawa o dniach wolnych od pracy, która to ustawa za dzień ustawowo wolny od pracy nie uznaje soboty. Z tych też względów wpływ terminu na dokonanie określonej czynności – w tym wniesienie do Prezesa Izby zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego – w sobotę, skutkuje uznaniem, że właśnie w tym dniu termin ten skutecznie upływa, bez możliwości jego wydłużenia na kolejny dzień roboczy.

W uzasadnieniu postanowienia o zwrocie odwołania z 19 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 916/15, z powodu zbyt późnego uiszczenia wpisu Prezes Izby stwierdził, że w dyrektywie odwoławczej terminy zostały określone odmiennie niż terminy, o których mowa w dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, przez wskazanie liczby dni kalendarzowych, których sposób liczenia nie został objęty zakresem przedmiotowym rozporządzenia nr 1182/71. Tym samym brak jest w przepisach wspólnotowych regulacji, zgodnie z którą termin na wniesienie odwołania upływający w sobotę przedłuża się do następnego dnia roboczego. Sposób liczenia terminów na wniesienie odwołania nie został objęty rozporządzeniem nr 1182/71, należy w tym zakresie zastosować prawo krajowe, tj. przepisy k.c.. Zgodnie z art. 115 k.c., jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin ten upływa dnia następnego. W świetle ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 2015 r. poz. 90) sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, wobec czego termin upływający w sobotę nie podlega wydłużeniu do poniedziałku.

Podobna argumentacja podniesiona w uzasadnieniu postanowienia z 13 maja 2015 r., sygn. akt KIO 910/15, którym Izba odrzuciła odwołanie, została podtrzymana przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w uzasadnieniu wyroku z 15 lipca 2015 r. sygn. akt

III Ca 375/15. Sąd potwierdził, że sposób liczenia terminów na wniesienie odwołania nie został objęty rozporządzeniem nr 1182/71 i w związku z tym znajduje tu zastosowanie prawo krajowe, tj. przepisy k.c.

Zagadnienie związane z obliczaniem upływu terminów rodzi istotne skutki dla postępowania odwoławczego, w szczególności warunkuje możliwość oceny działania zamawiającego przez niezależny organ – Krajową Izbę Odwoławczą. O doniosłości problemu upływu terminu na wniesienie odwołania świadczy również skarga wniesiona przez wykonawcę do Trybunału Konstytucyjnego w 2013 r., która dotychczas nie została rozpatrzona. W skardze tej wnioskodawca zarzucił, że art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp rozumiany w ten sposób, że Izba odrzuca odwołanie wniesione w następnym dniu roboczym przypadającym po sobocie jako ostatnim dniu terminu oraz art. 185 ust. 7 Pzp w zakresie, w jakim uniemożliwia stosowanie przepisów art. 165 § 2 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., stoją w sprzeczności z zasadą przyzwoitej legislacji i zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa zamówień publicznych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Znaczenie sposobu liczenia terminów w postępowaniu odwoławczym uzasadnia potrzebę pogłębionej refleksji nad obowiązującymi przepisami. Jej rezultatem jest propozycja zmiany Pzp, zgodnie z którą jeśli termin na wniesienie odwołania upływa w sobotę, ulega przedłużeniu do pierwszego dnia roboczego.

Część IV

Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r.

Poza opisanymi w Części I obowiązkami orzecznymi członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podejmowali w 2015 r. działania ukierunkowane na zdobywanie wiedzy i podnoszenie kwalifikacji zawodowych przydatnych w toku rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych, podniesienie jakości orzecznictwa oraz dzielenie się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych.

1. Podnoszenie kwalifikacji

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia dotyczące nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, czynności bankowych i ubezpieczeniowych w praktyce zamówień publicznych, jak również wybranych instytucji prawa cywilnego i ich zastosowania

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem rozważań były również wybrane aspekty ustrojowe dotyczące Krajowej Izby Odwoławczej oraz zasady kwalifikacji uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w świetle zasad prawa Unii Europejskiej i prawa polskiego. Podczas szkolenia poświęconego sztuce prezentacji i wystąpień publicznych oraz kontrolowania stresu na sali sądowej zapoznano się z technikami przydatnymi w pracy orzeczniczej.

W celu wypracowania jednolitych stanowisk prezentowanych przez poszczególne składy orzekające członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji istotne w praktyce orzeczniczej kwestie formalne i merytoryczne, w tym niektóre problemy opisane w Części III niniejszej Informacji.

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

1. Ogólnopolskiej konferencji zorganizowanej 2 marca 2015 r. przez wydawnictwo CH Beck pod patronatem merytorycznym Katedry Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie pod tytułem „Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Trudności i wątpliwości praktyki”.
2. Międzynarodowej konferencji naukowej „Elektroniczny Protokół – szansą na transparentny i szybki proces” zorganizowanej przez Centrum Kompetencji i Informatyzacji Sądownictwa w dniach 28-29 maja w Warszawie.
3. Konferencji „Hospital Management 2015” zorganizowanej przez Wydawnictwo Termedia i czasopismo „Menadżer Zdrowia”.
4. VIII Międzynarodowej Konferencji Naukowej zorganizowanej przez Katedrę Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie w dniach 20-21 września 2015 r. pod tytułem „Nowe Prawo zamówień publicznych. Kierunki modernizacji”.
5. X Ogólnopolskiej Konferencji Zamówień Publicznych „Nowe dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne” zorganizowanej przez Monitor Zamówień Publicznych w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie.
6. II Międzynarodowej Konferencji Naukowej, której organizatorem był Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Tematem konferencji, która odbyła się 8-9 października 2015 r. w Łodzi, była „Reforma Prawa Zamówień Publicznych. Sektor użyteczności publicznej i PPP”.

7. X Forum Przetargów Publicznych w dniach 12-14 października 2015 r. w Jachrance, której organizatorem był miesięcznik „Przetargi Publiczne”, a tematem było „Prawo zamówień publicznych – problemy praktyczne w świetle nowych dyrektyw, aktualnych przepisów i planowanych zmian”.
8. Konferencji zorganizowanej w dniach 19-21 listopada 2015 r. przez Katedrę Polityki Gospodarczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Okręgową Izbę Radców Prawnych w Krakowie oraz Komisję Szkoleń Informacji i Promocji Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, której przedmiotem była „Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian”.

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

Nie można pominąć obecności Izby w projekcie realizowanym przez Fundację Batorego pn. „Barometr ryzyka w zamówieniach publicznych”, a także czynnego udziału przedstawicieli Izby w toczącym się w 2015 roku procesie legislacyjnym związanym z implementacją nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

Szczególnie warto odnotować uzyskanie w roku 2015 przez 7 członków Izby uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego albo adwokata, dzięki czemu obecnie ok. 80 % członków Izby posiada tego rodzaju uprawnienia zawodowe.

2. Działalność edukacyjna

W okresie sprawozdawczym zostały opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z członkami Krajowej Izby Odwoławczej kolejne trzy zeszyty orzecznicze, których celem jest informowanie uczestników systemu zamówień publicznych o istotnych zagadnieniach rozstrzyganych w orzecznictwie.

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

Zeszyt nr 19 zawiera 268 tez orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wybranych spośród blisko 1 300 orzeczeń zapadłych w związku z odwołaniami rozpoznanymi przez Izbę w drugiej połowie 2014 r.

W jubileuszowym Zeszycie nr 20 zespół redakcyjny spośród ponad 600 uchwał Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w wyniku rozpoznania zastrzeżeń wniesionych przez zamawiających od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wybrał 247 tez.

W Zeszycie nr 21 zamieszczono natomiast blisko 205 tez wybranych spośród 650 orzeczeń Izby wydanych w okresie od stycznia do marca 2015 r. oraz 110 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego kierowanych przez zamawiających do Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2013-2014.

3. Analiza przepisów

W roku 2015 r. Izba zgłosiła Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych propozycje do projektu zmian ustawy Prawo zamówień publicznych powstałego w związku z implementacją do przepisów polskiego prawa postanowień nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Izba postulowała ponadto zmianę przepisów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz procedury odwoławczej budzących rozbieżności interpretacyjne również na poziomie kontroli instancyjnej sprawowanej nad orzecznictwem Izby przez sądy okręgowe. Zgłoszono również propozycje do projektów rozporządzeń Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań oraz w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

W związku z projektem nowelizacji Pzp zwrócono uwagę na istotne dla Krajowej Izby Odwoławczej kwestie związane ze statusem członków Izby oraz zasadami ich wynagradzania. Rok 2015 był bowiem kolejnym okresem, w którym zasady wynagradzania członków Izby oraz wysokość tego wynagrodzenia nie uległy zmianie. Ten stan rzeczy powoduje – wbrew zamierzeniom ustawodawcy powołującego Krajową Izbę Odwoławczą – postępującą pauperyzację członków Izby będących wąską grupą zawodową dysponującą specjalistyczną wiedzą i doświadczeniem, w sytuacji gdy zakres wykonywanych przez nich zadań oraz poziom złożoności faktycznej i prawnej rozpoznawanych spraw stale rośnie.

4. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa

W lipcu 2015 r. Izba wzięła udział w konsultacjach mających na celu dokonanie oceny skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych, wprowadzonych dyrektywą 2007/66/WE. Wyniki ankiety, której respondentem była Izba, mają posłużyć do opracowania sprawozdania, które zgodnie z dyrektywą 2007/66/WE Komisja Europejska zobowiązana jest złożyć Parlamentowi Europejskiemu i Radzie.

Niezależnie od powyższego przedstawiciel Krajowej Izby Odwoławczej 30 września 2015 r. wziął udział w zorganizowanym przez Komisję Europejską spotkaniu przedstawicieli organów rozpoznających środki ochrony prawnej w pierwszej instancji, w czasie którego zaprezentował ocenę krajowego systemu środków ochrony prawnej.

Podsumowanie

W roku 2015 r. Izba stanęła wobec wyzwań wynikających ze zmian przepisów ustawy dokonanych w roku 2014 r. Wobec faktu, że znowelizowane przepisy dotyczyły postępowań wszczętych po ich wejściu w życie, ich wykładnia kształtowała się zasadniczo dopiero w roku sprawozdawczym. Mimo starań Izba nie uniknęła problemów występujących w organach rozstrzygających spory, a dotyczących jednolitości orzecznictwa, również w odniesieniu do zagadnień zaprezentowanych w Części III Informacji.

Izba – kierując się znaczeniem jej orzecznictwa dla systemu zamówień publicznych oraz świadomością, że zapadające rozstrzygnięcia kształtują wykładnię przepisów Pzp – stale podejmuje działania zmierzające do uzyskania przez uczestników rynku zamówień publicznych pewności prawa.

Rosnący poziom złożoności stanów faktycznych oraz stopień skomplikowania rozstrzyganych zagadnień prawnych nakazują docenić nakład pracy członków Izby włożony w prawidłowe i terminowe rozpoznawanie spraw odwoławczych. Jest to tym bardziej godne podkreślenia, że następuje w pogarszających się warunkach płacowych. Wynagrodzenie członków Krajowej Izby Odwoławczej nie uległo bowiem zmianie od powstania Izby, co oznacza znaczący realny spadek jego wartości.

Sprawność działania Izby, zaangażowanie w prawidłowe wykonywanie obowiązków oraz stale rosnące kwalifikacje jej członków pozwalają na stwierdzenie, że Izba wywiązuje się z zadań nałożonych na nią przez ustawodawcę i jest w stanie sprostać wyzwaniom wynikającym z implementacji do polskiego porządku prawnego nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.