

**Informacja o działalności  
Krajowej Izby Odwoławczej  
w 2022 roku**

**Warszawa 2023 r.**

## Spis treści

<b>Wykaz skrótów i skrótowców .....</b>	<b>4</b>
<b>Wprowadzenie.....</b>	<b>6</b>
<b>CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2021 r. .</b>	<b>7</b>
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby .....	7
2. Skład osobowy Izby.....	8
3. Organy Izby.....	8
4. Rzecznik dyscyplinarny .....	9
5. Rzecznik prasowy .....	9
<b>CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2022 roku w ujęciu statystycznym.....</b>	<b>10</b>
1. Wpływ odwołań .....	10
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania.....	11
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych .....	11
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Wiceprezesa Izby, osoby upoważnione do wykonywania czynności w imieniu organów ustawowych. ....	12
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań.....	12
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania .....	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań .....	13
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie .....	14
9. Zdania odrębne .....	14
10. Powołanie biegłego .....	14
11. Prawomocność orzeczeń.....	14
12. Terminowość rozpoznawania odwołań .....	15
13. Ogłaszanie orzeczeń .....	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	16
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy .....	18
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP .....	19

17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.....	20
<b>CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....</b>	<b>21</b>
1. Przesłanka zależności ekonomicznej podmiotu wewnętrznego, któremu udzielone ma być zamówienie in-house. ....	21
2. Charakter prawny oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.....	28
3. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle najnowszego orzecznictwa Izby.....	35
4. Status i pozycja Krajowej Izby Odwoławczej z perspektywy 15-lecia jej funkcjonowania..	44
<b>CZĘŚĆ IV - Działalność pozaorzecznicza Izby.....</b>	<b>49</b>
1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa .....	49
2. Szkolenia zbiorowe.....	49
3. Narady orzecznicze i seminaria .....	49
4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna .....	49
5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa .....	50
6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej.....	50
<b>Podsumowanie .....</b>	<b>51</b>

## Wykaz skrótów i skrótowców

<b>Dz. U.</b>	Dziennik Ustaw
<b>Dz. Urz. UE</b>	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>Dyrektywa klasyczna</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65)
<b>Dyrektywa sektorowa</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 243)
<b>Dyrektywa odwoławcza</b>	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, str. 31)
<b>Izba lub KIO</b>	Krajowa Izba Odwoławcza
<b>jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ</b>	Dokument, którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
<b>k.c. lub KC</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360)
<b>kodeks spółek handlowych</b>	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1467 ze zm.)
<b>k.p.c.</b>	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.)
<b>Prezes Izby</b>	Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
<b>Prezes Urzędu, Prezes UZP</b>	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

<b>rozporządzenie w sprawie postępowania odwoławczego</b>	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2453)
<b>rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych</b>	rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2415)
<b>SN</b>	Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	sąd okręgowy
<b>specyfikacja lub SWZ</b>	specyfikacja warunków zamówienia
<b>TSUE lub Trybunał</b>	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)
<b>Urząd lub UZP</b>	Urząd Zamówień Publicznych
<b>ustawa Pzp z 2004 r.</b>	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.)
<b>ustawa Pzp, PZP, Pzp lub nPzp</b>	ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.)

## Wprowadzenie

Prezentowana Informacja przedstawia w sposób syntetyczny najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Krajowej Izby Odwoławczej w 2022 r., w tym tematy będące przedmiotem orzecznictwa Izby.

Informacja została podzielona na cztery części.

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

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym i procentowym wraz z porównaniem z danymi dotyczącymi roku 2021, a w części również z lat poprzednich. Przedstawione dane pozwalają na analizę funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej oraz zaangażowania członków Izby w wykonywanie ustawowych zadań. Wykorzystane dane statystyczne zebrane zostały przez Urząd Zamówień Publicznych.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które w sposób szczególnie zaznaczyły się w orzecznictwie Izby w 2022 r.

Tegoroczna Informacja roczna przedstawia problemy orzecznicze obejmujące zarówno zagadnienia związane ze sposobem udzielenia zamówienia (przesłanka zależności ekonomicznej w postępowaniach in-house), jak i dotyczące dokumentów składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (charakter prawny oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp). Poruszono również problematykę formułowania postanowień umownych, a konkretnie dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, mających istotne znaczenie w aktualnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i stanowiących przedmiot licznych rozstrzygnięć Izby w 2022 r. Nie zabrakło także spojrzenia na status i pozycję Krajowej Izby Odwoławczej z perspektywy 15 lat jej funkcjonowania.

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

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

Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 6 z dnia 28 czerwca 2023 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 479 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.) Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

# **CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2022 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 VIII Rozdział 2 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami art. 505-578 ustawy Pzp. Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2453).

Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby, na podstawie art. 579 i 580 ustawy Pzp, sprawuje Sąd Okręgowy w Warszawie, zwany „sądem zamówień publicznych”, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przysługuje skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego. Zgodnie z przepisem art. 590 ust. 2 ustawy Pzp, skargę kasacyjną może wnieść strona oraz Prezes Urzędu.

Obok orzekania w sprawach odwołań, Izba – zgodnie z art. 578 ustawy Pzp – rozpoznaje składane w toku postępowań odwoławczych wnioski zamawiających o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z mocy art. 610 ust. 3 ustawy Pzp Izba jest także organem właściwym do rozpoznawania zastrzeżeń od wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu.

W Izbie obowiązują również akty wewnętrzne tj. Wewnętrzny Regulamin Organizacji Pracy Krajowej Izby Odwoławczej, a także zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

## **2. Skład osobowy Izby**

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby, powoływani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Regulacje prawne dotyczące członków Izby zostały zawarte w art. 474-476, 478 oraz 483-486 ustawy Pzp.

Członkowie Izby przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa (art. 475 ust. 2 ustawy Pzp). Za naruszenie swoich obowiązków i uchybienie godności zawodowej członkowie Izby podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej (art. 485 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 474 ust. 1 ustawy Pzp, w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Na początku roku sprawozdawczego skład Izby liczył 44 osoby, a na koniec 45 osób.

Dnia 2 czerwca 2022 r. Minister Rozwoju i Technologii ogłosił postępowanie kwalifikacyjne dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej, ustalając limit osób, które zostaną powołane w skład KIO na 8 osób. Postępowanie zostało zakończone 4 listopada 2022 r., wyłoniono w nim 7 osób uprawnionych do powołania przez ministra właściwego do spraw gospodarki w skład KIO. Nowo powołani członkowie nie rozpoczęli pracy w roku sprawozdawczym.

## **3. Organy Izby**

Organizację KIO reguluje art. 479 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem organami Izby są:

- Prezes Izby,
- zgromadzenie ogólne Izby.

Prezes i Wiceprezes Izby powoływani są przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję.

Funkcję wiceprezesa Izby w okresie objętym Informacją pełnił Jan Kuzawiński, jednocześnie w tym czasie wykonując obowiązki Prezesa Izby, z uwagi na wakat na tym stanowisku. W dniu 1 września 2022 r. Minister Rozwoju i Technologii na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powołał Jana Kuzawińskiego na kolejną trzyletnią kadencję na stanowisku Wiceprezesa KIO, rozpoczynającą się od dnia 7 września 2022 r.

Dnia 1 czerwca 2022 r. na podstawie art. 480 ust. 3 ustawy Pzp Minister Rozwoju i Technologii ogłosił konkurs na stanowisko Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie zostało zakończone 4 listopada 2022 r., wyłoniono w nim 1 osobę uprawnioną do powołania przez ministra właściwego do spraw gospodarki na stanowisko Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 480 ust.



2 ustawy Pzp umożliwił zaprezentowanie kandydatur na Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Członków Izby. Z możliwości tej skorzystało czterech członków Izby. W dniu 27 grudnia 2022 r. Minister Rozwoju i Technologii na wniosek Prezesa UZP powołał Jana Kuzawińskiego na Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kadencja Prezesa rozpoczęła się z dniem 1 stycznia 2023 r.

Zgromadzenie Ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby. W 2022 r. odbyły się dwa Zgromadzenia Ogólne Izby.

#### **4. Rzecznik dyscyplinarny**

Zgodnie z art. 485 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, w Izbie działa rzecznik dyscyplinarny, który powoływany jest przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa Urzędu na trzyletnią kadencję.

W roku 2022 funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełniła Izabela Niedziątek-Bujak.

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

W okresie sprawozdawczym rzecznik dyscyplinarny nie skierował do Sądu Dyscyplinarnego Pierwszej Instancji żadnego wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.

#### **5. Rzecznik prasowy**

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywanie informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych.

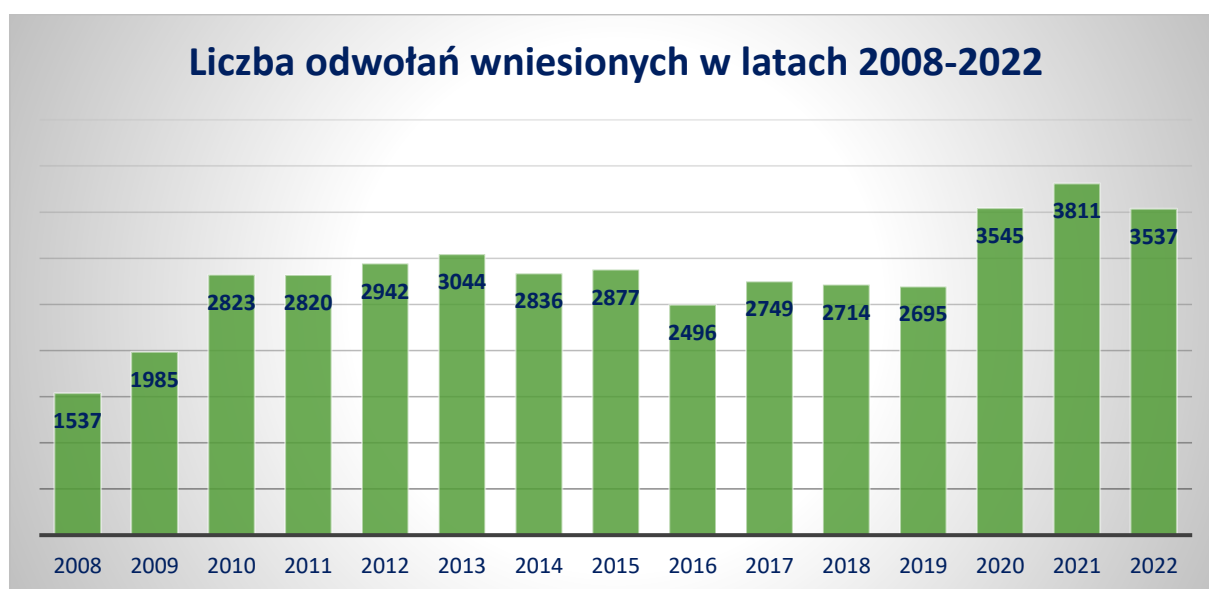
## CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2022 r. w ujęciu statystycznym

### 1. Wpływ odwołań

W 2022 r. do Prezesa Izby wpłynęło 3537 odwołań. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 3514 (w tym 163 odwołania wniesione w 2021 r. oraz 1 odwołanie z 2020 r.).

Spośród odwołań wniesionych w 2022 r. do rozpoznania w 2023 r. pozostało 187 odwołań.

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



Jak wynika z powyższego wykresu, największy wpływ odwołań odnotowano w trzech ostatnich latach: 2020 – 2022, a więc po wejściu w życie ustawy Pzp z 2019 r. Rok 2022 był trzecim pod względem największego wpływu odwołań.

W 2022 r. przeważająca ilość odwołań była wnoszona w formie elektronicznej - 3010 (z czego 16 drogą elektroniczną), co stanowiło 85% wszystkich odwołań – w porównaniu do 76% w 2021 r. W formie pisemnej wniesiono odwołań 527 (15%), a więc mniej niż w roku 2021 r. - 906 (24%). Na przestrzeni lat można zaobserwować wyraźną tendencję wzrostową odwołań wnoszonych w formie elektronicznej: 2010 r. – 4,5%, 2011 r. – 11%, 2012 r. – niespełna 15%, 2013 r. – 16%, 2014 r. – niemal 18%, 2015 r. – 9%, 2016 r. – 19%, 2017 r. – 22%, 2018 r. – 28%, 2019 r. - 46%, 2020 r. – 63,30%.

W ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w IV kwartale 2022 r. – 958 odwołań. W I kwartale była to ilość nieznacznie niższa – 914 odwołań, natomiast w II i III kwartale wpływ odwołań był na podobnym poziomie – odpowiednio 826 odwołań i 839 odwołań. W porównaniu do roku 2021 największy wpływ odnotowano w I kwartale 2021 r. – 1011 odwołań, następnie ilość wnoszonych odwołań nieznacznie malała w każdym kolejnym kwartale 2021 r.: w II kwartale wniesiono 951 odwołań, w III kwartale 935 odwołań, a w IV kwartale wniesiono 914 odwołań.

W ujęciu miesięcznym natomiast wpływ odwołań w 2022 r. prezentuje poniższy wykres.



## 2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2256, czyli 64% ogółu wniesionych w 2022 r. odwołań (w 2021 r. ich udział był na podobnym poziomie i wynosił 67%). W postępowaniach o wartościach tzw. podprogowych wniesiono 1276 odwołań (36%), natomiast w odniesieniu do 5 odwołań brak jest danych w zakresie wartości zamówienia.

Podobnie jak w roku 2021 r. pod względem rodzaju zamówień spośród 3537 odwołań wniesionych w 2022 r. najwięcej, bo ponad połowa dotyczyło usług - 53%. W zakresie dostaw wniesiono 25% odwołań, a w zakresie robót budowlanych – 22% odwołań (w 2021 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 44% - usługi, 29% - dostawy i 27% - roboty budowlane).

## 3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2022 r. postępowań odwoławczych (dotyczy odwołań, które wniesiono w okresie sprawozdawczym) zgłoszono 3424 przystąpienia, w tym 2119 po stronie zamawiającego (61,89%) oraz 1305 po stronie odwołującego (38,11%).

Dla porównania do toczących się w 2021 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 3664 przystąpienia, w tym 2790 po stronie zamawiającego (76,15%) oraz 874 po stronie odwołującego (23,85%).

#### **4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby.**

W 2022 r. braki formalne, o których mowa w art. 518 ust. 1 Pzp wystąpiły w 629 odwołaniach, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2021 r. miało to miejsce w stosunku do 534 odwołań).

Spośród 3514 odwołań rozpoznanych w 2022 r. zwróconych zostało 168 odwołań, czyli 4,78% (w 2021 r. zwrócono 186 odwołań, co stanowiło 5% wszystkich odwołań). Prezes Krajowej Izby Odwoławczej dokonał zwrotu odwołań z następujących powodów: nieuiszczenia wpisu – 61 odwołań, nieuzupełnienia innych braków formalnych – 78 odwołań, nieuzupełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 21 odwołań. Ponadto, 8 zwrotów odwołań zostało dokonanych przez składy orzekające (2 w składzie 3 – osobowym, 6 w składzie 1 – osobowym) z powodu nieuzupełnienia braków formalnych – zwrócono 5 odwołań oraz z powodu nieuiszczenia wpisu – zwrócono 3 odwołania.

Spośród innych braków formalnych niż nieuiszczenie wpisu, skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały:

1. brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 84 odwołania.
2. brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 25 odwołań.

#### **5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań**

Stosownie do art. 487 ust. 1 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w składzie trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oraz jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, albo trzyosobowym, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na stopień zawłości sprawy (art. 487 ust. 2 Pzp).

W 2022 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym (nie licząc zwrotów odwołań dokonanych przez Prezesa Izby) 2781 odwołań (83%), a w składzie trzyosobowym – 573 odwołania (17%).

## **6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania**

Stosownie do art. 544 ust. 2 Pzp, Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały one złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności lub zaniechań czynności zamawiającego.

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 581 tj. 16% ogólnej liczby 3537 wniesionych odwołań. Spośród tej liczby 355 odwołań zostało rozpoznanych po terminie instrukcyjnym, o którym mowa w art. 544 ust. 1 Pzp.

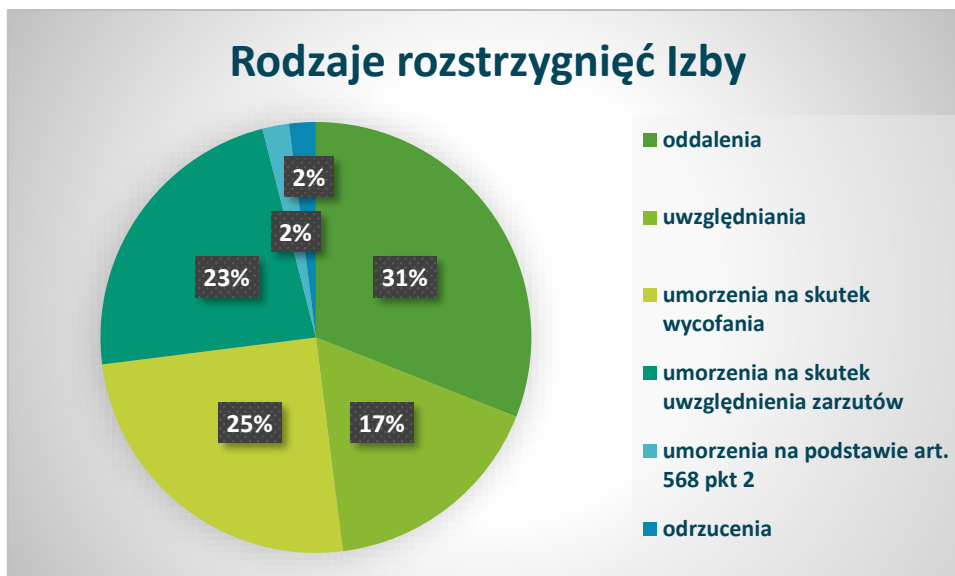
W poprzednich latach do łącznego rozpoznania zostało skierowanych: 19% odwołań w roku 2021, 18% odwołań w roku 2020 r., 13% w roku 2019 r. oraz 18% w roku 2018 r.

Maksymalna ilość odwołań połączonych do łącznego rozpoznania w ramach jednego postępowania odwoławczego w 2022 r. wyniosła 13 odwołań. Dla porównania w 2021 r. było to 9 odwołań.

## **7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań**

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2022 r. podlegało 3 346 odwołań, w wyniku czego:

1. 1020 odwołań zostało oddalonych (31%);
2. 554 odwołania zostały uwzględnione (17%);
3. 847 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (25%);
4. 767 postępowań zostało umorzonych w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (23%);
5. 84 postępowania zostały umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp (2%)
6. 74 odwołania zostały odrzucone (2%).



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

W 2022 r. Izba orzekła o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego w dwóch sprawach: o sygn. akt: KIO 426/22 w wysokości 47 000,00 zł oraz o sygn. akt KIO 2633/22 w wysokości 8 800,00 zł.

W okresie sprawozdawczym Izba nie orzekła o skróceniu okresu obowiązywania umowy ani o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

#### 9. Zdania odrębne

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających nie zgłosili zdania odrębnego w żadnej sprawie. Dla porównania w roku 2021 r. zgłoszono 3 zdania odrębne.

#### 10. Powołanie biegłego

W okresie sprawozdawczym nie przeprowadzono dowodu z opinii biegłego. Dla porównania w 2021 r. dowód taki przeprowadzono w 1 postępowaniu.

#### 11. Prawomocność orzeczeń

W 2022 r. w oparciu o regulację § 40 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. 2020, poz. 2453) Prezes Izby stwierdził prawomocność 63 orzeczeń (w 2021 r. były to 44 orzeczenia), w tym na wniosek odwołującego lub pełnomocnika odwołującego – 52 orzeczeń, na wniosek zamawiającego lub pełnomocnika zamawiającego 8 orzeczeń, na wniosek przystępującego – 2 orzeczeń i 1 orzeczenia z wniosku Policji.

## 12. Terminowość rozpoznawania odwołań

W 2022 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 16 dni. Dla porównania w okresie od października do grudnia 2021 r. odwołania zostały rozpoznane średnio w terminie 17 dni, przy czym średnia dla całego roku 2021 r. wynosiła 30 dni.

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



Na terminowość rozpoznania odwołań w omawianym roku statystycznym na pewno znaczący wpływ miała utrzymująca się nadal duża ilość wpływających odwołań w stosunku do lat poprzednich sprzed wejścia w życie ustawy Pzp z 2019 r., przy nieznacznym wzroście zasobów kadrowych Izby (na koniec roku 2021 – 44 osoby, a na koniec roku 2022 – 45 osób).

Poniżej zaprezentowano terminowość rozpoznawania odwołań – procentową liczbę odwołań rozpoznanych w terminie 15 dniowym, o którym mowa w art. 544 ust. 1 ustawy Pzp w poszczególnych miesiącach 2022 r.: (według wpływu odwołania):



Jak wynika z powyższych danych terminowość rozpoznania odwołań spada w miesiącach świątecznych, wakacyjnych oraz w czasie ferii, co niewątpliwie spowodowane jest ograniczonymi zasobami kadrowymi w tych okresach z uwagi na urlopy wypoczynkowe członków Izby oraz personelu obsługującego Izbę. Terminowość zwiększa się znacznie w miesiącach neutralnych – w okresie od września do grudnia.

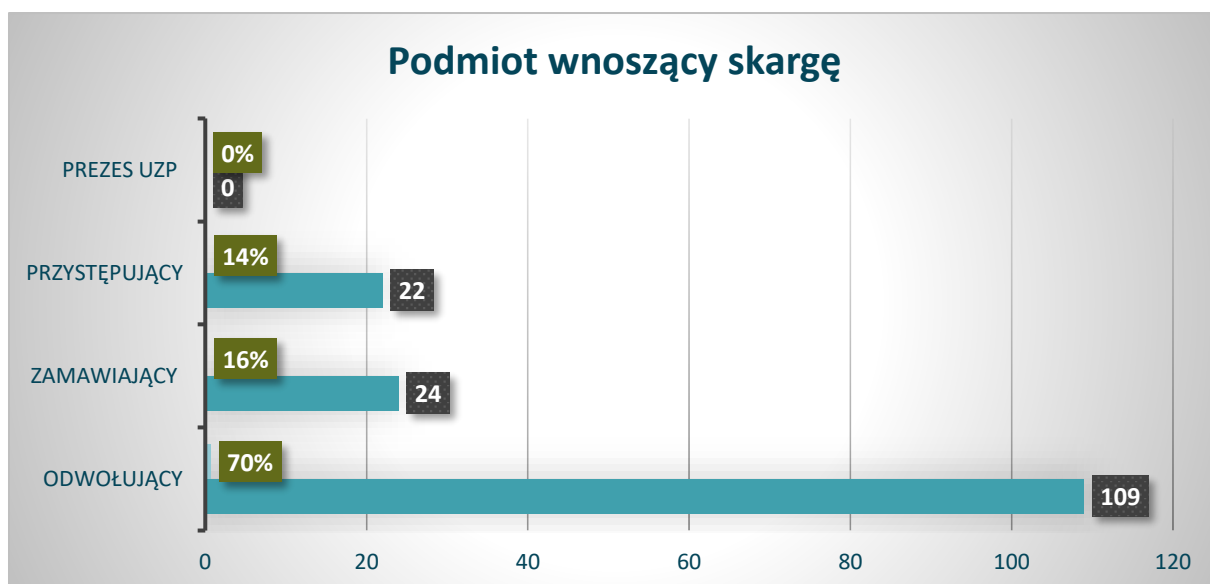
### 13. Ogłaszanie orzeczeń

Zgodnie z art. 558 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawilej Izba może odroczyć ogłoszenie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała w 2022 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 1333 przypadkach (co stanowi 85% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2021 r. było to 1643 spraw (87,35%).

### 14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W 2022 r. wniesiono 155 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 4,4% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające. W poprzednich latach było to odpowiednio: 2021 – 165 (4,2%), 2020 – 122 (3,57%), 2019 – 126 (5,2%), 2018 – 166 (6,2%), 2017 – 159 (5,7%), 2016 – 130 (5,2%), 2015 – 179 (6,7%), 2014 r. – 133 (5,1%), 2013 r. – 144 (5,2%), 2012 r. – 152 (5,9%), a w 2011 r. – 148 (6%).

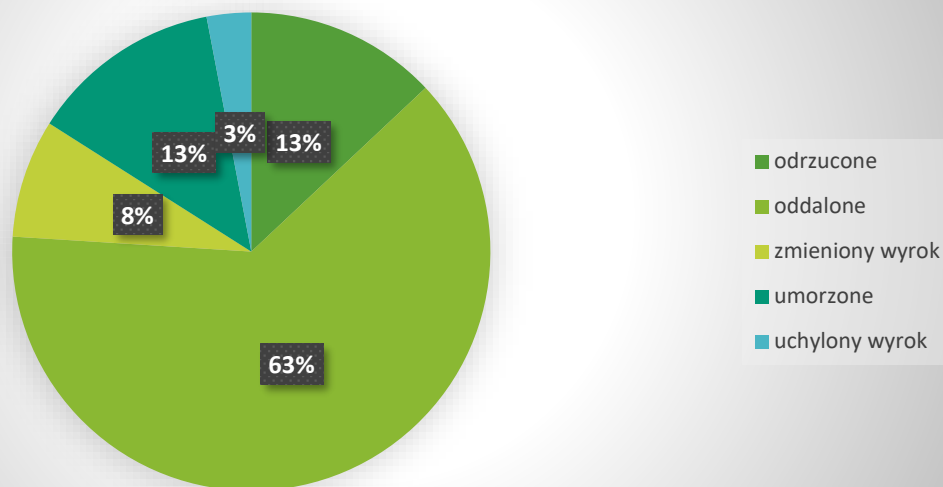




Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 31 stycznia 2023 r.), że w 2022 r. rozpoznano 61 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 8 skarg zostało odrzuconych (13%), 38 skarg zostało oddalonych (63%), w 5 sprawach zmieniono wyrok (8%), w 8 sprawach umorzono postępowanie skargowe (13%), w 2 sprawach uchylono wyrok (3%). W toku są 94 sprawy.

Dla porównania w 2021 r. na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 18 lutego 2022 r.), że w 2021 r. rozpoznano 71 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 11 skarg zostało odrzuconych (16%), 37 skarg zostało oddalonych (52%), w 12 sprawach zmieniono wyrok (17%), w 10 sprawach umorzono postępowanie skargowe (14%), w 1 sprawie uchylono wyrok (1%). W toku były 94 sprawy.

## Rodzaje rozstrzygnięć skarg w 2022 r.



### 15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Do Izby wpłynęło w 2022 r. 50 wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a wydano 49 postanowień w tym przedmiocie.

Krajowa Izba Odwoławcza w 2022 r. spośród spraw rozpoznanych wydała 25 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (51%), 11 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (22%) oraz 13 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (27%).

Dla porównania ilość wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz wydanych postanowień była znacznie większa w latach 2020 – 2021, co zapewne było związane z sytuacją pandemiczną. W 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 112 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 63 postanowienia odmawiające uchylenia zakazu zawarcia umowy (56%), 38 postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy (34%) oraz 11 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (10%). Podobnie w roku 2020 r. - zostało wydanych 117 postanowień w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Procentowy udział poszczególnych rozstrzygnięć w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przedstawiał się następująco:

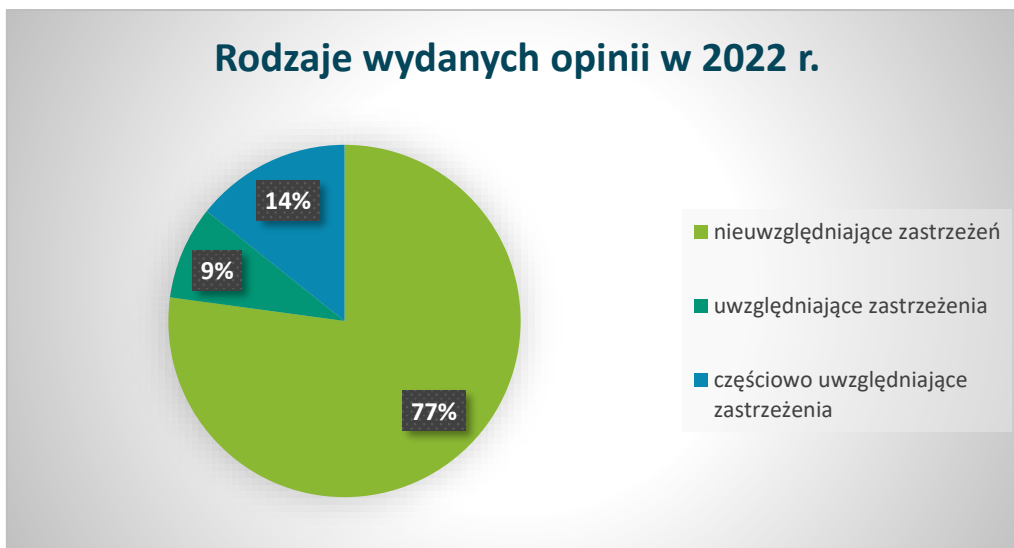


## 16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Z art. 610 ust. 1 i art. 617 Pzp, wynika uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej. Opinię w przedmiocie tych zastrzeżeń Izba wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń od wyników kontroli. W 2022 r. zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 610 ust. 3 Pzp.

Izba w 2022 r. wydała 35 opinii z 37, które wpłynęły do Izby, w tym: 27 opinii (77%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 3 opinie (9%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 5 opinii (14%) częściowo uwzględniających zastrzeżenia.

W porównaniu do roku 2021 r. ilość wydanych opinii zwiększyła się. W 2021 r. Izba wydała 26 opinii, w tym: 21 opinii (81%), w których nie uwzględniła zastrzeżeń, 2 opinie (8%) uwzględniające zastrzeżenia w całości oraz 3 opinie (11%) częściowo uwzględniające zastrzeżenia.



#### 17. Zapytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

W 2022 r. Izba nie skierowała zapytań do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

## **CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby**

### **1. Przesłanka zależności ekonomicznej podmiotu wewnętrznego, któremu udzielone ma być zamówienie in-house.**

Zamówienia in-house na gruncie przepisów krajowych stanowiły w roku 2022 r. przedmiot kilku orzeczeń, w których poruszone zostały przede wszystkim zagadnienia prawne dotyczące przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 214 ust. 1 ustawy Pzp). Co więcej Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do potrzeby oceny sytuacji, gdy przepisy krajowe wprost nie określają jako jednej z przesłanek do zastosowania tego trybu zamówienia, konieczności zapewnienia na etapie realizacji zamówienia, iż to podmiot wewnętrzny będzie tym, który zrealizuje główną część zamówienia, tj. bez udziału podmiotów wyłonionych w trybie konkurencyjnym (art. 214 ust. 9 ustawy Pzp). Dla tego ostatniego zagadnienia wartym odnotowania jest wyrok TSUE z 12 maja 2022 r. w sprawie C-179/20 *Comune di Lerici*, w którym Trybunał wskazał, iż zmiany na etapie realizacji zamówienia udzielonego bez przeprowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z uregulowanym orzecznictwem dotyczącym zamówień in-house, które prowadzą do tego, iż podmiotu, któremu udzielono zamówienia, nie można już w praktyce utożsamiać z wewnętrzną jednostką organizacyjną, powodując, iż niemożliwe jest dalsze wykonywanie zamówienia publicznego, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, ponieważ nie można domniemywać, iż owa instytucja zamawiająca korzysta nadal ze swoich środków. Orzeczenie TSUE wskazuje zatem, iż nie jest obojętne dla zachowania zasad wytycznych dyrektywy 2014/24/UE, to w jaki sposób samo zamówienie udzielone jednostce wewnętrznej zamawiającego, będzie realizowane, co zasadniczo nie obejmuje badania przesłanek trybu na moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się zatem do przesłanek, szczególną uwagę w orzeczeniach poświęcono kwestii związanej z wyliczeniem wskaźnika ekonomicznego, tj. ustalenia procentowego udziału zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę w działalności osoby kontrolowanej, które według przepisów krajowych, dla spełnienia przesłanki muszą wynosić ponad 90%. Zgodnie z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp *Do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych*

*prognoz handlowych (ust. 6). Wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. c, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów (ust. 7).*

W wyroku z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1628/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż dla wyliczenia wskaźnika *Należy bowiem rozróżnić sytuację, w której podmiot kontrolowany jedynie organizuje wykonywanie zadań powierzonych od tej, w której zadania te w przeważającej części wykonywane są przez ten podmiot, który jedynie pomocniczo korzysta z usług podwykonawców.* W podobnym tonie stanowisko zaprezentowane zostało w orzeczeniu z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22, w którym szerzej przedstawione zostały główne motywy prowadzące do tego samego wniosku. Izba uznała, iż *dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące instytucji in-house pozwala wskazać na zasadnicze tezy, w świetle których przychód zaliczany na potrzeby wykazania przesłanki 90% musi być powiązany bezpośrednio z realizacją zadania powierzonego przez jednostkę kontrolowaną.* W badanej sprawie zamawiający zaliczył do przychodu z powierzonych do realizacji zadań tę część, jaką podmiot zależny uzyskiwał nie z racji faktycznego świadczenia usługi polegającej na zagospodarowaniu odpadów, ale udziału w organizacji tego zagospodarowania, co następowało w formule ogłaszanych przetargów nieograniczonych na wybór wykonawców usługi i wliczaniu do przychodu z realizacji powierzonego zadania, całości wynagrodzenia podmiotu zewnętrznego. W orzeczeniu tym podkreślono, iż *samo sprowadzenie przychodu do kategorii rachunkowej, tj. sposobu prezentacji w dokumentach finansowych, bez powiązania z faktyczną realizacją świadczenia, prowadzi do wypaczenia instytucji in-house i przesłanek wyłączających faktyczny udział w realizacji zadań własnych podmiotów, nad którymi zamawiający nie sprawuje kontroli.* Przywoływane wielokrotnie orzeczenie w sprawie C-340/04 Carbotermo, w którym Trybunał zajmował się oceną dopuszczalności zaliczenia do przychodów spółki uzyskiwanych z tytułu działalności powierzonej do realizacji przez jednostkę kontrolującą, wynagrodzenia otrzymywanego od beneficjentów usługi odnosi się wprost do sytuacji, w której to spółka realizuje usługę. Trybunał wskazał, iż *nie ma znaczenia kto płaci wynagrodzenie przedsiębiorstwo – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług, co oznacza, iż spółka zależna jest podmiotem, który realizuje powierzone jej zadanie.(...)* Konkludując stanowisko Izby wyrażone w wyroku fragmentem z uzasadnienia - *W kontekście normatywnym, nie można zatem utożsamiać powierzenia zadania własnego gminy spółce zależnej z dalszym jego przekazaniem do podmiotów zewnętrznych, gdyż zaburzona zostaje relacja jaka jest konieczna dla uznania, iż działalność związana, tu z zagospodarowaniem odpadów, dotyczy wykonywania zadań*

*powierzonych (...) Działalność generująca przychód zaliczany do licznika proporcji w celu wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy musi być bezpośrednio związana z wykonaniem powierzonego zadania jednostki sprawującej kontrolę o jakiej mowa w lit. a. Powiązanie obu przesłanek ustawowych w tym przepisie musi prowadzić do stwierdzenia, iż to podmiot, nad którym jednostka sprawuje kontrolę, realizuje zadanie powierzone do wykonania. W sytuacji, gdy realizacja zadania własnego gminy faktycznie kierowana jest do podmiotu zewnętrznego, nad którymi nie zachodzi żaden stosunek kontroli zamawiającego, przychód nie może być zaliczany do przychodu z działalności realizowanej w ramach „struktury wewnętrznej” zamawiającego. Ponownie należy wskazać na domniemanie, jakie dotyczy instytucji in-house, iż jednostka zamawiająca korzysta wówczas z własnych środków. W doktrynie wskazuje się, że prace wykonywane przez podmiot powiązany na rzecz zamawiającego stanowią istotę ich funkcjonowania, co oznacza że nie chodzi tu o pośrednictwo, ale bezpośrednie świadczenie (komentarz W. Hartung, M. Bağaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, s.234, aut. Warszawa 2015) (...) Sam Zamawiający identyfikuje proces zagospodarowania odpadów, jako związany z przetwarzaniem w instalacjach, co w przeważającej części dotychczas musiało odbywać się z wykorzystaniem instalacji zewnętrznych – bez udziału M. Tym samym wysokość przychodu M, jaki może być zaliczony do wykazania tej przesłanki musi być pomniejszona o wysokość wynagrodzenia, jakie z tytułu zagospodarowania odpadów uzyskały podmioty trzecie, co jest możliwe w oparciu o księgi rachunkowe i rozliczenia finansowe pomiędzy M a podmiotami zewnętrznymi.*

Kolejne zagadnienie, jakie wymagało komentarza na tle stosowania przesłanki ekonomicznej dotyczyło możliwości wliczania do przychodu z działalności podmiotu zależnego nie tylko zadań uzyskanych w drodze, tzw. „in-house” administracyjnego, ale również przychodu z zamówień wykonanych na podstawie zamówienia publicznego. W przywoływanym powyżej orzeczeniu sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22, Izba wskazała na wiodące znaczenie powierzenia do realizacji zadań jednostce zależnej, a nie formy w jakiej to powierzenie następuje. Niezależnie od formuły, w jakiej dochodzi do realizacji świadczenia usługi, istotnym z punktu widzenia przesłanki „in-house” pozostaje ustalenie istnienia relacji zależności pomiędzy podmiotami oraz związku działalności spółki z zadaniami powierzonymi w akcie założycielskim. Wskazując na orzecznictwo Trybunału, skład orzekający przyjął jako właściwą tezę, iż o zależności ekonomicznej świadczyć ma fakt wykonywania przez kontrolowany podmiot działalności gospodarczej w przeważającej mierze na rzecz zamawiającego, a zależność ta w żaden sposób nie zostaje złagodzona na skutek ubiegania się o zamówienie w formule przetargu publicznego zorganizowanego przez

jednostkę kontrolującą. *Prowadzenie natomiast przez spółkę działalności na rynku konkurencyjnym, jako mogącej osłabiać przesłankę zależności ekonomicznej, należy odnosić wyłącznie do innych podmiotów, niż jednostka kontrolująca, co musi pozostawać marginalnym udziałem tej spółki, aby uznać, iż spełniona zostaje przesłanka ustawowa. W wyroku już wskazywanym C-328/19 Porin Kaupunki Trybunał wyjaśniał wymóg dotyczący wykonywania zasadniczej części działalności na rzecz instytucji zamawiającej, jako mający na celu zapewnienie by dyrektywa znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może konkurować z innymi przedsiębiorstwami. Sam fakt, że decyzje dotyczące przedsiębiorstwa są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego posiadające jego udziały niekoniecznie oznacza bowiem, że przedsiębiorstwo to nie ma swobody działania, jeżeli może ono nadal prowadzić znaczną część swojej działalności gospodarczej z innymi podmiotami gospodarczymi (pkt 71). Z powyższego należy zatem wnioskować, iż przesłanka ekonomicznej zależności od jednostki kontrolującej została wprowadzona w celu wykazania, iż podmiot działający na rynku konkurencyjnym pomimo możliwości zawierania umów z innymi podmiotami, nadal pozostaje zależny od jednostki kontrolującej, na rzecz której prowadzi przeważającą część swojej działalności.*

W kilku wyrokach odniesiono się również do regulacji zawartej w art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp dotyczącej danych, na podstawie których wyliczany miałby być wskaźnik prognozy 90 % działalności kontrolowanej osoby, tj. przyjęcia za punkt odniesienia danych historycznych, czy też wiarygodnych prognoz handlowych. W wyroku z dnia 18 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1628/22 wskazano, jako uzasadnione przyjęcie wiarygodnych prognoz handlowych, w związku z reorganizacją działalności osoby prawnej lub zamawiającego, która czyni dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia nieadekwatnymi. Jednocześnie zaznaczono, iż nie każda reorganizacja działalności któregośkolwiek z tych podmiotów skutkuje obowiązkiem ustalenia ww. procentu działalności za pomocą prognoz handlowych, *a tylko taka reorganizacja, której wynikiem jest nieadekwatność danych historycznych.* Uzupełniającym dla tego wątku może być wyrok z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/21 dotyczący reorganizacji spółki polegającej na rozszerzeniu zakresu usług użyteczności publicznej, które mocą decyzji władczo-właścicielskiej Gminy, spółka będzie realizować na rzecz Gminy i jej mieszkańców. W rozpoznawanej sprawie spółka została przekształcona w spółkę komunalną o charakterze wielobranżowym i oprócz dotychczasowej działalności realizować miała usługi w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi. W wyroku tym stwierdzono, iż *zmiany dotyczące profilu działalności gospodarczej, w szczególności przejawiające się w jego rozszerzeniu na branżę odrębną względem branży, w której dotychczas działały wodociągi, o samodzielnym charakterze,*



*skutkujące powstaniem podmiotu wielobranżowego, należało uznać za zmiany reorganizujące profil działalności W. w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp. Izba doszła do przekonania, że decyzja władczo-właścicielska wymusiła na W. zmiany wewnętrzne, kadrowe, księgowo oraz podjęcie działań inwestycyjnych, których podjęcie nie byłoby konieczne gdyby taka decyzja nie została podjęta. Skutki decyzji władczo-właścicielskiej podjętej przez zamawiającego względem wodociągów, należało uznać za analogiczne do tych, które wystąpiłyby, gdyby zamawiający, podjął alternatywną decyzję o powołaniu nowej spółki komunalnej. W ocenie składu orzekającego za reorganizację pozorną, należy uznać taką reorganizację, która stwarza pozory wprowadzenia zmian, w celu wywołania u podmiotów zewnętrznych (odbiorcy zewnętrznego) przeświadczenia, że została ona przeprowadzona, ale w istocie nie modyfikuje sposobu zorganizowania osoby prawnej. Mając na uwadze stan sprawy Izba doszła do przekonania, że wbrew stanowisku odwołującego, reorganizację przeprowadzoną w przedmiotowej sprawie należało ocenić jako realną, tj. skutkującą określonymi zmianami, które w sposób rzeczywisty wpływały zarówno na sposób zapewnienia usług użyteczności publicznej przez zamawiającego jak i na W.*

Uzasadnieniem dla przyjęcia wiarygodnych prognoz handlowych w miejsce danych historycznych była również reorganizacja polegająca na podziale spółki komunalnej w trybie art. 529 § 1 pkt 4 kodeksu spółek handlowych, poprzez przeniesienie części majątku Spółki Dzielonej stanowiącej zorganizowaną część przedsiębiorstwa, w tym nieruchomości na Spółkę Nowo Związaną, w zamian za udziały w kapitale zakładowym Spółki Nowo Związanej, które w całości zostały objęte przez Gminę. Na skutek dokonanego podziału Spółki wszelka działalność komercyjna dotycząca, m. in. gospodarki odpadami dla odpadów pochodzących z terenu innych gmin niż gmina M., a także odbiór odpadów, z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym systemem odbioru odpadów, została przejęta przez Spółkę Nowo Związaną, w tym zarządzanie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych. Nieruchomość Cmentarza Komunalnego w wyniku podziału Przedsiębiorstwa została przydzielona Spółce Nowo Związanej i ten podmiot po podziale świadczy usługi z tym związane. Przeprowadzona reorganizacja czyniła zatem dane historyczne nieadekwatnymi w rozumieniu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp (wyrok z dnia 18.01.2023 r., sygn. akt KIO 3483/22).

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach również odniosła się do sposobu prezentacji danych w ogłoszeniu, na podstawie których potencjalni wykonawcy mogą kwestionować spełnienie przesłanek do udzielenie zamówienia in-house. W odniesieniu do przesłanki ekonomicznej należy wskazać dwa orzeczenia, dotyczące zakresu informacji, do jakich publikacji zobowiązany jest zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14. W wyroku sygn. akt KIO 1628/22 skład orzekający ocenił, iż *nie było intencją ustawodawcy nałożenie na*

zamawiających obowiązku przedstawiania bardzo szczegółowych danych i dokumentów na potwierdzenie spełnienia ww. przesłanki. Gdyby tak było, to w ustawie Pzp zostałyby zawarte przepisy regulujące szczegółowo obowiązki zamawiających w tym zakresie, jak i ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy miałoby format umożliwiający publikację szczegółowych i obszernych danych. Zdaniem składu orzekającego Izby informacje, jakie zostały w tym zakresie przedstawione przez zamawiającego w „Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki” z uwzględnieniem treści „Raportu z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące kontrolę nad PGK „S.”, gdzie wskazano szczegółowe dane dotyczące sprzedaży w poszczególnych latach objętych analizą w podziale na poszczególne rodzaje działalności Spółki, z dodatkowymi korektami – należy uznać za wystarczające (...) Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że w sytuacji takiej jak ma miejsce w tym postępowaniu (tj. gdy zamawiający zamierzają wspólne udzielić zamówienia, a jeden z nich przygotowuje i prowadzi postępowanie) analiza potrzeb i wymagań musi zostać sporządzona łącznie dla wszystkich zamawiających w formie jednego dokumentu.

Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 3621/21 skład orzekający wyraził pogląd, iż Mając na względzie zakres informacji formułowanych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, jak również treść zarzutów, należało wskazać, że zamawiający elementy składowe uzasadnienia udzielania zamówienia in-house, zasadniczo winien zawrzeć w ramach „uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki”. Zamawiający mógł również skorzystać z pola „informacje dodatkowe” – uzupełniając uzasadnienie. Względem zarzutów odwołującego opierających się na niedołączeniu do ogłoszenia „wiarygodnej prognozy handlowej”, czy też innych dokumentów – „dokumentów źródłowych” na podstawie, których ustalono zaktualizowanie się wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp przesłanki zależności ekonomicznej, zamawiający słusznie wskazał, że wbrew stanowisku odwołującego, ww. kategorie dokumentów nie stanowią ani części ogłoszenia (na co wprost wskazuje katalog obowiązkowych elementów ogłoszenia), ani obligatoryjnie rozpowszechnianego załącznika do ogłoszenia. Takiego obowiązku nie kreuje żaden przepis Pzp. Odwołujący opierał swoje stanowisko na tym, że ustawodawca w art. 214 ust. 6 Pzp nakazuje zamawiającemu przedstawienie wiarygodnej prognozy handlowej. Wbrew jednak tej tezie art. 214 ust. 6 Pzp nie nakazuje przedstawienia wiarygodnej prognozy handlowej, lecz jej sporządzenie i wykorzystanie na potrzeby weryfikacji okoliczności o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp (przepis posługuje się zwrotem procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych). Nie sposób takiego obowiązku wywodzić również z treści art. 216 Pzp, skoro ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia nie przewiduje możliwości dołączenia do niego

*załączników, ani nie przewiduje obowiązku (a wręcz możliwości) zamieszczenia w nim pełnej treści wiarygodnej prognozy handlowej, czy też dokumentów źródłowych.*

Uwzględniając dwa powołane wcześniej orzeczenia z 2022 r. sygn. akt KIO 1628/22 i sygn. akt KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22, dotyczące możliwości stwierdzenia naruszenia art. 214 ust. 9 ustawy Pzp na moment ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, w których prezentowane są odmienne stanowiska, na obecnym etapie nie można jednoznacznie przesądzić, w jakim kierunku orzecznictwo ostatecznie wypowie się. Należy jednak odnotować fakt, iż zagadnienie możliwości udzielenia zamówienia in-house w sytuacji, gdy miałyby ono być następnie realizowane przez podmioty wyłonione w trybach konkurencyjnych, a nie bezpośrednio przez podmiot zależny, nad którym kontrolę sprawuje zamawiający, budzi zastrzeżenia i powoduje spory. W tym zakresie również orzecznictwo TSUE, w tym wskazany na wstępie wyrok w sprawie C-719/20 Comune di Lerici, może być pomocne dla oceny, czy należy przypisywać znaczenie dla oceny dopuszczalności udzielenia zamówienia in-house podmiotowi, który nie będzie tego zamówienia realizował, ale zleci je wyłoniionemu podmiotowi zewnętrznemu. Trybunał orzekł bowiem, że Dyrektywę 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu lub praktyce krajowej, zgodnie z którymi wykonywanie zamówienia publicznego – udzielonego początkowo bez przeprowadzenia postępowania przetargowego wewnętrznej jednostce organizacyjnej, nad którą instytucja zamawiająca sprawowała wspólnie z innymi podmiotami kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami organizacyjnymi – jest automatycznie kontynuowane przez wykonawcę, który nabył ową jednostkę w wyniku postępowania przetargowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca nie sprawuje takiej kontroli nad tym wykonawcą. W przepisie krajowym w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp znajduje się wymóg wykonania głównej części zamówienia przez podmiot zależny, co nie stanowi wprost przesłanki trybu, ale definiuje sposób w jaki świadczenie musi być realizowane w formule in-house z wykorzystaniem własnych zasobów – wyłączając w tym zakresie podwykonawstwo realizacji części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. W pierwszej ze spraw Izba uznała, iż nie ma kognicji do badania tej kwestii na etapie udzielenia zamówienia in-house. W drugim natomiast wyroku skład orzekający oceniając dopuszczalność udzielenia zamówienia in-house, które będzie realizowane z udziałem podwykonawcy głównej części zamówienia, odniósł się do praktyki dalszego przekazywania do realizacji części usługi podmiotom trzecim, jako działania podważającego zasadność udzielenia zamówienia in-house podmiotowi niezdolnemu do realizacji głównej części zamówienia.

Na tle tego problemu praktycznego i prawnego wydaje się zasadnym pytanie, czy decyzja o udzieleniu zamówienia in-house powinna uwzględniać faktyczne zdolności podmiotu, któremu zamówienie ma zostać udzielone i czy okoliczności te w świetle przesłanek wyboru trybu wymagają co najmniej zabezpieczenia niezbędnych zasobów własnych, tak aby warunki zamówienia in-house były utrzymane w całym okresie realizacji tego zamówienia. Ponadto, należy zauważyć, iż zlecenie nawet w trybie procedury otwartej części głównej zamówienia in-house podmiotom trzecim może budzić zastrzeżenia, co do zasadności udzielania zamówienia podmiotowi wewnętrznemu, jako zamówienia in-house dla pozostałej części, która nie może być wykonana w takim zakresie, jak może to nastąpić z udziałem części powierzonej na zewnątrz. Mając bowiem na uwadze, iż wybór trybu w jakim ma zostać udzielone zamówienie dokonywany jest dla całości przedmiotu powierzonego do realizacji przez jednostkę zależną na rzecz jednostki kontrolującej, wyłączenie istotnej części zamówienia spod kontroli jednostki zależnej, jaką miałyby realizując samodzielnie tę część, może doprowadzić do sytuacji, w której realizacja zamówienia pierwotnie powierzonego jednostce zależnej będzie uzależniona od tego czy i w jaki sposób część powierzona podmiotowi zewnętrznemu zostanie zrealizowana. Może to oznaczać, iż pozostawiona nadal do realizacji przez jednostkę kontrolowaną część zamówienia nie będzie możliwa do wykonania bez zaangażowania zasobów podmiotu trzeciego i koordynacji działań obu podmiotów, co prowadzi do pytania o istnienie nadzoru jednostki kontrolującej na realizacją zadania, które miało być wykonane zasobami własnymi. Pytania o te i inne kwestie pozostają otwartymi.

## **2. Charakter prawny oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp**

### ***Wstęp***

Oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy określają jakie roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Przed wejściem w życie ustawy Prawo zamówień Publicznych od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ustawodawca nie wymagał składania takiego oświadczenia. Zamawiający stosowali postanowienia dotyczące udzielania przez wykonawców informacji dotyczących wykonania kluczowych części zamówienia – art. 36a ust. 2, czy też zakresu udziału podwykonawcy – art. 36b ustawy Pzp z 2004 r., natomiast o podziale zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się zamawiający dowiadywali się, o ile skorzystali z art. 23 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r i zastrzegli, że przed zawarciem umowy oczekują przedstawienia umowy regulującej współpracę wykonawców.

Natomiast na etapie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie było podstaw prawnych do weryfikowania przez zamawiających, czy wykonawca, który w ramach wspólnej oferty przedstawia swoje zdolności w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, rzeczywiście będzie uczestniczył w wykonaniu tej części zamówienia, do której dany zasób jest potrzebny. Po orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt okazało się, że wykonawcy, którzy wspólnie nabywali doświadczenie przy samodzielnym ofertowaniu mają trudności z wykazaniem, jaki zakres zamówienia faktycznie wykonywali, a w konsekwencji na jakie doświadczenie mogą się powołać. Trudności dowodowe w tym zakresie były znaczne, gdyż zakresy obowiązków wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie często nie były ujawniane zamawiającym, a w przypadku konkurencji w tym samym postępowaniu dotychczasowych konsorcjantów niejednokrotnie okazywało się, że aktualni konkurenci mają zupełnie przeciwne stanowiska, co do rzeczywistego zaangażowania przy wspólnej realizacji zamówienia. Do tego dochodziły problemy z wykazaniem zakresu tzw. cichego podwykonawstwa, kiedy zamawiającemu wykonawca nie zgłosił faktu, że korzysta z podwykonawcy.

Tym samym wymaganie przez zamawiających oświadczeń o realizacji kluczowych części zamówienia, o zakresie planowanego podwykonawstwa i wreszcie o zakresach realizacji zamówienia przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dla przyszłych postępowań będzie stanowić ułatwienie dowodowe, gdy dany wykonawca będzie próbował wykazać, że ma prawo powołać się na swoje doświadczenie zawodowe, mimo udziału jako konsorcjant, czy podwykonawca. Oczywistym jest, że nie usunie to sporów pomiędzy stronami, choćby z tego powodu, że w toku realizacji zamówienia może, z różnych powodów, dojść do zmiany planowanego podziału zadań, ale niewątpliwie uprości postępowanie dowodowe, a po stronie zamawiających zwiększy możliwość weryfikacji, czy rzeczywiście mają do czynienia z doświadczonym wykonawcą.

Przy czym należy zwrócić uwagę na to, że żądanie kopii umowy regulującej współpracę wykonawców nadal jest jedynie uprawnieniem zamawiającego<sup>1</sup>, a zastrzeżenie kluczowych części zamówienia dotyczy tylko wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie<sup>2</sup> i podmiotów udostępniających zasoby<sup>3</sup>, co oznacza, że zamawiający na podstawie danych zawartych w formularzach ofertowych składanych w postępowaniach, powoływanych jako

---

<sup>1</sup> Art. 59 ustawy Pzp

<sup>2</sup> Art. 60 ustawy Pzp - uprzednio w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r ustawodawca zastrzegł takie uprawnienie w odniesieniu do pojedynczego wykonawcy, co można było zastosować odpowiednio do grupy wykonawców. W obecnym brzmieniu ustawy brak jest odpowiednika tego przepisu, co wydaje się oczywistym przeoczeniem ustawodawcy, zwłaszcza, że taka regulacja nie znajduje odzwierciedlenia także w przepisach europejskich - art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej

<sup>3</sup> Art. 121 ustawy Pzp

podstawa nabytego doświadczenia, nadal nie uzyskają wiedzy o podwykonawcach niezgłoszonych, a obligatoryjne zgłaszanie podwykonawców dotyczy wyłącznie umów o roboty budowlane<sup>4</sup>. Niemniej jednak oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp może przyczynić się do wyjaśnienia kwestii stopnia zaangażowania danego wykonawcy w zamówienie realizowane wspólnie.

### **Znaczenie oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu**

Zgodnie z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z tych wykonawców posiada wymagane uprawnienia i zrealizuje tę część zamówienia, do której uprawnienia są wymagane. Analogicznie ustawodawca potraktował wykazanie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, gdzie poza samym spełnieniem warunku wymagane jest, aby wykonawca, którego zdolności służą spełnieniu warunku, wykonał tę część zamówienia, do realizacji której zdolności są wymagane.

Izba w wyroku z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1560/22 przedstawiła to rozwiązanie ustawowe w następujący sposób:

*Inaczej jeszcze mówiąc, wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczeniem wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie, ale musi być wykazane, kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. W ocenie Izby jest to konsekwentne podejście ustawodawcy, który oczekuje, że podmiot doświadczony, a nie amator, będzie wykonywał przedmiot zamówienia. Należy zauważyć, że realność zasoby polegająca na rzeczywistym wykonaniu części zamówienia występuje nie tylko w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, ale także podmiotów udostępniających zasoby – art. 118 ust. 2 ustawy stanowi bowiem, że w odniesieniu do warunków, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi do realizacji których zdolności są wymagane. Podobnie sytuacja ma się w przypadku wykazywania doświadczenia nabywanego w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Również w tym przypadku wykonawca, może powoływać się na tak nabyte doświadczenie, tylko w takim zakresie, w jakim współdziałając w konsorcjum samodzielnie*

---

<sup>4</sup> Art. 437 ustawy Pzp – co oznacza, że zamawiający nie musi mieć wiedzy o udziale podwykonawców w zamówieniach na dostawy czy usługi

wykonał usługi, których wykazywane doświadczenie dotyczy – patrz opinia wyrażona w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. (...)

Tym samym, wbrew stanowisku odwołującego, ustawodawca oczekuje, że realizacja zamówień publicznych będzie wykonywana przez rzeczywiście doświadczonych wykonawców, a nie tych, którzy to doświadczenie dopiero nabędą. W ocenie Izby również zamawiający w pkt. 4.5. precyzyjnie określił, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach tych z Wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Izba rozumie stanowisko odwołującego, że przy takim podejściu ustawodawcy nie jest praktycznie możliwe, aby podmiot niedoświadczony nabył doświadczenie przez przyuczenie się przy innym doświadczonym podmiocie.

Jednak nie wolno zapomnieć o celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jest zawarciu umowy z wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych ma służyć wyłonieniu wykonawcy, który zapewni osiągnięcie celów publicznych czy społecznych, które mają zasadnicze znaczenie dla zamówień publicznych.

Zamówienia publiczne nie są kontraktami prywatnymi, których niepowodzenie może wywołać szkodę najczęściej tylko pomiędzy partnerami umowy, ale niepowodzenie zamówienia będzie oddziaływać w szerszym aspekcie społecznym, przez niezaspokojenie uzasadnionych, a często gwarantowanych ustawowo potrzeb publicznych, jak choćby w przypadku tego zamówienia zaspokojenia potrzeb aglomeracji (...) związanych z obsługą przejazdów pasażerskich transportu publicznego.

Oczywiście w ocenie Izby nie jest wykluczone, że przy wykonywaniu danej części zamówienia wymagającej doświadczenia, podmiot niedoświadczony będzie wykonywał czynności przygotowawcze czy pomocnicze, nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicze wykonanie musi opierać się na podmiocie doświadczonym i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie danej części. Izba wskazuje także na to, że art. 117 ust. 4 ustawy Pzp mówi o oświadczeniu, z którego będzie wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc nie wspólnie, ale każdy z nich. (...) A contrario, jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie wykażą w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia, to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Stanowisko to jest konsekwentnie utrzymywane przez Izbę w 2022 r. – patrz wyrok z dnia 10 marca 2022 sygn. akt 436/22, z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1253/22, wyrok z dnia 11 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1931/22, wyrok z dnia 17 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2874/22 i wyrok z dnia 22 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2925/22

W orzecznictwie Izby znane są przypadki, kiedy oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp może nie określać bardzo precyzyjnie części zamówienia, które współwykonawcy podzielą między siebie. Pierwszy przypadek dotyczy sytuacji, gdy na potrzeby spełnienia warunku posiadania doświadczenia zawodowego wykazane jest doświadczenie nabyte w tym samym składzie, w którym obecnie wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia. Wówczas należy uznać, że konsorcjum wykazało, że sto procent zamówienia wykona doświadczony wykonawca<sup>6</sup>. Za drugi przykład może służyć stan faktyczny, w którym każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia warunek udziału samodzielnie, wówczas możliwe jest wskazanie, że każdy z nich będzie zaangażowany w wykonawstwo na poziomie 50% zamówienia<sup>7</sup>.

Jednak w przeważającej części zamówień publicznych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni w sposób jednoznaczny wskazać, które roboty budowlane, usługi czy dostawy będą realizować poszczególni wykonawcy. Oświadczenie w tym przedmiocie musi być na tyle precyzyjne, aby zamawiający nie miał trudności z identyfikacją zakresu zamówienia mającego być powierzonym wykonawcy, którego zdolności potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przykładowo można wskazać, że zamawiający nie może przy badaniu spełniania warunku bazować na swojej znajomości zakresu czynności wykonywanych przez weryfikowanego wykonawcę z innych postępowań, ale musi ustalić tak zakres nabytego doświadczenia, jak i zakres realizowanego zamówienia w taki sposób, aby mieć pewność, że tę część zamówienia, dla której niezbędne są określone w warunkach zdolności, wykona doświadczony wykonawca. W szczególności nie umożliwia takiej weryfikacji sytuacja, gdy dwóch wykonawców ubiega się wspólnie o zamówienie, wykazując spełnianie warunku udziału doświadczeniem nabywanym w konsorcjach trzy lub czteroosobowych, o nieustalonym podziale zadań<sup>8</sup>.

Z orzecznictwa Izby wynika również konieczność analizy czy współwykonawca zdolny do wykonania zamówienia będzie świadczył usługi główne, czy pomocnicze. Przypisanie wykonawcy, na którego zdolności powołuje się konsorcjum, w oświadczeniu w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp zadań nie ujętych w treści postawionego przez zamawiającego warunku udziału<sup>9</sup>, czy nawet wręcz poza przedmiotem zamówienia nie może być uznane za spełnienie warunku udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie<sup>10</sup>. Za prawidłowy należy uznać wyłącznie taki podział obowiązków (zakresów), w którym wykonawca

---

<sup>6</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 19 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3763/21 i w wyroku z dnia 22 marca 2022 r. sygn. akt KIO 642/22

<sup>7</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 25 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1672/22

<sup>8</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 22 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1397/22

<sup>9</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 11 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1931/22, wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2874/22 i z dnia 22 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2925/22

<sup>10</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1253/22



dysponujący zdolnościami wykona odpowiadającą tym zdolnościom część zamówienia, a wspólnik wykona czynności pomocnicze<sup>11</sup>. Nie jest też dopuszczalne powoływanie się na doświadczenie wspólnika, który nie posiada uprawnień zawodowych, które są konieczne dla wykonania całego przedmiotu zamówienia<sup>12</sup>.

### **Charakter prawny oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp**

Oświadczenie to zostało uregulowane w Oddziale 2 Rozdziału 2 Działu II ustawy Warunki udziału w postępowaniu, nie zostało zakwalifikowane do podmiotowych środków dowodowych – Oddział 4 ani do przedmiotowych środków dowodowych – Oddział 5 Rozdział 1 Działu II.

Oświadczenie pozwala zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w sposób dopuszczalny w rozumieniu art. 117 ust. 2 i 3 wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dla zdolności prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej i zdolności doświadczenia zawodowego, jak już wskazywano powyżej, ustawodawca odszedł od blankietowego oświadczenia o ich spełnianiu, na rzecz ścisłego powiązania zdolności ze sposobem realizacji przyszłej umowy.

Zarówno umiejscowienie oświadczenia, jak i jego zakres przedmiotowy wywołują szereg wątpliwości, co do charakteru prawnego tego oświadczenia i skutków prawnych jego złożenia.

Z jednej strony bowiem, skoro reguluje ono współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na etapie umowy, to służy potwierdzeniu wymagań związanych z realizacją zamówienia, a więc dotyczy sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Z tego względu może być uznane za przedmiotowy środek dowodowy, czy wręcz za treść oferty. Co więcej jest to dokument załączany do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty, tak jak przedmiotowy środek dowodowy. Przy takiej klasyfikacji oświadczenie nie mogłoby podlegać uzupełnieniu jako wprowadzające zmiany do treści oferty albo podlegałoby uzupełnieniu tylko w sposób ograniczony wynikający z regulacji art. 107 ustawy Pzp.

Z kolei jeśli uwzględnić wykładnię celowościową – oświadczenie służy potwierdzeniu spełniania warunku udziału i systemową - znajduje się w oddziale regulującym warunki udziału w postępowaniu, to wówczas jest to dokument spełniający definicję podmiotowego środka dowodowego z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp. Wówczas mimo wymagania załączenia go do wniosku

---

<sup>11</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 295/22 KIO 299/22

<sup>12</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 25 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1753/22

albo oferty podlegałyby uzupełnieniu i wyjaśnieniu tak jak podmiotowe środki dowodowe w trybie art. 128 Ustawy.

Zagadnienie to wywołuje spory w postępowaniach przed Izbą, która stanęła na stanowisku, że mimo dostrzeganej dwoistości charakteru prawnego tego dokumentu, istotny jest przede wszystkim cel jego złożenia. Celem tym jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a to powoduje, że oświadczenie należy kwalifikować jako podmiotowy środek dowodowy, składany na żądanie zamawiającego i podlegający uzupełnieniu<sup>13</sup>.

Izba zwróciła uwagę na to, że oświadczenie to może zawierać treści stanowiące element oferty, wówczas, gdy zamawiający zastrzegł kluczowe zadania do osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców. W takiej sytuacji należałoby uznać, że oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie można ani zmienić, ani uzupełnić<sup>14</sup>.

### **Podsumowanie**

Ustawodawca konstruując wymagania, co do sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia położył nacisk na powiązanie tych warunków z realną realizacją zamówienia. Ten zabieg stanowi odzwierciedlenie konsekwentnego stanowiska, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć wyłonieniu wykonawcy, który będzie dysponował samodzielnie, wspólnie, lub przy udziale podmiotów trzecich z takiego wachlarza zdolności, które realnie pozwolą mu zamówienie zrealizować. Tym samym po domknięciu systemu w zakresie potencjałów podmiotów trzecich, ustawodawca wyeliminował sytuacje niepożądane, czyli takie, w których, mimo licznego składu konsorcjum, zamówienie realizował wyłącznie jeden wykonawca, a pozostali, w przyszłych kontraktach, powoływali się na wspólnie nabyte doświadczenie nie nabywając na danym kontrakcie żadnych zdolności lub jedynie pomocnicze. Był to stan nieprawidłowy co najmniej z dwóch powodów. W przypadku samodzielnego wykonania zamówienia, mimo założenia grupy wykonawców, ryzyko przedterminowego rozwiązania kontraktu, w związku z upadłością czy likwidacją faktycznie wykonującego zamówienie wykonawcy było zdecydowanie większe. Wzrastało też ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia przez wykonawców, którzy mimo założenia grupy wykonawców faktycznie nie nabyli żadnego doświadczenia, a na nie się powoływali.

---

<sup>13</sup> Tak Izba w wyrokach: z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3795/21, z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt KIO 436/22, z dnia 28 marca 2022 r. sygn. akt KIO 28 marca 2022 r., z dnia 4 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1560/22, z dnia 25 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1672/22, z dnia 17 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2874/22

<sup>14</sup> Tak Izba w wyroku z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt KIO 436/22

Obecne zatem powiązanie warunków udziału w postępowaniu z faktycznym wykonaniem zamówienia należy ocenić pozytywnie.

Jako postulaty de lege ferenda należy jednak podnieść, że:

1. Ustawodawca powinien przewidzieć możliwość określania kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, który nie działa w grupie wykonawców i samodzielnie składając ofertę nie powołuje się także na zasoby podmiotów trzecich. Nie jest bowiem wykluczone, że zapewnienie należytej jakości świadczenia będzie zależeć od osobistego zaangażowania wykonawcy samodzielnie składającego ofertę, a on skorzysta z podwykonawców, na których zasoby się nie powołuje.

2. Niezbędne jest przesądzenie charakteru prawnego oświadczenia w trybie art. 117 ust 4 ustawy Pzp, jako treści oferty, przedmiotowego środka dowodowego, albo podmiotowego środka dowodowego, gdyż kwestia ta generuje spory, a ich rozstrzygnięcie wyłącznie na gruncie orzecznictwa należy uznać jedynie za środek tymczasowy. Jest to bowiem kwestia materialnoprawna, która powinna być uregulowana ustawowo.

### **3. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle najnowszego orzecznictwa Izby**

W roku 2022 zagadnienie waloryzacji wynagrodzenia wykonawców w umowach zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych nabrało szczególnego znaczenia. To szczególne znaczenie wynikało przede wszystkim z dynamicznie kształtującej się sytuacji międzynarodowej, w ramach której głównym czynnikiem negatywnie wpływającym na gospodarkę rynkową było prowadzenie działań wojennych na Ukrainie oraz znaczne pogorszenie stanu gospodarki krajowej, czego głównym symptomem był niespotykany od wielu lat wzrost inflacji. Okoliczności te niewątpliwie wpłynęły na sytuację ekonomiczną wykonawców, co skutkowało tym, że zaczęli oni coraz bardziej zwracać uwagę na kwestię waloryzacji wynagrodzeń, a w konsekwencji wnosić środki ochrony prawnej w zakresie postanowień określonych we wzorach umów w sprawie zamówień publicznych, które odnosiły się do tej kwestii.

Znaczenie waloryzacji wynagrodzeń wykonawców dostrzegł również ustawodawca, który dokonał nowelizacji przepisów ustawy w tym zakresie. W tym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym do dnia 9 listopada 2022 r., umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub

kosztów związanych z realizacją zamówienia. Treść tego przepisu, zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. z 2022 r. poz. 2185), uległa zmianie i obecnie otrzymał on brzmienie: *Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.* Tym samym pod koniec 2022 r. wprowadzono do ustawy Pzp obowiązkową waloryzację także w zakresie umów na dostawy, określając, że należy wprowadzić zmiany wynagrodzenia wykonawcy w umowach, które są realizowane w terminie powyżej 6 miesięcy. Niemniej, wytyczne zawarte w orzecznictwie Izby, które dotyczą odwołań rozpoznanych w 2022 r. zachowują swoją aktualność i stanowią cenne wskazówki dotyczące interpretacji przedmiotowych norm, z koniecznością uwzględnienia rozszerzenia przez ustawodawcę zakresu obowiązkowej waloryzacji.

W minionym roku Izba rozpoznała odwołania, które odnosiły się do różnych aspektów związanych z waloryzacją wynagrodzenia. Jako pierwszy z takich aspektów można wskazać zagadnienie, które pojawiło się w wyroku z dnia 4 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 1085/22, w którym Izba rozpatrywała zarzut nieokreślenia przez zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów. Zamawiający uznał, że w usłudze składającej się na przedmiot zamówienia trudno jest wyselekcjonować materiały i koszty (inne niż praca personelu), które mogłyby być związane z realizacją zamówienia, tym samym wprowadzenie klauzuli z art. 439 ustawy Pzp stanowiłoby sztuczny twór, bowiem samo odniesienie się do wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych nie ma odniesienia do faktycznych materiałów, kosztów niezbędnych do realizacji tego konkretnego zamówienia. Izba w przedmiotowej sprawie nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego i uznała, że w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp *ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu. Ustawodawca nie posłużył się bowiem sformułowaniem „miękkim”, np. „może zawierać” ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem, w ocenie Izby, contra legem.*

Dokonując wykładni przepisów dotyczących waloryzacji, Izba już od pierwszych orzeczeń, w których pojawiło się to zagadnienie, zaznaczała, że w ustawie posłużono się klauzulami generalnymi, pozostawiając zamawiającym swobodę decyzyjną w kształtowaniu

mechanizmów waloryzacji. Podkreślano, że ustawodawca pozostawił do decyzji zamawiającego określenie wskaźników stanowiących podstawę dokonywania waloryzacji wynagrodzenia (wyrok z dnia 1 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 228/23, KIO 233/22, KIO 236/22, wyrok z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22, KIO 234/22), jako wybór zamawiającego pozostawiono także określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających waloryzację wynagrodzenia (wyrok z dnia 14 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 219/22, KIO 225/22), ustawodawca nie narzucił zamawiającemu żadnych dodatkowych wymogów (wyrok z dnia 11 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 230/22). „Zamawiający musi zatem określić w umowie następujące elementy: w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych, maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia” (wyrok z dnia 24 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 620/22). „Z przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie” (wyrok z dnia 25 października 2022 r. sygn. akt: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22). „Ponadto co istotne wykonanie obowiązku z art. 439 Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego.” (wyroki Izby: z dnia 25 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 400/22, z dnia 6 lipca 2022 r. KIO 1564/22, KIO 1583/22).

Jak podsumowano w jednym z orzeczeń „(...) regulacje ustawowe wymagają odniesienia się w umowie dotyczącej zamówienia publicznego do wskazanych w tych przepisach zagadnień, jednak nie wskazują, a tym bardziej nie narzucają konkretnego sposobu ich regulacji, np. konkretnego sposobu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Jest to oczywiste, bowiem przepisy te nie odnoszą się i nie mogą odnosić do nieokreślonej liczby konkretnych i odmiennych sytuacji, które mogą mieć miejsce w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem jeśli zamawiający ujął w umowie powyższe zagadnienia, to wypełnił zobowiązanie ustawowe i już kwestią ocenną (choć podlegającą ocenie) pozostaje, czy zrobił to prawidłowo” (wyrok z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 552/22). W szczególności, że „Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic

przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku” (wyrok z dnia 2 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 440/22). „Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok z dnia 6 lipca 2022 r. KIO 1564/22, KIO 1583/22).

Wyrażane przez Izbę stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie w orzeczeniu z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 12/22, oddalającym skargę na orzeczenie Izby sygn. akt: KIO 3476/21, wskazano: „Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Nie ulega wątpliwości, że w zależności od przedmiotu zamówienia, branży czy rynku, podstawę waloryzacji będą stanowiły różne czynniki cenotwórcze lub koszty, dlatego sporządzenie klauzul ustawowych o ogólnym, uniwersalnym charakterze nie było i nie jest możliwe. To na zamawiającym jako autorze postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek dokonania analizy swoich potrzeb i wymagań, przedmiotu zamówienia, terminu i warunków jego realizacji, a w konsekwencji wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej w kształcie odpowiadającym charakterowi i specyfice danego przedsięwzięcia”.

Odnosząc się do obowiązków nałożonych na strony umowy przez ustawodawcę, Izba wielokrotnie podkreślała także, że: „Z analizy ww. przepisu wynika zatem, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę co do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który

nie musi być oparty o wskaźniki GUS. Z powyższego przepisu w ocenie Izby nie można jednak wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jakkolwiek Izba dostrzega dynamikę trendu wzrostowego wskaźników CPI – wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych oraz R – przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w latach 2010 – 2021, to jednak nie oznacza to, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe” (wyroki Izby: z dnia 21 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 235/22, z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22, KIO 234/22, z dnia 25 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 1151/22, z dnia 2 września 2022 r. sygn. akt: KIO 2176/22). „Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. Wskazując, że mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów Pzp w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy. Przyjęcie proporcji waloryzacji Odwołującego spowodowałoby zachwianie równowagi ekonomicznej stron. To bowiem Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane z przedmiotowymi wzrostami” (wyrok z dnia 24 sierpnia 2022 r. sygn. akt: KIO 2063/22). „Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów, nie uznał zatem za zasadne obarczania w całości Zamawiającego ryzykiem związanym ze zmianami cen materiałów i surowców. W szczególności, na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców. Powyższa okoliczność stanowi ryzyko kontraktowe, które powinno być co do zasady w kalkulowane w cenę ofertową. Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen, wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i przedstawić dopasowaną do uwarunkowań rynkowych ofertę. Klauzula waloryzacyjna oparta na art. 439 ustawy Pzp powinna mieć charakter symetryczny, w tym znaczeniu, że powinna prowadzić zarówno do zwiększenia, jak i do zmniejszenia kwoty wynagrodzenia. Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy

konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia, ale także poziom tej waloryzacji. Gdyby miało być inaczej i waloryzacja miałaby odzwierciedlać w całości zmianę cen, ustawodawca wyraziłby to wprost wiążąc waloryzację z obligatoryjnymi wskaźnikami i ich zmiana w czasie” (wyrok z dnia 14 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 219/22, KIO 225/22).

Natomiast odnosząc się do obowiązków wykonawcy, zaznaczano, iż „(...) To zatem na wykonawcy występującym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywał obowiązek skalkulowania oferty w taki sposób, aby te czynniki uwzględnić w cenie ofertowej i skalkulować związane z tym ryzyko. Zauważyć bowiem należy, że to wykonawcy posiadają wiedzę o zachodzących zjawiskach ekonomicznych i gospodarczych, jak również możliwych kierunkach rozwoju procesów rynkowych, mogą zatem tak oszacować koszty realizacji zamówienia, że będą w stanie złożyć ofertę z właściwą ceną. Co więcej, należy oczekiwać, iż wykonawcy ustalając wysokość wynagrodzenia w ofercie powinni uwzględniają pewien pułap prawdopodobnego wzrostu czynników cenotwórczych, licząc się przy tym z możliwością zmian okoliczności mających wpływ na rozmiar kosztów lub prac niezbędnych do realizacji zamówienia. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem domeną wykonawcy. (...) Sąd Okręgowy podziela przy tym zapatrywanie Izby, zgodnie z którym dopuszczenie w ustawie Prawo zamówień publicznych waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia. Wykonawca winien bowiem wziąć na siebie część ryzyka związanego z wzrostem wynagrodzeń i w konsekwencji prawidłowo skalkulować ofertę. Należy podkreślić, iż rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 nPzp jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego. (...) Nie jest zatem uzasadnione powoływanie się przez wykonawcę na zasady swobody kontraktowej tylko i wyłącznie w celu doprowadzenia umowy do brzmienia korzystnego dla wykonawcy i minimalizację ryzyka kontraktowego. Nie stanowi bowiem naruszenia przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. sam fakt wprowadzenia do umowy postanowień, które nie są w ocenie wykonawcy korzystne, co miałyby naruszać rzekomą równowagę stron” (wyrok Sądu Okręgowego z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 12/22, także wyroki Izby: z dnia 21 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 235/22, z dnia 10 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22, KIO 234/22).



Kolejnym zagadnieniem, które pojawiło się w orzecznictwie był brak udźwignięcia przez odwołującego ciężaru dowodu stawianych zarzutów. Zamawiający bardzo często, z pozytywnym skutkiem, podnosili, że odwołujący w żaden sposób nie wykazują, poza ogólnymi stwierdzeniami, w jaki sposób przyjęty mechanizm waloryzacji narusza normy ustawy Pzp. Odwołanie nie może bowiem w zasadniczej części argumentacji sprowadzać się do przywołania przez odwołującego stanowisk wyrażonych w orzecznictwie (wyrok z dnia 25 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 1151/22). Odwołujący mają obowiązek wykazania okoliczności, w jaki sposób projektowane postanowienia umowy naruszają przywołane przepisy ustawy Pzp. „Odwołujący w treści odwołania w żaden sposób nie uzasadnił na czym naruszenie ww. zasady przez Zamawiającego miałyby polegać. Ograniczył się jedynie do wskazania, że jego zdaniem kwestionowane zapisy naruszają ww. regulacje ustawy PZP, pozostawiając to twierdzenie gołosłownym” (wyrok z dnia 24 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 620/22). „Odwołujący nie przedstawił natomiast dowodów w zakresie wzrostu cen tych materiałów, które mają znaczenie dla niniejszego zamówienia i które zostały przewidziane w przedmiotowej klauzuli” (wyrok z dnia 11 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 230/22). „Izbie nie przedstawiono dowodów, z których wynikałoby, że obecnie panująca sytuacja gospodarcza będzie kształtowała się w taki sam sposób na przestrzeni kilku lat, w których realizowany będzie przedmiotowy kontrakt. Wszelkie dane złożone przez Odwołującego odnoszą się do przeszłości, natomiast zabrakło materiału porównawczego obrazującego założenia ekonomiczne i przewidywania analityczne na lata przyszłe” (wyrok z 14 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 219/22, KIO 225/22). „Podobnie nieprzydatne w sprawie dla ustalenia wskaźnika waloryzacyjnego okazały się prognozy inflacyjne przedłożone przez skarżącego, w szczególności stanowisko dr hab. P. N. W ocenie Sądu Okręgowego, zgodzić się bowiem należy się, że są to jedynie hipotezy i założenia oraz ocena własna, które mogą, lecz nie muszą się spełnić. Trudno odmówić słuszności rozważaniom Izby w tej części, w szczególności, gdy weźmie się pod uwagę aktualną sytuację gospodarczą i ekonomiczną, która uległa zmianie już w okresie od daty wydania przez Izbę orzeczenia” (wyrok Sądu Okręgowego z dnia 31 marca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 12/22).

Przykładem w powyższym zakresie może być również wyrok z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt: KIO 1287/22, w którym podniesiono, że „Izba podkreśla, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym odwołujący, który inicjuje postępowanie odwoławcze, winien przedstawić argumenty na tyle istotne, by uzasadniały one odstąpienie od realizacji założeń przyjętych przez zamawiającego w planie budżetowym. W szczególności odwołujący winien był przedstawić analizy potwierdzające stanowisko, iż wyłącznie waloryzacja dokonywana w okresie kwartalnym da stronom umowy

możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Tymczasem odwołujący oparł uzasadnienie zarzutu wyłącznie na stanowisku, że ceny paliwa będą się wahać z powodu wojny na Ukrainie oraz spodziewanego embarga Komisji Europejskiej na zakup paliw z Rosji. Odwołujący nie poparł swego stanowiska żadną analizą, nie przedstawił Izbie danych dotyczących cen paliw w okresach poprzedzających zawarcie umowy ani też żadnych realnych prognoz co do ich wysokości po zawarciu umowy. Izba nie kwestionuje faktu wzrostu cen paliw w okresie od wybuchu konfliktu zbrojnego na Ukrainie (24 lutego br.), uznając tę okoliczność za notoryjną, niemniej jednak sama informacja o wzroście cen, bez wskazania innych danych, nie uzasadnia żądania waloryzacji wynagrodzenia co kwartał. Nie wiadomo, dlaczego odwołujący przyjął jako zasadną akurat taką częstotliwość waloryzacji, nie zaś inną, np. pół roku. (...) Izba uznała argumentację odwołującego za nieuzasadnioną. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu powołał się na dane, jak sam określił, przykładowe. W ocenie Izby dane te, jako niewiarygodnione przez odwołującego, nie mogą stanowić podstawy żądania zmiany maksymalnego wskaźnika waloryzacji stawki wynagrodzenia. Ponownie podkreślenia wymaga, że to na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia zasadności zarzutu. Jako że przedmiotem zarzutu są wskaźniki rzutujące na wynagrodzenie wykonawcy, odwołujący winien był wykazać, że wskaźniki przyjęte przez zamawiającego są nieprawidłowe, natomiast te, które proponuje odwołujący, będą skutkować spełnieniem swej roli waloryzacyjnej. A zatem przyjęte dane nie mogą być danymi przykładowymi, ale konkretnymi, wynikającymi z wiarygodnych źródeł i analiz. Odwołujący na takie dane się nie powołał." Do zagadnienia ciężaru dowodu szeroko odniesiono się także w wyrokach: z dnia 22 czerwca 2022 r. sygn. akt: KIO 1519/22 i z dnia 18 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1648/22, KIO 1649/22.

Ostatnim aspektem, na który należało zwrócić uwagę jest rozróżnienie instytucji uregulowanych w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp oraz w art. 439 ustawy Pzp. Izba wskazała w tym zakresie, że ww. podstawy prawne „stanowią dwie odrębne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Pierwszy z ww. przepisów nakazuje wprowadzenie do umowy postanowień aktualizujących wynagrodzenie wykonawcy w razie zaistnienia okoliczności mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a które następują na skutek zmian powszechnie obowiązującego prawa. Drugi przepis ma za zadanie zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, która może zostać zaburzona w wyniku zmian stosunków gospodarczych, czyli zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia” (wyrok z dnia 2 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 2984/22). W dalszej części uzasadnienia dla ww. orzeczenia Izba skoncentrowała się na dyspozycji art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp i stwierdziła, że „(...) zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa,

o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z powyższym, zdaniem Izby, brak jest uzasadnienia dla limitowania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podyktowana jest ona okolicznościami, o których mowa w ww. przepisie. (...) Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że dyspozycja art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP zezwala na określenie przez niego górnego pułapu w razie modyfikacji takich czynników jak np. stawka podatku czy kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przyjęcie takiego stanowiska kłóciłoby się z sensem tego przepisu, a w skrajnych przypadkach – tak jak w rozpatrywanej sprawie – mogłoby doprowadzić do całkowitego wyłączenia jego stosowania. W ramach przepisu art. 439 wprowadzono obowiązek przewidzenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Taka regulacja nie znajduje się jednak w przepisie art. 436 i zdaniem Izby nie można jej na zasadzie analogii stosować także w razie tego rodzaju waloryzacji. Charakter waloryzacji z art. 436 jest inny i nie ma możliwości limitowania zmian wprowadzanych na tej podstawie. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, dotyczącego możliwości limitowania waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, w oparciu o zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> KC, Izba pragnie zauważyć, że zasada ta jest ograniczona właściwością (naturą) stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Izby wprowadzenie do umowy postanowienia limitującego waloryzację, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP, sprzeciwiałoby się celowi, dla którego regulacja ta została wprowadzona do ustawy i wypaczyłoby jej cel”. Podobne stanowisko zostało przyjęte w innym orzeczeniu, przy czym Izba podkreśliła w nim różnicę w stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy w stosunku do sprawy oznaczonej sygn. akt: KIO 2984/22 „Powyżej opisane stanowisko w pełnej rozciągłości zasługuje na akceptację, jednakże skład orzekający zauważył niebagatelne różnice pomiędzy stanami faktycznymi obu spraw tj. przedmiotową, a sprawą, w której zapadło orzeczenie o sygn. akt KIO 2984/22. W sprawie o sygn. akt KIO 2984/22 zamawiający wprowadził limit waloryzacji wynagrodzenia w stosunku do obu podstaw waloryzacji tj. zarówno tej przewidzianej w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp jak i tej wskazanej w art. 439 Pzp, co wynikało wprost z treści projektu umowy. W przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczony przez zamawiającego, który został przewidziany w § 11 ust. 6 projektu umowy należy odnieść wyłącznie do podstawy waloryzacji wynagrodzenia określonej w art. 439 Pzp, szczególnie zważywszy na to, że ust. 2 pkt 4 przedmiotowego przepisu nakłada na zamawiających konieczność określenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jak wynikało z treści § 11 projektu umowy waloryzacja, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp została opisana w ust. 2-4, natomiast ust. 5 i 6 odnosiły się do waloryzacji

wskazanej w art. 439 Pzp. (...) W okolicznościach przedmiotowej sprawy limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczony przez zamawiającego w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto nie wskazywał na okoliczności dotyczące waloryzacji zawarte w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, przez co należało uznać, że odnosił się wyłącznie do waloryzacji opisanej w art. 439 Pzp” (wyrok z 21 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3254/22).

Jak wynika z powyższego w roku 2022 zagadnienia dotyczące waloryzacji wynagrodzeń wykonawców nabrały szczególnego znaczenia, jest to widoczne nie tylko w ilości orzeczeń, w których rozpatrywano te kwestie, ale także w szerokiej palecie aspektów sporów w tym zakresie. Kolejne lata z pewnością przyniosą dalsze wyzwania w tej materii, które związane będą ze stosowaniem coraz bardziej udoskonalonych, ale także złożonych mechanizmów służących waloryzacji wynagrodzeń. Jednakże pierwsze, tak szerokie zetknięcie się z tym zagadnieniem przez Izbę, jakie miało miejsce w 2022 r., należy ocenić pozytywnie, ponieważ orzecznictwo zapadłe w tego typu sprawach charakteryzowało się jednolitością, a analiza uzasadnień wydanych orzeczeń pozwala na sformułowanie założenia, które kładzie nacisk na dość ostrożne podejście składów orzekających przy ich rozpatrywaniu.

#### **4. Status i pozycja Krajowej Izby Odwoławczej z perspektywy 15-lecia jej funkcjonowania.**

Historia systemu zamówień publicznych sięga 1994 roku, kiedy to 10 czerwca została uchwalona ustawa o zamówieniach publicznych. W ramach wprowadzonego wówczas systemu środków ochrony prawnej, spory rozpoznawane były przez arbitrów z listy Prezesa UZP. Ustawa przechodziła liczne nowelizacje, co spowodowane było koniecznością dostosowania systemu do wymogów Unii Europejskiej, której członkiem Polska stała się w 2004 r. Wraz z tą datą nastąpiły czasy Prawa zamówień publicznych, ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r.<sup>15</sup> nie wprowadziła jednak znaczących zmian w systemie środków ochrony prawnej. Spory nadal rozstrzygane były przez arbitrów, których listę prowadził Prezes UZP. Nabór arbitrów odbywał się co trzy lata i prowadzony był przez Prezesa UZP. Kadencja arbitra trwała 6 lat licząc od wpisu na listę. Arbitr podlegał ochronie prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Odwołania rozpoznawane były w składach trzyosobowych nazywanych zespołami arbitrów. Zespoły arbitrów wyznaczone były przez Prezesa UZP w drodze jawnego losowania komputerowego. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów z dnia 15 marca 2004

---

<sup>15</sup> Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. Nr 19, poz. 177).

r.<sup>16</sup>, wynagrodzenie za czynności arbitra przy rozpoznaniu jednego odwołania wynosiło 40% kwoty bazowej, ustalonej w ustawie budżetowej na dany rok na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 110, poz. 1255, z późn. zm.) dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy. Przewodniczącemu zespołu arbitrów przy rozpoznaniu jednego odwołania przysługiwało powyższe wynagrodzenie zwiększone o połowę. Jeżeli odwołanie zostało odrzucone, wynagrodzenie wynosiło 20% kwoty bazowej. W razie cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy, wynagrodzenie arbitra wynosiło 10% kwoty bazowej. Zgodnie z art. 184 ust. 6 ww. ustawy, do postępowania odwoławczego stosowało się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowiła inaczej.

Rewolucja w systemie środków ochrony prawnej nastąpiła 5 grudnia 2007 r.<sup>17</sup>, kiedy to powołana została Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub „Izba”), która zastąpiła dotychczasowych arbitrów z listy Prezesa UZP. System społecznego arbitrażu został zamieniony na Izbę o zawodowym charakterze. Ustawa stanowiła, że Izba miała działać przy Prezesie Urzędu - centralnym organie administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Zamiast arbitrów w Izbie zasiedli członkowie Izby. Od samego początku ustawodawca przewidział, że w skład Izby miało wchodzić nie więcej niż 100 członków. Warto zaznaczyć, że przez 15 lat istnienia Izby liczba członków nigdy nie zbliżyła się do przewidzianego limitu. Zarówno członkowie Izby, jak i prezes Izby oraz wiceprezes Izby, a także rzecznik dyscyplinarny Izby pierwotnie powoływani byli przez Prezesa Rady Ministrów. Aktualnie organem tym jest minister właściwy do spraw gospodarki.

Ustawa stanowiła, że po pierwsze, członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa, po drugie, członkowie Izby w zakresie wykonywania czynności określonych ustawą korzystają z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym. Zasady te obowiązują niezmiennie. Do postępowania odwoławczego stosowało się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp nie ma już takiego odesłania.

Pierwsze ślubowanie członków KIO wraz z wręczeniem aktów powołania odbyło się 7 grudnia 2007 r. Izba orzeka od tego czasu nieprzerwanie, a w grudniu 2022 r. świętowała

---

<sup>16</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości wynagrodzenia za czynności arbitrów z dnia 15 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 461).

<sup>17</sup> Ustawa o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 560).

15-lecie swojej działalności. W tym czasie regularnie powracało pytanie o status Krajowej Izby Odwoławczej, a także o status jej członków. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przesądził<sup>18</sup> status Izby jako organu sądowego w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. O powyższym w ocenie TSUE zdecydowały takie cechy jak ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość. Choć niewątpliwie wszystkie te cechy można przypisać Izbie oraz jej członkom, na gruncie przepisów prawa krajowego status Izby, mimo 15 lat jej działalności i licznych nowelizacji Prawa zamówień publicznych, nie został nadal jednoznacznie doprecyzowany. Przepis art. 473 ustawy Pzp przesądza wprost, że Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań (Izba w tym zakresie orzeka jako organ pierwszej instancji), wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli Prezesa UZP. Warto zwrócić uwagę, że status Izby jako organu został w ustawie określony opisowo, przez wskazane zadań jakie leżą w kompetencji Izby. Sama ustawa Pzp nie szereguje więc jednoznacznie Izby jako organu np. sądowego.

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej są pracownikami państwowej sfery budżetowej, podobnie jak sędziowie delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości lub innej jednostki organizacyjnej podległej Ministrowi Sprawiedliwości albo przez niego nadzorowanej, których wynagrodzenia są finansowane ze środków pozostających w dyspozycji Ministra Sprawiedliwości, a także prokuratorzy i asesory prokuratorscy. Od początku istnienia Izby wynagrodzenie jej członków było zaprojektowane jako wynagrodzenie objęte mnożnikowym systemem wynagrodzeń. Warto przypomnieć, że ustawa o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 kwietnia 2007 r. (Dz.U. Nr 82, poz. 560) w art. 3 wprowadzała zmianę ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 110, poz. 1255, z późn. zm.5)) w art. 5 w pkt 1 lit. b nadając mu brzmienie: „b) sędziowie delegowani do Ministerstwa Sprawiedliwości lub innej jednostki organizacyjnej podległej Ministrowi Sprawiedliwości albo przez niego nadzorowanej, których wynagrodzenia są finansowane ze środków pozostających w dyspozycji Ministra Sprawiedliwości, prokuratorzy oraz członkowie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych”. Obecnie dla członków Krajowej Izby Odwoławczej przewiduje się odrębną kwotę bazową. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, Wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2007 r. (Dz.U. Nr 128, poz. 885), mnożniki

---

<sup>18</sup> Wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact, pkt 16-18

były następujące: Prezes Izby - 5,28, wiceprezes Izby - 4,88, pozostali członkowie Izby 4,68. Zmiana<sup>19</sup> w zakresie mnożników miała miejsce raz w trakcie 15 lat istnienia Izby i w jej wyniku mnożniki zostały ustalone na obowiązującym do dzisiaj następującym poziomie Prezes Izby - 6,2, wiceprezes Izby - 5,8, pozostali członkowie Izby 5,6. Pierwszy raz kwota bazowa została dla członków Krajowej Izby Odwoławczej określona w 2008 r., na poziomie 1 493,42 zł. Następnie w latach 2009 r. do 2018 kwota ta wynosiła 1 523,29 zł. W 2019 r. nastąpiła zmiana wysokości kwoty bazowej na 1558,33 zł. W 2020 r. nastąpiła kolejna zmiana na 1 651,83 zł.<sup>20</sup> Aktualna kwota bazowa wynosi 1 780,67 zł.<sup>21</sup>

Dodatkowo wpływ na wysokość wynagrodzenia członka Izby ma również dodatek za wieloletnią pracę, który przysługuje począwszy od szóstego roku pracy, w wysokości 5% i wzrasta po każdym roku pracy o 1%, aż do maksymalnego poziomu 20%. Członkom Izby przysługuje też prawo do dodatkowego rocznego wynagrodzenia. Ponadto członkowie Izby mogą liczyć na nagrodę jubileuszową, której wysokość i zasady przyznawania reguluje szczegółowo art. 484 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak już wcześniej wskazano, od początku istnienia Izby zakładano, że liczba jej członków nie będzie większa niż 100. W latach 2010 - początek 2017 liczba członków KIO nie przekroczyła 40 (zwykle w tym czasie był to przedział 34 – 38). 1 września 2017 r., ślubowanie złożyło 18 nowych członków Izby, wobec czego na koniec 2017 r. Izba liczyła 50 członków. Obecnie w skład Izby wchodzi 49 członków.

Członkowie Izby są niezawisli i niezależni, o czym jak już wspomniano przesądza sama ustawa. Dostrzeżenia wymaga, że samej Izbie jako organowi cechy te nie zostały w ustawie wprost przypisane, jednak wydaje się, że gwarancje niezawisłości członków Izby można postrzegać jako gwarancje dotyczące Izby jako takiej.. Należy rozdzielić sferę niezależności i niezawisłości, która odnosi się do wykonywanych kompetencji przewidzianych ustawą (tj. kompetencji orzeczniczych) od kwestii organizacyjnych związanych z bieżącym funkcjonowaniem Izby

Funkcja członka Krajowej Izby Odwoławczej ma doniosłe znaczenie dla każdej osoby ją pełniącej i wiąże się z nieustannie towarzyszącym nam poczuciem misji w pełnieniu powierzonych obowiązków. Każdy członek Izby, mając na uwadze zasady bezstronności,

---

<sup>19</sup> Zmiana mnożników została wprowadzona rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, Wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 779), aktualnie obowiązujące rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, Wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 525) ustaliło mnożniki na tożsamym poziomie, wprowadzonym w 2018 r.

<sup>20</sup> Na podstawie raportu Ministerstwa Finansów pt. „Przegląd wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej”, Warszawa 2020 r., [www.gov.pl](http://www.gov.pl)

<sup>21</sup> Ustawa budżetowa na rok 2023 z dnia 15 grudnia 2022 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 256)

niezależności i niezawisłości a także obowiązek kierowania się przy wykonywaniu czynności orzeczniczych przepisami prawa, dąży do należytego wykonywania ciążących na nim obowiązków orzeczniczych.

Nie sposób nie dostrzec, że na przestrzeni tych 15 lat istnienia Izby dokonały się pewne zmiany, a w toku swojej działalności Izba formalnie uzyskała samodzielny byt, nie będąc już usytuowaną przy jakimkolwiek organie administracyjnym, a jedynie będąc przez taki organ obsługiwana. Niemniej jednak nie sposób oprzeć się wrażeniu, że nadal przed Izbą jest długa droga do pełnej niezależności organizacyjnej. Dzielenie siedziby z Urzędem Zamówień Publicznych, brak niezależności budżetowej Izby, w tym własnego budżetu na szkolenia dla członków Izby oraz budżetu na zapewnienie bieżących potrzeb biurowych, brak oddania kompetencji pracodawcy w ręce Prezesa Izby, wreszcie brak możliwości realnego wpływu na wybór Prezesa i Wiceprezesa Izby przez Zgromadzenie Ogólne członków Izby, to niewątpliwie kwestie wymagające uwagi w przyszłych pracach legislacyjnych.

Powołanie Izby wiązało się z obawami o szybkość postępowania, obciążeniem dla budżetu państwa czy zabezpieczeniem środków na wypłatę wynagrodzeń dla członków Izby. Zwolennicy tego rozwiązania z kolei uważali, że powołanie Izby wiązać się będzie ze sprawnym rozpoznawaniem spraw, przyczyni się do jednolitości orzecznictwa a w kwestiach finansowych podkreślano, że koszty postępowania ponosić będą jak dotychczas – strony. Jak pokazują kolejne lata funkcjonowania, Krajowa Izba Odwoławcza od lat plasuje się w czołówce najszybszych organów orzeczniczych pierwszej instancji w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Izby niewątpliwie przyczynia się do rozwoju krajowego systemu zamówień publicznych, gwarantując realizację idei stojących za przepisami prawa zamówień publicznych. Dzięki ukształtowaniu systemu środków ochrony prawnej i sprawności działania Krajowej Izby Odwoławczej uczestnicy rynku mają możliwość realnego wpływu na jego dostępność oraz konkurencyjność. Z perspektywy 15 lat istnienia Izby można stwierdzić, że jest to organ, który spełnia swą rolę, a dalsze umocnienie jego pozycji przyniesie wymierne korzyści dla polskiej gospodarki.

## **Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2022 r.**

### **1. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa**

W roku sprawozdawczym Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała wcześniejsze działania mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa. Działania te prowadzone były w trzech zasadniczych obszarach. Pierwszy z nich dotyczył poszerzania wiedzy, przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkoleń grupowych oraz uczestnictwa



w konferencjach. Drugi, wynikał z konieczności usystematyzowania wykładni nowych regulacji Pzp oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował opracowanie zeszytów orzeczniczych, narady orzecznicze oraz wymianę poglądów na forum Izby z wykorzystaniem poczty służbowej. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych, w tym poprzez:

- indywidualne szkolenia specjalistyczne,
- inne formy szkoleniowe:
  - studia doktoranckie,
  - nauka języków obcych.

## **2. Szkolenia zbiorowe**

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej objęła następujące zagadnienia: „Konflikt interesów. Przeciwdziałanie mobbingowi”, „Odstąpienie i wypowiedzenie umowy w kontekście rekomendacji Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej”, „Bezpieczny pracownik w cyberprzestrzeni Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej”, szkolenie on-line z zakresu cyberbezpieczeństwa oraz „Najnowsze orzecznictwo TSUE dotyczące zamówień publicznych”.

## **3. Narady orzecznicze i seminaria**

W okresie sprawozdawczym wymiana poglądów oraz dyskusowanie o bieżących problemach prawnych odbywała się w ramach narad orzeczniczych zorganizowanych stacjonarnie oraz przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także poprzez wykorzystanie korespondencji elektronicznej pocztą służbową. W 2022 r. odbyły się dwie narady orzecznicze.

## **4. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna**

W 2022 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w konferencjach:

- „Trudności praktyczne i interpretacyjne po roku obowiązywania nowej ustawy”, VIII Ogólnopolska Konferencja PZP zorganizowana przez wydawnictwo C.H. Beck, odbyła się w dniu 14 marca 2022 r. online
- „Zamówienia publiczne – rola, wyzwania, perspektywy. 15 lat KIO w systemie zamówień publicznych” – XIII konferencja naukowa została zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych oraz Uniwersytet Adama Mickiewicza w porozumieniu z Krajową Izbą Odwoławczą i odbyła się w dniu 27 września 2022 r. w Poznaniu.’

- „2 lata nowego Pzp – analiza zebranych doświadczeń, postulowane zmiany” –konferencja naukowa została zorganizowana przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych i odbyła się w dniu 25 października 2022 w Warszawie.

Ponadto, w dniu 8 grudnia 2022 r. odbyło się spotkanie dyskusyjne „Piętnaście lat Krajowej Izby Odwoławczej – i co dalej?” zorganizowane przez redakcję miesięcznika „Zamówienia Publiczne. Doradca” w którym uczestniczył wiceprezes Izby oraz członkowie KIO.

Władze Izby reprezentowały Izbę na wyżej wymienionych wydarzeniach. Ponadto, członkowie Izby uczestniczyli w konferencjach jako autorzy artykułów lub prelegenci.

## **5. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa**

W dniu 4 maja 2022 r. w Brukseli oraz 23 września 2022 r. w Pradze odbyły się spotkania Sieci Organów Odwoławczych I Instancji Unii Europejskiej, w którym udział wzięli Wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej. W ramach spotkań, poprzez zaprezentowane tematy wymieniono doświadczenia i dobre praktyki rozpoznawania środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych oraz omówiono najnowsze orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

## **6. Publikacje Krajowej Izby Odwoławczej**

W roku sprawozdawczym ukazał się jeden zeszyt orzecniczy zawierający wybrane tezy z orzeczeń Izby obejmujący okres kwiecień 2021 – grudzień 2021. Publikacja „Orzecznictwo – zamówienia publiczne” Nr 4 2022 rok (1) zawiera usystematyzowany zbiór orzeczeń KIO wydanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone były w oparciu o ustawę z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.). Ponadto zespół redakcyjny dokonał oznaczania orzeczeń Izby wydanych w 2021 r., a wyniki prac zostały udostępnione na stronie internetowej Krajowej Izby Odwoławczej i umożliwiają wyszukiwanie orzeczeń według indeksów tematycznych.

## Podsumowanie

W roku 2022 r., Izba po raz kolejny zmierzyła się z bardzo dużą liczbą wniesionych odwołań. Systematycznie zwiększająca się liczba odwołań poniżej progów unijnych pozwala przypuszczać, że jest to trend, który się utrzyma, lub nawet nasili. Niewątpliwie jest to dobry prognostyk dla polskiej gospodarki, świadczy bowiem o większej świadomości uczestników rynku w zakresie środków odwoławczych, co pozwala na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jednakże niesie to ze sobą zagrożenie wydłużenia postępowania przed Izbą, z uwagi na niewystarczającą, dla wzrastającej liczby odwołań, liczbę członków KIO oraz osób zapewniających obsługę organizacyjną. Jak pokazał rok 2022 r. w sytuacji występowania braków kadrowych, w wielu przypadkach nie jest możliwym rozpoznanie odwołania oraz ogłoszenie orzeczenia w terminie 15 dni.

Krajowa Izba Odwoławcza w 2022 r. kontynuowała również działalność edukacyjną w postaci publikacji Zeszytu Orzeczniczego Izby oraz poprzez zasilenie wyszukiwarki orzecznictwa profesjonalnie oznaczonymi, według indeksów tematycznych, wyrokami.

Izba, we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, rozpoczęła również przygotowania do wdrożenia nowych narzędzi elektronicznych, w tym protokołu elektronicznego, tym samym wpisując się w generalny trend elektronicznej w zamówieniach publicznych.

Rok 2022 stanowił piętnasty już rok funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Niewątpliwie z tej perspektywy można stwierdzić, że system środków ochrony prawnej oparty o Izbę sprawdza się – nie tylko jako droga rozstrzygania sporów, ale również jako element systemu zamówień publicznych przyczyniający się do jego rozwoju i objaśniania. Powyższe opracowanie ma na celu ukazanie sposobu i realiów funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej oraz zarysowania fragmentu problematyki orzeczniczej będącej przedmiotem jej działalności.